

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vivian Josete Pantaleão Caminha

A EQÜIDADE NO DIREITO CONTRATUAL: UMA CONTRIBUIÇÃO
PARA O DEBATE SOBRE O TEMA

Porto Alegre
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vivian Josete Pantaleão Caminha

A EQUIDADE NO DIREITO CONTRATUAL: UMA CONTRIBUIÇÃO
PARA O DEBATE SOBRE O TEMA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cláudia Lima Marques

Porto Alegre
2010

Ao meu marido Marcelo e aos meus filhos Ane e Marcelo.

AGRADECIMENTO

A elaboração deste trabalho só foi possível em razão da participação de algumas pessoas, as quais não posso deixar de referir neste momento, manifestando o meu agradecimento.

A minha orientadora, Prof.^a Cláudia Lima Marques, cujas palavras foram indispensáveis para eu trilhar um caminho seguro no desenvolvimento deste estudo;

A equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que, de modo incansável, prestou um inestimável apoio para a consecução dos objetivos a que me propus quando do meu ingresso no curso de Doutorado.

Os profissionais que trabalham na Biblioteca, cuja atuação contribuiu para a realização desta tarefa.

E, por fim, a minha família, pelo constante e incondicional incentivo em todos os momentos dessa longa jornada.

Poder contar com o convencimento dos destinatários no que se refere a suas normas é mais importante para a Ética do que para o Direito, por isso a ênfase posta em um diálogo racional em que são oferecidos argumentos e contra-argumentos.
(Exposição de Motivos do Código Íbero-Americano de Ética Judicial)

RESUMO

A presente tese tem por objeto uma análise da atuação do juiz frente à exigência de ponderação do singular na construção da norma jurídica aplicável ao caso concreto, mais especificamente o emprego da equidade no âmbito do direito contratual brasileiro. A finalidade é promover uma sistematização teórica desse instituto jurídico, a partir das funções a ele atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Uma noção primária e irreduzível de justiça - cuja função é indicar o modo adequado de o homem relacionar-se com os demais na comunidade - compreende os preceitos elementares de não fazer mal a ninguém (*neminem laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), bem como a idéia de equilíbrio entre os interesses em conflito, sempre tendente à manutenção de uma ordem essencial ao desenvolvimento da sociedade. A equidade constitui o justo no caso concreto.

Na abordagem do tema, busca-se compreender o modo como a equidade organiza e regula as relações empíricas dos indivíduos, grupos e classes dentro de um contexto específico. Esse exame é empreendido a partir de considerações de natureza histórica, que, embora não determinantes, concorrem com outros fatores para conferir uma feição própria ao ordenamento jurídico. Para tanto, identificam-se as funções desempenhadas pela equidade (interpretativa, corretiva e integrativa/supletiva) em geral e no campo do direito contratual; analisa-se o modo de sua aplicação em cada uma dessas funções, e, por fim, estabelecem-se os limites oponíveis à atuação do juiz nessa aplicação.

Palavras-chave: equidade - funções - contrato - interpretação - lacuna - correção - revisão judicial

ABSTRACT

The object of this thesis is an analysis of the judge's performance face to the exigency of ponderation of the singular in the construction of the juridical norm applicable to the concrete case, more specifically the use of fairness in contract law in Brazil. The purpose is to promote a theoretical systematization of this legal institution, from the functions assigned to it by law. A primary and irreducible notion of justice - whose function is to indicate the proper way of man to relate to others in the community - includes basic principles of doing no harm to anyone (*neminem laedere*) and give each one what is his (*sum cuique tribuere*), as well as the idea of balance between the conflicting interests, always tending to the maintenance of an essential order to the development of the society. Equity is the justice in the concrete case.

In addressing the theme, it seeks to understand how the equity organizes and regulates the empirical relationships of individuals, groups and classes within a specific context. This review is undertaken from considerations of a historical nature, which, though not decisive, compete with other factors to confer its own shape to the legal system. To do so, it identifies the functions performed by equity (interpretive, corrective and integrative/supplementary) in general and in the field of contract law, analyzes the manner of its application in each of these functions, and, finally, settle the opposable limits to the judge's actions in this application.

Keywords: equity - functions - contract - interpretation - gap - correction - judicial review

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

a.- ano	lib. - livraria
ac. - acórdão	MS - mandado de segurança
ADI - ação direta de inconstitucionalidade	MC - medida cautelar
ago. - agosto	Min. - Ministro
Ag - agravo	n. - número
AgRg - agravo regimental	org. - organizador(es)
AI - agravo de instrumento	p. - página(s) ou para
ampl. - ampliada	p/ac. - para o acórdão
art. - artigo	§ - parágrafo
atual. - atualizada	p.ex. - por exemplo
aum. - aumentada	pub. - publicado
coord. - coordenador	RE - recurso extraordinário
CC - Código Civil	reestr. - reestruturada
CDC - Código de Defesa do Consumidor	reimp. - reimpressão
CPC - Código de Processo Civil	Rel. - Relator
CRFB - Constituição brasileira	REsp - recurso especial
dez. - dezembro	rev. - revisada
DF - Distrito Federal	RJ - Rio de Janeiro
DJ - Diário de Justiça	s.a. - sociedade anônima
DJe - Diário de Justiça eletrônico	SP - São Paulo
ed. - edição/editora	ss. - seguintes
etc. - etecétera	STF - Supremo Tribunal Federal
HC - habeas corpus	STJ - Superior Tribunal de Justiça
in - em	t. - tomo
j. - julgado	trad. - tradução
jan. - janeiro	Univ. - Universidade
jul. - julho	v. - volume

SUMÁRIO

	Página
Introdução	10
1 Eqüidade: delimitações conceituais	33
1.1 A eqüidade em uma perspectiva funcional	36
1.1.1 Função interpretativa	37
1.1.2 Função corretiva	59
1.3 Função integradora/supletiva	68
1.2 Eqüidade e boa-fé	90
2 A eqüidade no direito contratual	96
2.1 As espécies contratuais	107
2.1.1 Contratos paritários	111
2.2.2 Contratos de adesão	117
2.1.3 Contratos-lei	121
2.2 A aplicação da eqüidade na relação jurídico-contratual	132
2.2.1 A eqüidade como vetor interpretativo	135
2.2.2 A eqüidade como parâmetro corretivo	153
2.2.3 A eqüidade como elemento integrador	164
3 Os limites oponíveis à atuação do juiz na aplicação da eqüidade	168
3.1 Limites pontualmente existentes na legislação vigente	169
3.2 Limites derivados de outros institutos jurídicos	176
3.3 Limites derivados da exigência de fundamentação racional	187
Conclusão	199
Referências Bibliográficas	206

INTRODUÇÃO

À medida que o intervencionismo estatal intensifica-se no campo da regulamentação jurídica, a função do Poder Judiciário de garantir o Estado de Direito amplia-se¹ sob o signo da supremacia constitucional, da democracia e da proteção dos direitos fundamentais.²

Por imperativo de racionalidade e razões de justiça, o desempenho dessa função impõe ao juiz a adoção de um discurso jurídico com dimensões universalizáveis e, ao mesmo tempo, singulares, porquanto exigível o respeito à diversidade da realidade social, mediante a valorização das especificidades de cada situação fática *in concreto*.³ Na busca pelo “justo”, incumbe-lhe avaliar o que é devido a cada um - indivíduo ou sociedade -, segundo critérios socialmente aceitáveis, a fim de legitimar sua atuação institucional.

O direito,⁴ dada sua natureza deôntica, tem no valor justiça o seu principal alicerce

¹ Com o incremento do exercício da cidadania e da consciência democrática, o Estado é instado a legitimar seus atos, respaldando-os nos direitos consagrados constitucionalmente. Na condição de guardião da Constituição, o Poder Judiciário assume a função de invalidar todo e qualquer ato que atente contra o seu texto ou os valores nele albergados. Em contrapartida, o magistrado passa a envolver-se com questões de ordem técnica, que antes desconhecia, dada a interação do direito com outras áreas do conhecimento humano (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005).

² A sociedade contemporânea vivencia o confronto entre as novas formas autônomas de poder e a centralidade-exclusividade das estruturas jurídicas do Estado, outrora fundadas na soberania, na territorialidade, no equilíbrio dos Poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do ordenamento jurídico como um sistema lógico-formal de normas genéricas, abstratas, claras e precisas. Por obra da globalização econômica, naturalmente expansionista, as fronteiras jurídicas e burocráticas são contestadas, os capitais financeiros tornam-se imunes a fiscalizações governamentais, as atividades produtivas são fragmentadas geograficamente e a coletividade é reduzida a grupos e mercados que se mantêm unidos em rede. As inovações econômicas não tardam repercutir nas esferas política e social, influenciando a atuação do Poder Judiciário no âmbito de suas funções instrumental (solucionar conflitos), política (promover o controle social) e simbólica (promover a socialização das expectativas à interpretação das normas legais). A atividade jurisdicional - que, no período histórico do capitalismo concorrencial, destinava-se à preservação da propriedade privada, à tutela de direitos individuais e à afirmação do império da lei, para a proteção do cidadão contra os abusos de poder do Estado - volta-se para a concretização dos direitos sociais, *condicionando a formulação e execução de políticas públicas com propósitos compensatórios e distributivistas*. Com a reestruturação do capitalismo (denominado capitalismo organizado), o Estado perde, gradativamente, a autonomia decisória, restando comprometidos a unidade, a organicidade e o poder de programar comportamentos, escolhas e decisões do ordenamento jurídico. Um novo perfil de juiz é desenhado nesse contexto histórico (FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. a. 19, n. 64. Brasília: AJUFE, julho a setembro de 2000, p. 67).

³ Conquanto o caso concreto esteja circunscrito às suas especificidades (singular), o discurso com o qual se pretende validar a decisão jurídica deve ter um caráter universal [sobretudo em termos de inteligibilidade e aceitabilidade], sob pena de carecer de legitimidade (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 217).

⁴ Alguns juristas definem o direito como um sistema de normas positivas que regem a vida de uma determinada comunidade (Kelsen); outros situam-no no campo da sociologia, concebendo as normas jurídicas como fatos sociais (Lévy-Bruhl); há, ainda, aqueles que o estudam sob o prisma dos direitos subjetivos (Jayme de Altavila em *Origem dos direitos dos povos* (São Paulo: Melhoramentos, 1964) e John Rawls em *Uma teoria de justiça* (Brasília: UnB, 1981)), conferindo-lhe um caráter eminentemente científico ou encarando-o como uma exigência de justiça (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159-160). Segundo Hans Kelsen, se adotado o conceito original de felicidade - ou seja,

axiológico,^{5 6} cuja função é indicar o modo mais adequado de o homem relacionar-se com os demais na coletividade.

Uma noção primária e irreduzível de justiça - de natureza formal - compreende os preceitos elementares de não fazer mal a ninguém (*neminem laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). Por não indicarem *quem deve dar a cada um aquilo que é seu*,

aquilo que o homem considera que o seja (em uma perspectiva individual) -, jamais existirá uma ordem justa que proporcione felicidade a todos, porque o conflito será inevitável. Nem poderá ser justa uma ordem que procure concretizar a maior felicidade possível do maior número possível de indivíduos (critério quantitativo). A felicidade que a ordem deve assegurar é aquela que promove a satisfação de certas necessidades reconhecidas pela autoridade social (legislador) como dignas de serem satisfeitas (no sentido coletivo). E a definição dessas necessidades e da ordem de prioridade em que devem ser satisfeitas não se dá por meio de cognição racional, mas de um juízo de valor subjetivo, que, não raras vezes, é apresentado como uma asserção de valor objetivo e absoluto. Tanto a ânsia por justificar comportamentos como a expressão de emoções, desejos e anseios pela função do intelecto, do pensamento e da cognição são peculiares ao ser humano. E isso só é possível porque os desejos e anseios estão relacionados ao meio pelo qual um fim ou outro pode ser alcançado. A relação entre meio e fim é uma relação de causa e efeito, determinada racionalmente pela experiência, embora, às vezes, não se tenha a experiência adequada para identificar como certos objetivos podem ser melhor atingidos. Um julgamento de valor é a afirmação de que algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior. Por essa razão, ainda que o problema da justiça esteja restrito à questão do meio apropriado para se alcançar um fim geralmente reconhecido, ele não pode ser solucionado racionalmente (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 14-15).

⁵ O ordenamento jurídico é composto por subsistemas - o prescritivo (conjunto de avaliações deonticas de certos comportamentos), o valorativo (conjunto de valores imanes que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico) e o da realidade empírica (conjunto de fatos sociais que incorpora, tipificando-o) -, que mantêm entre si relações significativas (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 188-189). A posituação de certos conteúdos normativos carece de justificação ou legitimação perante os próprios postulados do direito. (...) *o direito, para impor a sua "norma" à política e vincular todos os órgãos do poder, tem de radicar o seu último fundamento de validade nos estratos mais profundos e permanentes do patrimônio cultural da humanidade, situados fora do alcance do poder político. (...) a ordem jurídica na sua globalidade está sob o signo ou sob a postulação vinculante da Justiça, à qual vai buscar, em última instância, o primordial suporte da sua pretensão de validade* (MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 10 reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p. 157). Nessa linha, ressalta Rudolf Vago, a advertência de Gustav Radbruch e Robert Alexy no sentido de que a injustiça extrema não é direito. Analisando o posicionamento adotado por ambos os jusfilósofos, observa que *No se trata de moralizar todo el derecho prescribiendo que sólo lo justo es derecho, sino de que hay normas que, por la gravedad o intensidad de sua injusticia, no pueden valer como derecho* (VAGO, Rudolf. *La injusticia extrema no es Derecho*: de Radbruch a Alexy. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA - La Ley, 2006, p. IX).

⁶ Nas doutrinas clássicas, direito (*jus*) e justiça (*justitia*) - termos etimologicamente afins - sobrepõem-se quase que integralmente: o "justo" é o *critério do direito, sua finalidade essencial e o fundamento da obediência que lhe é devida* na imbricada relação entre ética e direito. Na modernidade marcada pelo jusnaturalismo, o "justo" é *menos aquele que obedece ao direito do que aquele que se recusa à injustiça, que é, assim, capaz de desobediência civil quando o poder decreta leis celeradas*. Na vertente antropológica, a justiça é concebida como o fim da ação do homem - uma vida bondosa (conotação teleológica) - ou o meio de pacificação do convívio social - evitar o mal (conteúdo deontológico, herdado do iluminismo, principalmente de Kant). A concepção deontológica valoriza o conceito de contrato, que *tem por objetivo e função separar o justo do bom substituindo o processo de uma deliberação imaginária a todo compromisso prévio concernente a um bem comum pretendido* (FARAGO, France. *A justiça*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004, p. XIV e XXII-XXIII). Para François Geny, o justo *inclui em si não apenas preceitos de justiça particular, distributiva ou comutativa, mas também as exigências do bem comum e da justiça social, com a finalidade de assegurar a ordem essencial à manutenção e ao progresso da sociedade humana*. Engisch sustenta que, por detrás da lei, há algo que se convencionou denominar direito, cujo fundamento último não está na lei ou no contrato, mas naquilo que é justo. *A lei é um instrumento de realização desse direito. Ela deve servir de guia ao jurista e ser interpretada, sempre, em função de seu objetivo essencial, que é o de assegurar a cada um - indivíduo, Estado ou outras instituições - o direito que lhe é devido: "jus suum cuique tribuere"* (MONTORO, *Introdução...*, p. 70-72).

*nem aquilo que lhe é devido,*⁷ agrega-se a tais preceitos a idéia de equilíbrio tendente à manutenção de uma ordem essencial ao desenvolvimento da sociedade.⁸ A questão é identificar o que é “o justo *in concreto*”, concepção que varia conforme o conceito predominante de direito em cada momento histórico.^{9 10}

No pensamento clássico, “ordem justa” era aquela em que *a forma institucional e o fundo doutrinal das visões do mundo eram solidárias umas com as outras;*¹¹ na sociedade moderna - em que a autonomia individual parece ser elevada à condição de fim último da existência social -, a ausência de um sistema de referência que estabeleça uma ordem simbólica própria impede a recriação de uma tradição reconhecida universalmente.¹²

⁷ Para France Farago, somente a igualdade, seja ela aritmética ou proporcional, pode fornecer um princípio regulador e normativo para a justiça (FARAGO, *A justiça*, p. XI).

⁸ MONTORO, *Introdução...*, p. 80.

⁹ Na Antigüidade, especialmente nos países de tradição românica, o conhecimento jurídico apresentava-se como técnica - denominada *jurisprudencia* pelos romanos -, que se caracterizava como *um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando sempre, fórmulas generalizadoras que constituiriam as chamadas doutrinas*. No período medieval, por obra dos glosadores, a técnica jurisprudencial era vinculada a certos textos romanos, especialmente o Código Justiniano. Nos séculos XVII e XVIII, por influência do racionalismo, os textos romanos foram substituídos pelos princípios da razão, que deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. Somente no século XIX, definiram-se as grandes linhas mestres da Dogmática Jurídica. *A herança jurisprudencial, a herança exegetica e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica (...), à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social* (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 10-11). Sobre a evolução do fenômeno jurídico (e do próprio conceito de direito), ver: FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 29-57.

¹⁰ Os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica nasceram sob o signo do particularismo e foram progressivamente sistematizados por meio do raciocínio tópico, com a utilização de *noções pontualizadas para formar sínteses generalizantes nos variados campos da matéria jurídica*. Sob a inspiração de uma concepção jusracionalista de sistema, foi adotado, inicialmente, um modelo fechado, com base nos princípios da exclusividade da produção jurídica e da igualdade de todos perante a lei. Nesse sentido, a *codificação teve o duplo efeito de conferir segurança e certeza às soluções jurídicas e afastar, para o campo do “não-direito”, o que não estava compreendido pela moldura do código* (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 516-517). Com a consolidação dos Estados nacionais e soberanos (e sua forma de direito centralizado), sobretudo a partir dos séculos XVIII e XIX, desenvolveu-se na doutrina uma tendência à redução da teoria do direito a uma teoria das normas (com o estudo de fontes e seus comandos), que excluía o tema da justiça da pauta de reflexões dos operadores do direito. Observa, porém, José Reinaldo de Lima Lopes, que o debate jurídico sobre o justo/injusto e o legítimo/ilegítimo impescinde de uma teoria da justiça que lhe forneça subsídios filosóficos, afora os meramente sociológicos (ou descritiva do mecanismo de justiça). Isso porque, não raras vezes, questões morais são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, o que obriga os juízes a assumirem posicionamentos que não traduzem *simples moral da virtude individual, mas a moral aí compreendida como ética na tradição aristotélica, da estrutura do conviver juntos dentro de cidades organizadas* (LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma conversa sobre Filosofia do Direito com o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso*, n. 4, ano I, São Paulo: Editora Revistas Oficiais, 2001, p. 3-4).

¹¹ FARAGO, *A justiça*, p. 327.

¹² Os antigos gregos acreditavam em uma justiça “cósmica” que regularia os fatos, reservando-lhes lugares específicos na ordem do mundo. O cosmos, como paradigma da ordem do bem e do bom, seria presidido por *divindades capazes de respeitar as forças de desagregação*: Dikè, Thémis ou Némésis (FARAGO, *A justiça*, p. 329). Platão sustentava que a justiça era a suprema virtude capaz de harmonizar todas as demais, e as virtudes individuais constituíam mera reprodução daquelas pertencentes ao Estado (termo aqui empregado no sentido de conjunto social). Cada um cumpriria a tarefa que lhe havia sido atribuída pela necessidade de manter-se a ordem social. No Estado ideal, *el individuo no está ahí para que encuentre por si mismo su propio rango por libre competencia con sus semejantes, sino que debe asignarse a cada miembro de la comunidad la clase de tarea*

A despeito da inexistência de um modelo unitário de justiça, o debate sobre o tema pressupõe as noções de justiça *geral* (social ou legal) - cujo objeto é o bem comum - e de justiça *particular* - centrada no bem do particular, realizado sob a forma comutativa ou corretiva (um particular dá a outro o bem que lhe é devido em uma relação de troca ou

para la cual demuestre poseer aptitud ótima, de modo que tanto el Estado como cada persona en él, se caractericen por una perfecta armonia y unidad. A natureza da justiça dependia da devida atribuição de função a cada elemento do conjunto social. Para Aristóteles, o indivíduo só poderia compreender o seu destino moral no Estado, de modo que só haveria direitos entre aqueles que eram livres e iguais perante o Estado. *La justicia exigia una unanimidad en la que no hubiera violación de los derechos mutuos, o sea, en la que cada uno se mantuviera dentro de la esfera que se le hubiera asignado. El derecho tuvo en cuenta desde el principio las relaciones de desigualdad, según las cuales se trata a los individuos en proporción a sus méritos, y únicamente de una manera secundaria las relaciones de igualdad* (POUND, *Justicia...*, p. 3-4). Em Roma, Ulpiano definia a justiça como a “vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito” (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* - Ulpiano, Livro I de suas Regras, incluído no Digesto, Livro I, Título I, De *Justitia et Jure*, fr.10, pr.). Segundo Justiniano, *Não é da regra que emana o direito, mas do direito (jus) é que se faz a regra.* Cícero entendia que *justitia est habitus animi* (no *De inventione*). A tradição medieval cristã vinculava a noção de justiça à de liberdade, preconizando que o homem só poderia ser avaliado por atos praticados com livre arbítrio. A vingança como reparação de um mal pela prática de outro mal implicava a multiplicação de atos danosos, sem a promoção da necessária reparação. Nesse sentido, a justiça constituía instrumento da criação no sentido da ascensão ao espírito. Não é por outra razão que a Bíblia, em diversas passagens, qualificou a justiça como virtude (Livro dos Provérbios, XI, 5, e Livro da Sabedoria, VIII, 7). Nessa linha, posicionaram-se Santo Agostinho, Isidoro de Sevilha, São Tomás de Aquino (tradição patrística e medieval) e, posteriormente, Leibniz, que a julgava um hábito de amizade em relação ao próximo. Já na ciência jurídica clássica, predominava a tendência de identificar a lei com a justiça, prevalecendo uma concepção objetiva, que, sem opor-se à subjetiva, constituía uma outra faceta da mesma realidade (MONTORO, *Introdução...*, p. 164). Do ponto de vista histórico, as definições de justiça calcaram-se ora na noção de que a ordem social existente e as expectativas normais dela emergentes eram determinantes dos direitos (o direito, antes vocacionado à manutenção da paz, passou a ser instrumento para a conservação do *status quo* social), ora na convicção de que os direitos eram determinados por algum ideal: a igualdade (socialistas do século XIX) ou a liberdade (Kant e os juristas filósofos do século XIX). Na Antigüidade, a ordem jurídica era concebida como uma limitação às atividades dos homens, destinada à permanência de cada um no lugar que lhe fora destinado e à preservação da ordem social. Os juristas teólogos espanhóis encaravam-na como uma limitação às atividades dos homens, em razão das atividades dos demais, porque todos possuíam liberdade de arbítrio e de vontade, além de capacidade para dirigir-se a fins conscientes (ou seja, a ordem jurídica era um instrumento para manter uma igualdade natural ou ideal, e não o *status quo* social). Nos séculos XVII e XVIII, a Escola de Direito Natural - que compreendia duas classes seculares e racionalistas: uma individualista (Hobbes, Pufendorf, Locke e Kant, que marcou o fim desta Escola e o início da Escola Metafísica do século XIX) e outra universal (Grocio, Leibniz e Wolff) e, em certo sentido, socialista - defendia teorias distintas: Hobbes e Pufendorf identificavam a justiça com a vontade do Estado, ao passo que Locke, Rousseau e Kant vislumbravam-na na síntese da liberdade e igualdade (ambas inatas). Para este último, a justiça e a moral não se confundiam, servindo a primeira ao governo da atividade externa dos homens e a segunda, ao desenvolvimento da vida interna. Nessa perspectiva, a justiça consistia na liberdade externa de cada um, limitada por uma liberdade análoga dos demais. O fim do direito era promover e manter a máxima e livre afirmação da própria personalidade individual. No século XIX, a Escola Metafísica (individualista e abstrata) pregava que o fim do homem era a liberdade, a qual pressupunha a adaptação das relações e a ordenação das condutas, por aplicação sistemática da força de uma sociedade politicamente organizada. Enquanto os juristas metafísicos derivavam o rol de direitos e a idéia do propósito da ordem jurídica da concepção de livre vontade, os utilitaristas (Bentham) buscavam um princípio prático, a partir da premissa de que a máxima felicidade geral deveria ser alcançada, mediante a máxima e livre afirmação da personalidade individual. Os juristas históricos desse século sustentavam que a evolução do *status* até o contrato (e a valorização da vontade) era a chave do desenvolvimento social, político e jurídico. Contudo, o radicalismo jurídico levou à defesa de um regime de ação individual pela cooperação voluntária e livre da coação das regras impostas pelo Estado, reservados ao direito e ao governo os meios para assegurar a liberdade individual. Sobre cada uma dessas concepções, sugere-se: POUND, Roscoe. *Justicia conforme a Derecho*. México D.F.: Editorial Letras S.A., 1965, p. 2-27.

intercâmbio mútuo, de modo que ninguém resulte vencedor pela perda do outro)¹³ ou distributiva (a sociedade dá a cada particular o bem que lhe é devido em uma relação entre o todo e as partes).^{14 15} Distintas quanto ao sujeito a quem é devido o ato - ao outro em comum

¹³ Na sociedade contemporânea, o campo da justiça comutativa não se limita às relações interindividuais, pois compreende todas as relações entre pessoas físicas, pessoas jurídicas, o Estado quando atua como ‘particular’ e os Estados na comunidade internacional. Historicamente, a aplicação do princípio que a inspira remonta à Encíclica *Populorum progressio: Em condições demasiado diferentes, o consentimento das partes não basta para garantir a justiça do contrato; o que era verdade do justo salário (o documento se refere ao ensinamento de Leão XIII, na Rerum Novarum) também o é dos contratos internacionais: uma economia de intercâmbio já não pode apoiar-se sobre a única lei da livre concorrência... No comércio entre economias desenvolvidas e subdesenvolvidas, as situações são demasiado discordantes e as liberdades reais demasiado desproporcionadas* (MONTORO, *Introdução...*, p. 189-190).

¹⁴ A secularização da cultura e da política, oriunda dos Iluministas e da Revolução Francesa, levou a modernidade a aproximar-se do modo de questionamento que tinha caracterizado a Grécia clássica onde a justiça tinha aparecido como o “paradigma daquilo que podemos deliberar”: definir qual é o valor respectivo da natureza e da convenção. Há, no entanto, divergência quanto aos seus princípios, principalmente em relação à denominada justiça distributiva: o liberalismo econômico diz: “a cada um segundo seu desempenho”; o Estado de direito diz: “a cada um segundo seus direitos definidos e garantidos pela lei”; e os meritocratas ou aristocratas, por sua vez: “a cada um segundo seus méritos”. O socialismo, enfim, pede para tratar “cada um segundo suas necessidades” sem propor a medida das referidas necessidades nem indicar o modo de delegação da função distributiva (FARAGO, *A justiça*, p. XVII).

¹⁵ Ao discorrer sobre a justiça política (tanto a natural (com idêntica força em toda parte) como a legal (a justiça posta)), Aristóteles defende a idéia de que toda justiça é mutável, porque as coisas justas - ou seja, aquelas que, por convenção, assemelham-se quanto a medidas - não são iguais em toda parte. O homem somente é justo quando age voluntariamente, pois, se agir involuntariamente, não será justo nem injusto, a não ser por acidente. Além disso, a justiça universal, voltada ao respeito às leis e às exigências vitais da sociedade em geral (aquele que possui essa virtude pode exercê-la sobre si e sobre o próximo), distingue-se da justiça particular, que, como uma classe especial de virtude, caracteriza-se pelo respeito à igualdade, compreendendo a justiça distributiva, que tem como diretriz a igualdade como proporção segundo o mérito, e a justiça corretiva, aplicada nas transações entre os indivíduos (voluntárias e involuntárias), quando existente um defeito na distribuição original (POUND, *Justicia...*, p. 3-4). No âmbito da justiça universal (ou geral), o ato justo é aquele que se encontra em conformidade com a lei, cujo objeto são os deveres do indivíduo em relação à comunidade. Envolve a predisposição de cada um de guiar-se pela lei, com vistas à sua realização plena e à promoção do bem comum. A lei prescreve como devidas as ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem (comum) (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2007, V 1-11, 1129a/5 - 1138b/15). A justiça comutativa (a virtude que tem por objeto dar a cada um o que mais se aproxima do que lhe pertence) é tarefa do juiz, que deve fixar castigos ou sanções de modo idêntico para todos, conforme a regra de direito; a justiça distributiva (cuja máxima é dar a cada um conforme os seus méritos, aí incluída a distribuição dos direitos políticos e dos bens materiais existentes) é função do legislador, embora todos devam ser julgados em igualdade com os seus semelhantes (POUND, *Justicia...*, p. 8). Incorporando elementos do direito romano, Tomás de Aquino denomina a justiça geral aristotélica como justiça legal, porque na maior parte dos casos é a lei que estabelece os atos devidos à comunidade para a promoção do bem comum (ou seja, o bem de todos os membros da comunidade, e não o bem do todo) (BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 17, Porto Alegre, 2003, p. 17-20). Segundo o teólogo, a relação entre pessoas privadas, orientada pela justiça comutativa, visa ao intercâmbio mútuo entre elas (nela deve ser garantido o equilíbrio, independentemente das qualificações das partes); a relação entre o todo e as partes, pautada pela justiça distributiva, reparte o que é comum de maneira proporcional (honras, dinheiro e bens são compartilhados entre os que se vinculam à constituição da comunidade). Na justiça distributiva (relação de proporcionalidade), o meio-termo não é considerado do mesmo modo que na justiça comutativa, porque nela se dá a alguém tanto mais dos bens comuns, quanto maior for sua preeminência na comunidade. Em outros termos, é admitida a diferenciação entre os cidadãos, porque havia diversos níveis de méritos entre eles, além de variados critérios para a distribuição de bens e encargos (ou responsabilidades), conforme o contexto político em que se realiza (AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. v. 6. São Paulo: Loyola, 2005, v. 6, p. 97-98). Com efeito, a justiça distributiva é a instituição de um poder de mando, que se sobrepõe à comunidade, com fundamento no direito natural, vale dizer, *la humana razón que participa de*

ao outro, considerado direta e individualmente (justiça particular) nas distribuições (justiça distributiva) e nas trocas (justiça comutativa) -, ambas caracterizam-se pela *alteridade* (ou seja, pressupõem a existência do outro, porque é na relação intersubjetiva que o homem torna-se membro de uma comunidade, não podendo ser justo ou injusto para consigo mesmo),¹⁶ pela *atributividade* (que corresponde à qualidade de atribuir à alguém a faculdade de exigir de outrem, por meio do Poder Público, o cumprimento da norma ou a reparação do mal sofrido em decorrência de sua violação; ao contrário de outras virtudes sociais, que contemplam um dever de cunho moral (gratidão, amizade, veracidade) que não pode ser imposto por lei ou exigido pelo interessado, a justiça compreende um dever legalmente exigível: o devido legal é essencial para a existência do convívio social, ao passo que o devido moral contribui para a sua perfeição)¹⁷ e pela *igualdade*, da qual derivam outros dois elementos: a pluralidade (toda igualdade supõe, pelo

la razón divina, y la ley eterna (lex aeterna): la razón de la divina sabiduría que gobierna el universo (POUND, *Justicia...*, p. 8).

¹⁶ A aplicação do critério da justiça só adquire relevância quando a ação humana é avaliada e relacionada a outra (ligação entre duas esferas jurídicas distintas). A justiça é, em sua essência, intersubjetiva, relacional, o que significa dizer que não está centrada exclusivamente em um indivíduo ou objeto. Para Tomás de Aquino, é própria da virtude da justiça ordenar o homem na sua relação com outrem: o justo é aquilo que corresponde ao outro, segundo certa igualdade. *Em consequência, o nome de justo, que caracteriza a retidão que convém à justiça, dá-se àquilo que a ação da justiça realiza, sem levar em conta a maneira de proceder de quem age.* Nesse aspecto, difere das demais virtudes, que aperfeiçoam o homem somente em relação a si mesmo. Nelas, *a retidão é determinada tão somente pela maneira de proceder de quem age* (AQUINO, *Suma teológica*, p. 47).

¹⁷ O elemento da atributividade indica que a justiça envolve uma relação em que algo é devido a alguém. Ela exige uma atitude subjetiva de respeito à dignidade da pessoa humana, cujo significado é aferido em um contexto historicamente situado (no tempo e no espaço). Em outros termos, a justiça implica um agir tendente à preservação do núcleo essencial da personalidade do indivíduo, assim entendido como aquele conteúdo mínimo que o identifica com os demais integrantes do gênero humano e, ao mesmo tempo, singulariza-o no universo dos seres vivos, assegurando-lhe o poder de autodeterminação, consciente e responsável, e o desenvolvimento de suas potencialidades. Para José Reinaldo de Lima Lopes, a dignidade humana é percebida de modo especulativo, irredutível a mero dado fático. *Os seres humanos têm esta dignidade e eu a percebo como participante da humanidade, ou seja, o mesmo valor que eu atribuo a mim eu devo atribuir universalmente a qualquer um.* Ela corresponde a *um exercício de razão, preparado historicamente, e é preparado em cada geração por um processo de educação.* A dificuldade é transferir o respeito aos outros para uma instituição - o Estado -, um violador impessoal, burocrático (LOPES, *Uma conversa sobre Filosofia do Direito...*, p. 6). A dignidade humana, como fundamento e finalidade da ordem jurídica, corresponde a um mínimo invulnerável que o ordenamento jurídico deve assegurar à pessoa (arts. 1º, III, e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil). Compreende a potencialidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida, o direito ao respeito inerente à condição humana e a garantia de condições sociais e econômicas mínimas para o pleno desenvolvimento da personalidade (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48). Ao Estado incumbe viabilizar a concretização ampliada da dignidade humana, tornando efetiva a pretensão do indivíduo de ver-se posicionado em situação idônea a exercer suas aptidões pessoais (FREITAS, Juarez. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 15). Ana Paula de Barcellos sustenta que a realização da dignidade humana envolve aspectos individuais e coletivos, presentes e futuros, exigindo *o equilíbrio entre necessidades diversas e a coordenação de efeitos mediatos e imediatos das diferentes ações.* O pressuposto moral do agir estatal é a centralidade do homem e seus direitos como fator de justificação racional (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.* Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 125-126).

menos, dois termos) e a obrigatoriedade (a prestação é devida, por representar uma igualdade).¹⁸ Nessa perspectiva, o “justo” significa tanto aquilo que é legal (a justiça prefigurada na lei) como o que é igual ou equitativo (em qualquer ação em que há um mais e um menos existe o igual, o meio termo), constituindo sempre o bem alheio.¹⁹ Embora mantenha relação de pertinência com as noções de equilíbrio (equivalência) e de correlação intersubjetiva, ele não se reduz a simples reciprocidade, podendo dela divergir em casos pontuais.²⁰

Nas sociedades hierarquizadas (modelo adotado na pré-modernidade), a justiça distributiva é o princípio ordenador da vida social, fundado na posição ocupada por cada um dentro do todo; nas sociedades igualitárias (modelo adotado na modernidade), a noção de justiça segundo a posição de cada um é substituída pela de dignidade inerente a todas as pessoas²¹ (em termos absolutos e não proporcionais), assumindo a justiça legal - e não a distributiva²² - a função de organizar a sociedade, a partir da premissa da igualdade de todos os seres humanos como membros integrantes desta.^{23 24}

¹⁸ A justiça envolve a observância de um critério comparativo (proporção aritmética ou geométrica), que é utilizado para justificar racionalmente a atribuição de bens ou a imputação de encargos na relação jurídica. Tanto a igualdade por comparação como a igualdade por essência têm um fundo comum de natureza ética.

¹⁹ Para Aristóteles, o homem injusto pode escolher tanto a maior porção das coisas que são boas (em geral) quanto a menor porção das coisas que são más. *Nem tudo que é ilegal é não equitativo, mas tudo que é não equitativo é ilegal* (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 47).

²⁰ Em algumas situações, a reciprocidade não configura um ato de justiça (por exemplo, pagar o mal com o mal ou o bem com o bem faz parte das ações dos cidadãos, mas nem sempre caracteriza o agir justo); noutras (intercâmbio de serviços), ela constitui o vínculo que mantém a associação entre os homens (reciprocidade baseada na proporção e não na igualdade), cuja coesão é assegurada pela demanda. O valor das coisas permutáveis deve ser mensurado, sendo viabilizada a troca pela utilização da moeda (termo médio ou medida de todas as coisas e do valor superior ou inferior de cada uma delas). *A conduta justa é uma mediania entre fazer e sofrer injustiça, pois fazer injustiça é dispor de excesso e sofrê-la é dispor de deficiência ou insuficiência. (...) a justiça só pode existir entre aqueles cujas relações mútuas são reguladas pela lei e esta existe no seio daqueles entre os quais há uma possibilidade de injustiça, uma vez que a administração da lei implica a distinção entre o justo e o injusto* (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 157-162). Embora haja uma espécie de congruência entre os conceitos de justiça, reciprocidade, simetria e equilíbrio, a extensão semântica do termo é mais ampla. Na eclosão da consciência moral, a justiça apresenta-se como uma virtude individual; na dimensão coletiva e social, é a qualidade das estruturas básicas de uma sociedade concebida como processo distributivo; no senso comum, é sinônimo de equidade, ou algo que se exprime na decisão judiciária ou, ainda, um poder que deve preservar o direito de cada um; institucionalmente, é o conjunto dos órgãos em que é apreendida. Vinculada à prática social, traduz a atitude de não tomar a violência e o arbitrário como princípio de comportamento ou como argumento. Nesse sentido, contém em si um grau de normatividade suprema (ideal), que permite julgar e criticar o poder político, instituição encarregada de fazer respeitar a legalidade (FARAGO, *A justiça*, p. XI).

²¹ Sobre o conceito de dignidade humana, ver nota n. 17 *supra*.

²² (...) o desiderato da justiça distributiva é garantir aos membros de determinada comunidade a participação no bem comum de forma equitativa. Aqui, é perceptível uma enorme diferença em relação à justiça comutativa, porque o debitum desta é um direito consagrado e próprio do particular, enquanto o debitum na justiça distributiva envolve um conceito impreciso, o bem comum, que a todos pertence proporcionalmente (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29).

²³ BARZOTTO, *Justiça social...*, p. 20-23.

²⁴ Na sociedade globalizada, a justiça contratual é assegurada pela tutela do mercado como direito fundamental difuso. *O desequilíbrio mercadológico, por meio de abuso de posição dominante, cartéis, abuso de dependência, pode gerar uma reação em cadeia que afeta a justiça de outros contratos espalhados na sociedade ou conexos*

Na esfera do coletivo, a justiça envolve a busca pela adequada medida entre o público e o privado na construção do bem comum, servindo como meio para a avaliação crítica das várias formas de relacionamento humano.²⁵ No plano do singular, compreende o justo na relação do indivíduo com a coletividade (participação no bem comum de forma proporcional²⁶) e na relação entre particulares (o devido como direito de cada um).²⁷ Em ambos, a justiça tem como fundamento a igualdade,²⁸ que, em uma relação de comparação,²⁹ concretiza-se de modo simples (absoluta) - pelo estabelecimento de uma equivalência entre dois objetos (p.ex. nas relações de troca) - ou proporcional (relativa) - pela existência de uma adequação proporcional de uma coisa a determinada pessoa, segundo um critério de atribuição

em rede. A autonomia privada, refletida na higidez do mercado, garante a legitimidade de acesso a bens e serviços, viabilizando a aplicação da regra do “valor real da prestação” (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397). Nesse sentido, o texto do artigo 219 da CRFB (Art. 219. *O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal*).

²⁵ A justiça não é o sentimento que cada um tem de seu próprio bem-estar ou felicidade, como pretendem alguns. Mas, pelo contrário, é o reconhecimento de que cada um deve respeitar o bem e a dignidade dos outros. (...) a justiça exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou conservar (MONTORO, *Introdução...*, p. 163 e 165-170). A propósito do tema, Karl Larenz destaca que o elemento nuclear do Estado de Direito material é a paz jurídica, a qual constitui desdobramento dos princípios da segurança e da confiança. Ao ordenamento jurídico incumbe proteger a confiança suscitada pelo comportamento do outro, porque poder confiar no outro é condição essencial para o convívio social pacífico e a cooperação entre os indivíduos (LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985, p. 91).

²⁶ A igualdade das pessoas é definida por um critério comparativo, cuja aplicação é, por vezes, dificultada pela existência de diferentes aspectos relevantes, que devem ser ponderados nesse juízo. Para a superação desse óbice, Fernando Rodrigues Martins propõe a elaboração de uma “escala de valores” pela sociedade, com a indicação daqueles a serem priorizados segundo critérios comparativos, com vistas à aplicação da norma de tratamento da igualdade (MARTINS, *Princípio da justiça...*, p. 28).

²⁷ MARTINS, *Princípio da justiça...*, p. 396-397.

²⁸ O Cristianismo exerceu forte influência no desenvolvimento da noção de justiça, ao defender, com amplitude e convicção, a igualdade fundamental e a universal fraternidade de todos os homens, a partir da idéia de que cada ser humano é uma natureza dotada de inteligência e vontade livre (MONTORO, *Introdução...*, p. 173). Essa concepção persiste até a atualidade e foi positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos seguintes termos: *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade* (art. 1º). Com efeito, os homens são fundamentalmente iguais, mas subjetivamente diferentes. E o fato de serem únicos e diferentes os faz iguais. A alteridade torna cada pessoa uma existência singular da espécie humana.

²⁹ Do ponto de vista filosófico, as relações podem ser casuais ou não-casuais, inserindo-se nesta última categoria as de conformidade ou adequação, sob três modalidades: de *identidade*, que é a relação de conformidade quanto à essência (duas realidades são idênticas quando têm a mesma essência); de *semelhança*, que é a relação de conformidade quanto à qualidade (duas realidades são semelhantes, quando têm as mesmas qualidades), e de *igualdade*, que é a relação de conformidade ou equivalência quanto à quantidade (duas realidades são iguais, quando têm a mesma quantidade), não no sentido estritamente material ou metafórico, mas analógico ou moral. Na visão clássica, a igualdade é o meio termo na virtude da justiça, e o meio termo em qualquer virtude é o ponto intermediário entre o excesso e a falta. Segundo São Tomás de Aquino, quando a razão fixa o justo-meio a partir de considerações individuais, tem-se um meio termo interior ou subjetivo (como no caso das virtudes individuais, em que o meio termo entre o excesso e a falta é estabelecido subjetivamente, podendo variar de pessoa a pessoa); quando o justo-meio é fixado pela comparação de uma coisa com outra ou pela adequação proporcional de uma coisa a determinada pessoa, tem-se o justo-meio objetivo. E é esse o caso da justiça, que procura estabelecer não uma “identidade” (como seria o caso de entregar um objeto e receber o mesmo objeto) ou “semelhança”, e, sim, uma equivalência ou “igualdade” (MONTORO, *Introdução...*, p. 171).

(p.ex. na distribuição dos benefícios e encargos entre os membros da comunidade).^{30 31}

Nesse contexto, insere-se a equidade - concebida ora como virtude³² anexa à justiça³³ ora como uma modalidade desta (justiça por aproximação)³⁴ -, cujo significado, embora antigo, evoluiu de modo não linear ao longo do tempo.³⁵

³⁰ *Se A recebe de B um objeto ou serviço que vale 100 e paga 100, a igualdade inicial foi mantida. A ação foi justa. Se pagar menos de 100, violará a justiça. Se der mais, praticará uma liberalidade e não, simplesmente, um ato de justiça. De modo semelhante, na distribuição dos lucros de uma sociedade, se A, que contribuiu com 100, recebeu 10, e B, que contribuiu com 50, recebeu 5, foi respeitada uma igualdade básica* (MONTORO, *Introdução...*, p. 172).

³¹ A noção moderna de igualdade advém do latim *aequalitas* (igualdade por comparação a outro objeto), derivado das expressões *aequalis* (igual) e *aetis*, que, no período medieval, *perderam, em francês e português, a partícula “qua”* (égalité-égalité-égal, equalidade-igualdade-igual). Já o termo equidade provém do latim *aequitas* (também *aetis*), que, em sua origem, significava igualdade (derivada de *aequus* - igual-adjetivo). Em razão da proximidade etimológica e da distinção de nível de pensamento, *tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com “equilíbrio e calma” é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto*. Com efeito, a igualdade entre todos os sujeitos de direito foi a base filosófica e política da Revolução Francesa e do resultante maior Código moderno, o *Code Civil de 1804, da França (...)* Os sujeitos civis (nobres e plebeus) têm os mesmos direitos e serão regulados por um só Código, uma só lei, a lei dos iguais! Na sociedade pós-moderna atual, distinguem-se o que é igual e o que é diferente. Logo, tanto a modernidade como a pós-modernidade baseiam-se no discurso dos direitos: a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional), e a segunda nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo) (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-41).

³² O termo *virtude* tem origem na palavra *vis*, cujo significado é força que qualifica a energia da vontade. Para atingir o seu fim último, o homem necessita de disposições e hábitos. *A virtude é, então, uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria*. Como estado mediano, situa-se entre dois vícios opostos: um constituído pelo excesso e outro pela deficiência, embora existam ações e paixões que não admitem meio-termo (p.ex. a inveja). Ela é moral, quando adquirida como resultado do hábito (não surge em nós por natureza, sendo adquirida pelo exercício), ou intelectual, quando adquirida como resultado do ensino (o que exige experiência e tempo), podendo influenciar no comportamento ético do indivíduo (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 145). Para Tomás de Aquino (1221-1274), a virtude designa uma qualidade boa do espírito que torna reta a vida, da qual ninguém pode fazer uso inadequado (*definitio virtutis quae solet assignari, scilicet, virtus est bona qualitas mentis, qua recte vivitur, qua nullus male utitur* - Suma Teológica I-II 55,4). Virtude é, em outros termos, excelência da conduta, *ethos* ou *habitus* como justeza ontológica (FARAGO, *A justiça*, p. XIII).

³³ As virtudes anexas correspondem ao que os antigos denominam “partes potenciais” das virtudes cardeais, porque incorporam, apenas de modo deficiente, os respectivos conceitos. Nesse sentido, são anexas à justiça - cuja essência consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade -, as virtudes de cunho social que dizem respeito a outrem, mas que se ressentem de alguma condição para serem virtudes cardeais, seja por não realizarem uma verdadeira igualdade - p.ex., o respeito filial (virtude pela qual o filho dá aos pais a consideração que lhes é devida), o respeito público (virtude que leva os cidadãos a dar aos homens eminentes, por alguma obra ou ação, a consideração que lhes é devida) e a virtude da religião (que leva o indivíduo a dar ao criador o reconhecimento ou culto que lhe é devido) -, seja por não se referirem a um devido legal e exigível, caracterizando mero dever moral - a amizade (virtude (espontânea) que consiste em querer bem o próximo), a veracidade (virtude de dizer a verdade e expressar o que se pensa), a gratidão (virtude pela qual o indivíduo se mostra agradecido a outrem pelo benefício recebido) e a equidade (virtude que implica uma moderação da literalidade da lei, em casos particulares, para atender melhor à sua finalidade e ao espírito) (MONTORO, *Introdução...*, p. 176-178).

³⁴ MONTORO, *Introdução...*, p. 176.

³⁵ A adequada compreensão do tema pressupõe uma breve digressão história sobre o conceito de equidade, cuja evolução sofreu a influência de diversas tradições de pesquisa sobre a racionalidade prática e a justiça. Tais tradições, além de contemplarem concepções conflitantes, diferiam entre si quanto aos catálogos de virtudes, às

Equidade (*epieikeia* em grego ou *aequitas* em latim³⁶) é um termo polissêmico e multifuncional, com origem filosófica na Antigüidade.³⁷

Em sua obra *Ética a Nicômaco* (V. 1137a - 1138a), Aristóteles designa a equidade (*epiikia*) como um hábito que se relaciona com a justiça, cuja essência é o equitativo (*epiike*), vinculado não ao justo legal, mas ao corretivo deste.³⁸ É a justiça que se realiza

concepções do eu, às cosmologias metafísicas e ao modo de desenvolverem o pensamento, conforme o contexto em que foram desenvolvidas. A *tradição aristotélica emergiu da vida reflexiva e retórica da pólis e do ensinamento dialético da Academia e do Liceu; assim, também, a tradição agostiniana floresceu nas casas de ordens religiosas e nas comunidades seculares que ofereceram um ambiente favorável a essas ordens na sua versão inicial, e, na versão tomista, nas universidades; também a mistura escocesa de agostinismo calvinista e aristotelismo renascentista informou a vida das congregações e sessões das kirks, dos tribunais de direito e das universidades; o liberalismo, inicialmente repudiando a tradição em nome dos princípios universais e abstratos da razão, tornou-se um poder politicamente incorporado, cuja inabilidade em concluir seus debates sobre a natureza e o contexto desses princípios universais teve o efeito não intencional de transformar o liberalismo em tradição.* Com relação ao modo de raciocínio, assim desenvolveram-se: *na tradição aristotélica, através dos empreendimentos dialéticos sucessivos de Sócrates, Platão, Aristóteles e Sto. Tomás; na tradição agostiniana, através da obediência à autoridade divina, revelada nas Escrituras, mediada pelo pensamento neoplatônico; na tradição escocesa, é através da refutação de seus predecessores, argumentando a partir das premissas que eles tinham aceito, que Hume propõe sua concepção; e, no liberalismo, uma sucessão de concepções ressoantes da justiça continua num debate que se tornou inconclusivo, em parte, devido à visão da racionalidade prática que a acompanha* (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 375-376).

³⁶ A expressão *epieikeia*, cuja etimologia aproxima-se das noções de moderado, conveniente e equitativo, opõe-se a *dikaïos*, que designa a aplicação estrita da lei. Já o termo *aequitas* (latim), etimologicamente atrelado à idéia de igualdade, equilíbrio e proporção, deriva de *aequus* (igual, equitativo). Ambas, porém, designam o comportamento prático do jurista e do juiz, ao elaborar a regra ou a sentença. A noção de justiça do caso concreto constitui uma fórmula da escolástica medieval, com a qual se pretende sintetizar o pensamento aristotélico sobre o tema. Nele, a palavra equidade - vinculada à noção de justiça - tem uma conotação subjetivista, sendo dela uma aplicação pontual (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil brasileiro. Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 200). Michelle Cumyn observa que o termo *aequitas*, derivado de *aequus* (igualdade), significa, em um primeiro sentido, serenidade, moderação, equilíbrio moral e, em um segundo sentido (sobretudo com Cícero), o espírito de justiça, por oposição ao legalismo, ao apego excessivo à letra da lei. Embora não exista ligação etimológica entre o latim *aequitas* e o grego antigo *epieikeia*, os significados desses termos são muito próximos: *epieikeia* designa o caráter razoável, a justiça ou a misericórdia de uma pessoa ou ação, mas também é oposição à lei ou ao exercício muito rigoroso de um direito, notadamente para Aristóteles. Além disso, é constantemente traduzida por *aequitas* (CUMYN, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles.* Prefácio de Jacques Ghestin. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 55).

³⁷ Aristóteles lança as bases da definição filosófica de equidade e sua relação com a lei estrita. Os filósofos e teóricos do direito que o sucedem tentam circunscrever o âmbito desse conceito - demasiadamente subversivo -, que parece justificar que o juiz substitua o direito positivo, por seu próprio conceito de justo (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 57).

³⁸ Ao contrário dos modernos, que o tratam como um fenômeno social “neutro”, os clássicos pensam o direito a partir da justiça como virtude cardeal. Ela norteia os padrões racionais que pautam as relações dos indivíduos dentro da coletividade (dimensão política). Para descobrir se uma ação é ou não justa em dada circunstância, atua a prudência (*phronesis*) como saber prático, aprendido pela experiência. Enquanto o saber teórico é dirigido ao universal e necessário e visa a alcançar a verdade, por um procedimento demonstrativo, o saber prático (capacidade verdadeira e raciocinada de agir com respeito às coisas que são boas ou más para o homem) orienta a ação humana, que se encontra no âmbito do contingente, realizando a passagem do universal (o bem a realizar) à concretude da situação por meio da deliberação. Com essa sabedoria, o homem não procura coisas boas somente para si, pois delibera bem sobre as coisas que contribuem para a vida boa em geral (BARZOTTO, Luis Fernando. *O direito ou o justo. O direito como objeto da ética no pensamento clássico. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Unisinos, São Leopoldo, 2000, p. 159-161).* Originariamente, a expressão *nomos* designava o uso, a tradição, o modo de fazer o que era imposto a todos os homens (obrigação de natureza

independentemente da lei,³⁹ e, embora superior a uma espécie dela (aquela que, por sua formulação genérica, pode conduzir ao erro), é em si mesma justa.^{40 41} Para o filósofo, se há a necessidade de estabelecer-se uma regra geral e não é possível fazê-lo de modo a ser aplicada, com retidão, a todos os casos, o legislador deve restringir-se àquilo que ocorre na maioria deles, expressando-se genericamente, mesmo que ciente das falhas que daí possam decorrer.⁴² A lei deve ser necessariamente geral (casos ordinários), ainda que possam existir situações (casos particulares) sobre as quais não se estatui adequadamente por meio dela.⁴³ A sua incompletude é inerente à generalidade que a caracteriza, e essa irregularidade é da própria natureza das coisas, e não falha do legislador. A omissão da lei - que, por excesso de simplificação, exclui da formulação geral determinado fato que contém algo excepcional -, deve ser corrigida e suprida pela postura de fazer-se intérprete do que o legislador teria dito, se tivesse tido conhecimento daquela particularidade.⁴⁴ Tal atuação concretiza-se com a aplicação da equidade (virtude ou disposição moral) como referencial que permite criar uma

superior). Posteriormente, por oposição à *Thémis* verbal, passou a nominar a lei escrita, que assegurava justiça igual (a síntese da força e do direito) a todos. O *nomos* significa, portanto: *os usos e costumes fundados nas crenças tradicionais ou convencionais persuadidas de sua legitimidade, de sua retidão, ou as leis formalmente instituídas que codificam o bom uso, elevando-o à categoria de norma imperativa, apoiando-se na autoridade do Estado* (FARAGO, *A justiça*, p. 63).

³⁹ Aristóteles opõe a equidade à lei, vislumbrando-as como modos distintos de aplicação da justiça. A lei é formulada de modo abstrato e geral, para abranger um número indefinido de casos futuros; a equidade é uma decisão em um caso particular, que afasta a lei para conformar-se à justiça. (...) *a tradicional referência à epieikeia como a justiça do caso concreto não corresponde à realidade. Tal definição não se encontra nos textos de Aristóteles, é antes um topos, um lugar-comum na filosofia do Direito, uma fórmula da escolástica medieval, com que se pretendeu resumir o pensamento aristotélico sobre o tema da equidade, deformando-o apenas, já que a justiça, princípio prático por natureza, não se realiza a não ser nas ações concretas. A equidade, na concepção aristotélica, que era subjetivista, derivava da idéia de justiça, e dela era uma aplicação pontual* (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 201).

⁴⁰ *A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente* (...) (ARISTÓTELES, *Ética* ..., p. 103).

⁴¹ ARISTÓTELES, *Ética* ..., p. 109.

⁴² ARISTÓTELES, *Ética* ..., p. 109.

⁴³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretacion economica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1994, p. 38.

⁴⁴ Aristóteles concebe o direito como um fenômeno mais complexo do que aquele descrito pelo normativismo moderno. Para ele, a dimensão jurídica da vida social consiste em uma práxis orientada pela justiça. A determinação da ação justa a ser realizada depende da prudência e não pode ser reduzida a mera aplicação da lei (BARZOTTO, *O direito e o justo...*, p. 174). No pensamento grego, a equidade significa aquilo que o legislador teria dito se estivesse presente. É, portanto, manifestação de justiça e também sua superação na criação do direito para o caso concreto. Como princípio de interpretação da lei, ela permite um comportamento que se afasta de sua letra, desde que se mostre conforme com a mente do legislador. É, *ainda, uma correção da lei quando, por causa de sua universalidade, mostra-se incapaz de atender a determinada situação concreta. Consiste, assim, em uma atuação do intérprete que procura aplicar a norma jurídica de modo aperfeiçoado, o que pressupõe a existência de uma lei diversa da lei positiva, aplicando-se os preceitos daquela sempre que insuficientes os desta* (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil brasileiro*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004).

norma particular identificada com a justiça.^{45 46} É a correção da lei, que, por seu caráter geral ou universal, não pode ajustar-se a todas as circunstâncias do caso concreto em que deva ser aplicada, sendo, nesse ponto específico, insuficiente. A justiça é uma proporção genérica e abstrata; a equidade, uma proporção específica, que incorpora as variações inerentes à experiência humana.^{47 48}

Na Retórica (I, 1374 a-b), Aristóteles reforça a noção de equidade como o justo que vai além da lei escrita, suprindo as lacunas desta na forma do espírito do legislador. Ela corresponde ao direito do caso individual em contraposição à regra geral; é a aplicação de lei não escrita para remediar a da lei escrita, atenuando o seu rigor como regra proporcional da justiça adotada no procedimento judiciário.⁴⁹ Ou, ainda, a interpretação da norma legal segundo o seu espírito, e não conforme o seu texto. Nessa perspectiva, o problema da equidade insere-se não só no campo da lógica ou da ética como também no domínio da argumentação retórica.⁵⁰

Na antiga Grécia, o direito é invariavelmente representado pela realização da justiça

⁴⁵ Certas passagens da obra de Aristóteles parecem contemplar uma concepção restritiva de equidade (princípio de interpretação da lei): segundo ele, a lei não deve ser seguida ao pé da letra, e, sim, aplicada conforme a intenção do legislador, ou seja, o juiz deve adotar a solução que o legislador teria dado se estivesse presente. Nessa visão, não existe verdadeiro conflito entre direito e equidade, mesmo porque o juiz não pode ignorar a lei e a intenção do legislador, sob o pretexto de julgar por equidade. Há, isto sim, uma concepção ideal da lei e do legislador, que é impulsionado pelo desejo constante de realizar a justiça na sua comunidade, não só aprovando leis para o funcionamento da sociedade, como também conferindo substância às leis naturais, para a orientação dos cidadãos na busca de justiça. Nessa perspectiva, convergem a intenção do legislador no sentido lato e os princípios subjacentes à decisão por equidade. Na hipótese de o legislador (imperfeito) promulgar uma lei injusta, cuja intenção, e não somente a letra, é contrária à justiça natural, o juiz deve excepcioná-la, porque, para Aristóteles, a justiça natural é obrigatória e tem precedência sobre a justiça legal (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 59-60).

⁴⁶ Aristóteles também adota o conceito de equidade como benevolência, para designar a atitude de ser indulgente com as coisas humanas. *O homem equânime resiste a conceber todas as suas relações em termos jurídicos, porque sabe que há conflitos que são insolúveis a partir do ponto de vista da justiça estrita* (BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 172-174). O homem equitativo é o que *prefiere por una libre elección de sua razón y práctica en su conducta, actos donde su derecho no es sostenido con extremo rigor, sino que por el contrario cede de él, aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 38).

⁴⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

⁴⁸ *El Derecho ha de ser completado con la equidad, la regla general con la excepción, para que siempre pueda alcanzarse una solución humana* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 38-39). A noção de equidade em Aristóteles é essencialmente formal (um modo de aplicação da justiça à semelhança da lei) e frequentemente identificada com o direito natural. Contudo, não se limita ao exercício de uma forma particular de justiça, uma vez que pode responder aos imperativos da justiça distributiva ou mesmo a princípios mais gerais, tais como a graça e a generosidade. A despeito disso, a equidade é invocada de modo particular quando da discussão do conflito entre a lei universal e a lei escrita. Consoante a interpretação dada por Tomás de Aquino à obra *Ética a Nicomaco*, a equidade refere-se à justiça natural na sua superioridade sobre a justiça legal (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 57-58).

⁴⁹ AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 201.

⁵⁰ Na obra *Retórica*, Aristóteles recomenda que o litigante invoque a equidade e o direito universal, se a lei escrita lhe é desfavorável. Isso porque o juiz prometeu em juramento a fazer o melhor julgamento, isto é, não se ater exclusivamente à lei escrita, mas consultar também a lei universal (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 60).

no caso concreto. A equidade - como mecanismo de moderação do direito estrito em atenção às circunstâncias fáticas particulares⁵¹ - orienta-se não por um sentimento, mas pelo justo natural que pretende concretizar.⁵² É uma forma melhor de justiça, desde que permite a adaptação da norma legal (geral e abstrata) aos fatos reais na medida das possibilidades,⁵³ sendo melhor não do que a justiça irrestrita e, sim, do erro oriundo de sua natureza irrestrita. Como critério de correção da lei que, por sua universalidade, revela-se inapta para atender ao caso concreto,⁵⁴ autoriza um comportamento que, apesar de afastar-se da letra da lei, mostra-se conforme a mente do legislador. É a conciliação do legal com o ético, a aproximação à noção do justo aperfeiçoado, com vistas à supressão de omissões e à correção de injustiças.⁵⁵ Assim, pela *epiikia* obedece-se, de modo mais excelente, à lei, respeitando a intenção do legislador onde as suas palavras não concordam. Nesse sentido, a equidade vincula-se às virtudes *dianoéticas* (da inteligência) e *phrónesis* (ou prudência), pois somente um juiz prudente pode sanar uma lacuna legal de forma acertada e justa,⁵⁶ restaurando a igualdade no

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da clausula penal. In: ASSIS, Araken, et alii. (Org.). *Direito Civil e Processo - Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

⁵² O justo natural consiste em um padrão objetivo que serve para avaliar as atividades de distribuição e correção na pólis, com a mesma força em toda parte; o justo legal corresponde àquilo que, a princípio, pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas que, depois de determinado, já não é mais indiferente (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 103). Na mesma linha, Tomás de Aquino sustenta que o direito natural não é uma regra, mas a dimensão natural da ação justa. É o produto de uma apreciação das relações objetivas de justiça no caso concreto, e não uma solução apriorística para o problema. Na doutrina moderna, o conceito de justo natural perde o seu sentido original. *Dikaion* é traduzido por direito, o que permite, em uma perspectiva normativista, a distinção entre dois direitos independentes: o direito natural e o direito positivo, embora, já no pensamento aristotélico, toda virtude, e não só a justiça, comporte uma dimensão natural e uma dimensão convencional (BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 170 e 182).

⁵³ ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 109.

⁵⁴ Para Aristóteles, a equidade como a correção do justo rigorosamente legal estava atrelada ao procedimento judiciário (juízo de equidade) (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 200).

⁵⁵ Toda lei encontra-se em uma tensão necessária em relação à sua concreção, uma vez que, por sua generalidade, não pode conter em si a realidade prática em toda a sua extensão, sendo inadmissível uma aplicação simples daquela (GRAU, Eros Roberto. *Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 18).

⁵⁶ Aristóteles compara a equidade a uma régua de edificação utilizada na Ilha de Lesbos: a régua é flexível, adaptando-se ao tamanho das pedras (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 109-110). A sua teoria pode ser resumida em três proposições: (a) a equidade não é uma regra de direito, mas uma decisão em um caso particular; (b) a decisão de equidade implica pôr de lado a aplicação rigorosa da lei para que seja adotada uma solução em conformidade com a justiça; (c) essa solução faz prevalecer sobre a letra da lei ou uma interpretação coerente com a intenção do legislador ou os princípios do direito natural. Às vezes, a equidade denota não a decisão em si, mas o princípio subjacente a essa decisão, que tem uma natureza demasiadamente vaga e indeterminada para ser formulada em uma lei. Isso explica a característica ambígua dessa noção, que designa ora uma decisão derogatória da lei ora um ideal de justiça. Ela pode ser igualmente considerada uma modificação do direito positivo pela adição de regras flexíveis que autorizam o juiz a aplicar certos princípios de equidade quando as circunstâncias justificarem. Essas regras permitem, em certa medida, a reaproximação do direito positivo ao direito natural. Com efeito, a equidade ocupa um lugar importante na justiça ateniense, porque, além de a legislação ser arcaica, os tribunais têm amplo poder para julgar de acordo com as circunstâncias do caso (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 59-60).

caso concreto.⁵⁷

Para o direito romano antigo,⁵⁸ a equidade está atrelada ao direito natural. *Aequitas* significa igualdade, proporção e simetria, no que se aproxima da *epieikeia* grega como solução para superar a rigidez da norma geral e abstrata,⁵⁹ sem com ela confundir-se. Enquanto a *epieikeia* consiste em uma manifestação aprimorada da justiça que visa a adaptar a lei geral ao caso concreto, substituindo-se o legislador pela interpretação de sua vontade e orientação, mediante a elaboração de uma norma como princípio ético identificado com a justiça, a *aequitas* não implica a criação da norma aplicável, uma vez que se limita a adaptar o *ius* ao caso concreto, sem ser superior àquele: o *ius* e a *aequitas* mantêm uma relação de proximidade, correspondendo esta a um modelo ideal de justiça. Ante o caráter geral e abstrato da lei, a sua aplicação de modo idêntico a todas as situações da vida real pode implicar tratamentos diversos, daí a necessidade de adequá-la concretamente, de acordo com a consciência social apreendida pelo jurista. Em contrapartida, a *aequitas* (critério) reclama a adoção da mesma decisão jurídica em todos os casos iguais, porque todas as atividades jurídicas objetivam a realização da justiça, inexistindo uma separação entre teoria e prática.

A equidade romana é, portanto, um valor variável, que impede a estagnação do direito

⁵⁷ Sendo o injusto o desigual, o juiz é um meio (intermediário) entre os litigantes para o restabelecimento do meio termo. *Dikaion* significa justo; *dikha*, metade, e *dikhastes*, aquele que estabelece a metade (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 156).

⁵⁸ Nas épocas arcaica e pré-clássica do direito romano, de cunho eminentemente formalista, a rigidez das normas, principalmente o *ius civile*, é contrariada e posta de lado em alguns casos em nome da *aequitas*, que corresponde a um modelo ideal de justiça e princípio inspirador do direito. *Exemplo disso eram as exceções, meios judiciais que o pretor concedia para paralisar as acciones, tornando ineficazes as pretensões baseadas em normas do ius civile*. Nesse sentido, ela precede a *epieikeia* grega no campo jurídico (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 201-202). Com a invasão da Grécia pelos romanos, há a sincretização das duas culturas, daí resultando, além da introdução do direito escrito, a quebra de sua rigidez pelas concepções filosóficas dos gregos. Novos direitos são reconhecidos, ampliando-se o espectro de destinatários das normas jurídicas (p.ex. estrangeiros). O direito romano sofre forte influência do estoicismo, em cuja filosofia - à semelhança do pensamento bíblico - predomina a concepção de justiça como o conjunto de todas as virtudes (MONTORO, *Introdução...*, p. 165). Para ilustrar, Francisco Amaral cita a passagem de Celso (Digesto 1, 1, 1) que define o direito como a arte do bom e do equitativo (*ius est ars boni et aequi*). Menciona, ainda, o contraste entre o *ius quirritium* (*ius civile*), arcaico, rígido e formal, e o *ius honorarium* (*ius praetorium*), criado pelos magistrados para integrar ou corrigir o *ius civile*, por razões de utilidade pública. Sem derogar o *ius civile*, o *ius honorarium* completa-o, adaptando-o à dinâmica da vida social. *Por meio de edictos, o pretor criava um direito de equidade que, paulatinamente, superava o rigor do ius civile arcaico, suprimindo-lhe as lacunas e reformulando-o*. Com Cícero, *aequitas* passa a significar igual tratamento como regra moral do direito romano, assemelhando-se à justiça como orientação do juiz e do legislador para dar a cada um o que é seu (*ius est aequitas constituta*). Na fase pós-clássica, a *aequitas* aproxima-se do *ius naturales*, e este, dos preceitos fundamentais do cristianismo, pelo menos no plano teórico. Contudo, do ponto de vista pragmático, a *aequitas* revela-se imprecisa, significando benignidade, humanismo, pietas e caritas (valores cristãos sem conteúdo jurídico preciso) (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 202-203). Sobre o tema, ver: FROSINI, Vittorio, *Enciclopedia del Diritto*. v. XV. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 69-82.

⁵⁹ A *aequitas naturalis* distingue-se da *aequitas civilis*: a primeira define uma forma de justiça absoluta que inspira o direito, e a segunda coloca-se como parte integrante deste, aplicada pelos pretores para superar a rigidez do direito civil (*ius civile*) por meio da aplicação do *ius honorarium* (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 202).

em fórmulas definitivas.⁶⁰ Não importa na “correção” da lei em sua aplicação a um caso singular (concepção grega), mas na sua correta interpretação, com a superação do significado literal do texto legal pela valoração das intenções e causas que motivaram a atuação do legislador.⁶¹

Na Idade Média, a *aequitas* apresenta-se não como critério de interpretação jurídica ou força evolutiva e, sim, a própria razão de ser do direito. Superada a indeterminação dos conceitos de *humanitas*, *benignitas*, *pietas* e *caritas* do período romano pós-clássico, o direito é concebido como uma unidade espiritual e científica.

Inspirado no pensamento de Aristóteles,⁶² Tomás de Aquino (1225-1274) sustenta que é impossível estabelecer uma lei que abranja todas as situações fáticas concretas, porque os atos humanos são singulares e contingentes, podendo variar ilimitadamente. Na elaboração da lei, o legislador deve ter em vista o que ocorre na maioria dos casos; porém observá-la integralmente em todos os casos pode implicar violação à igualdade e contrariar o bem

⁶⁰ AMARAL NETO, A equidade..., p. 203.

⁶¹ Jorge Mosset Iturraspe realça a diferença entre o posicionamento dos gregos e o dos romanos frente ao tema justiça: *Los griegos no dudaban en desviarse de las normas generales para dar soluciones ajustadas a los hechos en cada caso particular. Por ello Grecia no ha transmitido a la posterioridad un sistema de jurisprudencia, a diferencia de lo que aportó en los otros grandes temas del arte, la política y la filosofía. Por el contrario, el genio de Roma se manifestó al lograr que las soluciones prácticas cristalizaran en formas jurídicas susceptibles de componer un sistema. La discusión aristotélica influyó en los romanos y, a través de Santo Tomás, en todo el mundo occidental.* Para Cícero, qualquer interpretação que ignorasse os motivos e os fins da lei ou que os contradissem era equivocada. Em épocas posteriores, o conceito de equidade foi deformando, agregando características distintas de sua essência e sendo até confundido com o direito positivo no período de Justiniano (por ser o imperador o único intérprete do direito) (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 39-40).

⁶² Ao destacar o caráter arbitral da equidade, justificando a sua superioridade sobre a lei com a inevitável imperfeição desta, Aristóteles dá prevalência ao juiz sobre o legislador, ao direito natural sobre o direito positivo e à justiça do caso particular sobre o princípio da igualdade perante a lei. Em razão disso, alguns filósofos que o sucedem (Tomás de Aquino, Grotius e Pufendorf, por exemplo) procuram reduzir o alcance de sua teoria, limitando a extensão do conflito entre direito natural e direito positivo e concebendo a equidade como um simples princípio de interpretação da lei. Tomás de Aquino, por exemplo, consagra a solução proposta por Aristóteles, opondo o direito natural - imutável e decorrente da natureza do homem - ao direito positivo, derivado da vontade humana, como resultado de um contrato ou ordem do legislador, e reconhecendo o seu caráter obrigatório para o juiz, porque dele emana sua autoridade, embora possa ser negado efeito à prescrição contrária ao direito natural. No entanto, ressalva que a lei humana rege uma sociedade em que muitos membros são viciados, não sendo ela feita somente para pessoas virtuosas. Ante a impossibilidade de reprimir tudo que é contrário à virtude, a lei contenta-se em reprimir aquilo que pode destruir a sociedade. Nesse sentido, pode haver uma lacuna entre o ideal da virtude proposto pela lei natural e as exigências da lei humana. Por essa razão, o juiz deve fazer uso moderado e realista do seu poder de equidade para tolerar um certo grau de injustiça na aplicação da lei, cabendo à lei divina cuidar daquilo que a lei humana não pode punir (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 61-62). No século XIII, os dominicanos estão engajados em um movimento de erradicação do feudalismo e renovação da Igreja em prol das prerrogativas do poder real. A sociedade vivencia a passagem de uma cultura rural e feudal - com a vida religiosa centrada em grandes abadias proprietárias de feudos e um clero defensor do poderio mundano da Igreja - para uma cultura urbana e burguesa, que reivindica autonomia em face da religião. À época, Tomás de Aquino, intelectual dominicano, assume a tarefa de estabelecer conceitos que subsidiem a reflexão sobre os problemas práticos que se apresentam, recorrendo à doutrina aristotélica e combinando-a com a experiência jurídica romana. Ao contrário de Santo Agostinho, ele não se utiliza dos ensinamentos do Evangelho, que se mostram obscuros em relação às articulações institucionais que devem reger a civilização urbano-burguesa emergente (BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 175-176).

comum, que é perseguido pela lei.⁶³ Nessa linha, a equidade, transformada em algo útil para a aplicação do direito, constitui um corretivo deste, quando a observância à literalidade do texto legal conduzir à injustiça, sendo necessária a adoção de decisão que se atenha à natureza das coisas.⁶⁴ Como a ação humana realiza-se no plano particular, saber qual a virtude a ser atualizada, e em que medida, e identificar a lei aplicável a uma determinada situação dependem da razão prática, cuja virtude é a prudência. *A prudência é a capacidade de discernir, em cada caso, o que deve ser feito.*⁶⁵

Para rebater as objeções à idéia de equidade como virtude,⁶⁶ Tomás de Aquino pondera que ela não se opõe à justiça em si, mas ao justo estabelecido por uma determinada lei.⁶⁷ Tampouco desafia a severidade da lei, que, quando necessário, deve ser cumprida. Entretanto, não é conveniente ser escravo da lei, pois falta com ela quem, apoiando-se em sua letra, vai contra o seu espírito. Ademais, só se julga a lei quando considera-se-a mal redigida; não quando se diz que a sua letra não se aplica em determinada circunstância. A sua interpretação tem lugar somente nos casos duvidosos, em que não é lícito dela apartar-se sem a determinação do príncipe; nos casos evidentes, não é preciso a interpretação, senão seu cumprimento.

Segundo o teólogo, a equidade corresponde a uma espécie de justiça legal, que, em certo modo, está nela contida e, em certo modo, supera-a. Se a justiça legal for compreendida como a que se ajusta à lei, tanto a sua letra como a intenção do legislador (que é o elemento principal), a equidade é a parte principal daquela; se a justiça legal for considerada apenas como o ajuste à letra da lei, então a equidade não é parte desta, mas da justiça comum, distinguindo-se da legal por transcendê-la. O equitativo é algo justo, porém não o justo legal, e sim aquele que se contém sob o justo natural, a ser observado em absoluto ou

⁶³ AQUINO, Tomás de. *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*. 2 ed. rev. Trad. Ana Mallea. Estudio preliminar e notas de Celina A. Lértora Mendoza. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2004, p. 337.

⁶⁴ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 42.

⁶⁵ BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 176.

⁶⁶ Da doutrina aristotélica, Tomás de Aquino incorpora a concepção teleológica da moral e a teoria das virtudes, agregando a fé, a esperança e a caridade às virtudes cardeais (fortaleza, temperança, justiça e prudência). Como hábitos que dispõem sobre os atos humanos a serem desenvolvidos em direção ao bem supremo, à felicidade ou à contemplação de Deus, as virtudes (componente interno da ação moral) submetem os impulsos à razão, indicando as leis (componentes externos da ação moral) o ato correto a ser realizado (BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 176).

⁶⁷ Para Tomás de Aquino, *o direito ou o justo vem a ser uma obra ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade. (...) da obra justa a ser determinada pela razão, preexiste na mente uma razão, que é uma certa regra de prudência. Quando escrita, dá-se-lhe o nome de lei* (AQUINO, *Suma teológica*, II, II, q. 57, a.1 e a.2, p. 48-49). *O direito está contido na lei, como um projeto, mas só se realiza como práxis, ou seja, só há direito quando o agente, aplicando a lei de acordo com a prudência, realiza a ação justa* (BARZOTTO, *O direito ou o justo...*, p. 181).

universalmente, e do qual se origina o justo legal. A sua natureza é ser reguladora da lei naquilo que esta falha para um determinado caso particular.⁶⁸ Com efeito, há uma estreita relação entre equidade e direito natural, porque é por meio daquela que este ingressa na ordem concreta da convivência social.⁶⁹ A necessidade de direcionamento do justo legal não compromete sua retidão, uma vez que resulta do seu caráter geral e da impossibilidade de o intelecto humano abarcar todos os casos particulares. O que é verdadeiro na maioria dos casos pode não sê-lo em outros poucos, e a inaptidão da lei para referir-se a todos os casos não atenta contra sua higidez, uma vez que é impossível contemplar os casos que raramente ocorrem.⁷⁰ Se a lei deve propor algo de modo geral e em alguns casos não deve ser observada, não cabe ao legislador regular o que nela falha. É a sentença judicial que fará com que o dito pela lei em termos genéricos seja aplicado à situação particular, mesmo porque há uma indeterminação na lei, que não dispõe sempre do mesmo modo.⁷¹

Na Idade Moderna, a crescente importância do direito legislado vem em detrimento da concepção greco-romana de equidade. A crença de que o caráter universal, abstrato e estável da lei melhor atende aos anseios da sociedade - que, naquele momento, enfrenta os problemas decorrentes da revolução comercial e industrial - generaliza-se. A racionalização - do qual resulta o processo de codificação⁷² -, e o positivismo⁷³ jurídico - que reduz o direito a um

⁶⁸ AQUINO, *Comentario a la ética...*, p. 338.

⁶⁹ A lei natural, que é contraditada pela lei humana no caso concreto, deve prevalecer sobre o estatuído por esta (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 47-48).

⁷⁰ AQUINO, *Comentario a la ética...*, p. 339.

⁷¹ AQUINO, *Comentario a la ética...*, p. 341.

⁷² O movimento de codificação oitocentista é fruto de uma concepção de mundo, calcada em valores burgueses, notadamente a centralidade do indivíduo no sistema. Em um contexto moralmente identificado, definido e consensualizado, cabe ao direito a tarefa de garantir a observância dos valores dominantes [cuja legitimação é pressuposta, por estarem fortemente arraigados no ordenamento jurídico e amplamente disseminados], facilitando e permitindo a plena atuação das escolhas individuais (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 38).

⁷³ Inicialmente, a expressão “positivismo” é utilizada para designar uma vertente filosófica, cujo maior expoente é Augusto Comte. Para ele, o conhecimento científico é a manifestação mais evoluída do espírito humano, a qual supera a metafísica e a religião. Paulatinamente, o termo passa a nominar uma postura epistemológica de busca de rigor nos resultados alcançados pelo conhecimento. No campo da filosofia do direito, destacam-se três diferentes modos de entender o positivismo jurídico: a) um modo de aproximar-se do estudo do direito; b) uma determinada teoria ou concepção do direito, e c) uma ideologia da justiça. Mas, de modo geral, positivista tem sido considerado tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas (COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18). As inúmeras vertentes do positivismo jurídico têm como nota típica uma postura metodológica marcada por um corte epistemológico e um corte axiológico. Na busca pelo ideal da exatidão e objetividade do conhecimento, ela reduz a complexidade do fenômeno jurídico, afastando juízos do sujeito cognoscente sobre a justiça ou a injustiça, a adequação ou a inadequação ético-social do conteúdo das normas integrantes do sistema jurídico. A preocupação do positivista é captar o direito positivo tal como ele é, descrevendo suas proposições normativas, e não como ele deveria ser em confronto com valores, cuja análise refogem ao conhecimento científico. Nessa linha, Kelsen (Teoria pura do direito) e Ross (El concepto de validez y otros ensayos) rejeitam o direito natural como fundamento de validade do ordenamento

conjunto de ordens ou comandos estatais, providos de sanção - realçam a primazia da ordem legal,⁷⁴ promovendo o distanciamento entre a *aequitas* e o *ius* e a fragmentação do conceito de equidade. No pensamento jusracionalista, inspirado na matemática, na evidência e no conceito de sistema, o direito apresenta-se como um sistema axiomático-dedutivo, cabendo ao intérprete aplicá-lo por meio de um raciocínio lógico-formal (subsuntivo), sem qualquer poder criativo (soluções predeterminadas). O absolutismo real condena os excessos cometidos em nome da equidade,⁷⁵ vinculando o juiz, exclusivamente, a normas emanadas do órgão legislativo estatal. Os positivistas mais radicais⁷⁶ sustentam que invocá-la para furtar-se à aplicação da lei conduz à tomada de decisões pautada pelo sentimento, pela intuição, pelo irracional e arbitrário.

Na esteira dos movimentos reducionistas dos poderes do juiz, a equidade perde prestígio diante da hegemonia da lei. Marginalizada como critério de justiça (ideal), ela mantém-se, por longo tempo, alijada do campo jurídico, por considerada atentatória contra as aspirações de segurança, firmeza, objetividade e inviolabilidade do direito, indispensáveis à

jurídico. Já Hart admite a existência de um conteúdo mínimo do direito natural como pressuposto necessário à existência e à manutenção da sociedade organizada (AGUIAR, Marcelo Souza. O denominado Positivismo Sociológico de Herbert Hart. *Revista da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso*, n. 4, ano I, São Paulo: Editora Revistas Oficiais, 2001, p. 9-10). Sobre o tema, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2 ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 106-123.

⁷⁴ Ao longo dos séculos XVIII e XIX, a teoria geral da lei consagra inúmeros princípios como verdadeiros dogmas: a) o direito reduz-se praticamente à lei escrita; b) as leis como obra da razão natural são, principalmente a partir da codificação napoleônica, um direito perfeito e acabado; c) as leis como atos de sabedoria, justiça e raciocínio devem ser gerais, impessoais e irretroativas; d) o fiel cumprimento das leis assegura o bem comum e a justiça; e) ao Poder Judiciário incumbe somente a aplicação das leis, que é concebida como uma atividade meramente lógica, de subsunção do fato à norma legal (silogismo). Para François Geny, todo direito procede da lei escrita e positiva, constituindo princípio fundamental do Estado Social que nada deve ficar ao arbítrio do juiz, o qual não pode decidir senão em virtude de um preceito legal (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 36-37). A legislação codificada desenvolve uma sistematicidade interna auto-referenciada, separando o campo do normatizado do perímetro da liberdade plena. A alusão legislativa a “princípios jurídicos” - geralmente princípios gerais de direito - justifica-se não pela intenção de abrir o sistema normativo a eventuais influências externas mas de fechá-lo, *identificando o modo último pelo qual se faria a colmatação das eventuais lacunas do corpo legislativo e remediando, assim, a “não aceitável” incompletude do sistema*. Nessa perspectiva, os princípios jurídicos ostentam uma importância limitada, supletiva e vinculada ao conjunto de auto-referências internas (SILVA, *A boa-fé...*, p. 39).

⁷⁵ Em 1667, a *Ordonnance* civil de Luis XIV proíbe, expressamente, o recurso à equidade, que é suprimida do sistema jurídico francês nos séculos XVIII e XIX (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 203). A Revolução continua a obra do antigo regime, fazendo triunfar a certeza do direito junto com o absolutismo de Estado: em tempos de ignorância e barbárie, os juízes são os “ministros da equidade” entre os homens e assim permanecem nos casos em que não há leis escritas: *quando estas passam a existir, a função jurisdicional é estritamente submetida à lei, e eles são obrigados apenas a aplicá-la* (PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 469-470).

⁷⁶ A exigência de calculabilidade e confiança nas relações econômicas justifica a limitação do poder da monarquia patrimonial e do feudalismo, culminando com a instituição do poder legislativo dos parlamentos. Por comprometer a previsibilidade e a segurança, a equidade é refutada como elemento do ordenamento jurídico. Contudo, no contexto de um sistema econômico competitivo, a sua rejeição é absoluta, o que acaba motivando a reconquistando de espaço próprio no cenário jurídico, à medida que o fenômeno da concentração econômica e o intervencionismo estatal intensificam-se (GRAU, *Equidade, razoabilidade...*, p. 17-18).

estabilidade no tráfico jurídico.⁷⁷

Ao longo do século XIX, o predomínio absoluto da lei é contestado,⁷⁸ por sua insuficiência para a solução dos problemas sociais e econômicos emergentes. A técnica da subsunção passa a coexistir com o método da concreção, que pressupõe um juízo de valoração na aplicação do direito.

No século XX, a concentração do poder econômico e a intensa atuação intervencionista do Estado dão origem a um movimento de resgate da equidade. Superado o dualismo *aequitas* e *ius*, atribui-se-lhe a função de complementar a lei e o próprio direito, não como algo externo ao sistema jurídico, mas como parte integrante deste, por vezes associada à idéia de proporcionalidade.^{79 80}

Na sociedade pós-industrial, o fenômeno jurídico é marcado pela “juridiscização”, oriunda da crescente importância da jurisprudência e da racionalização do processo. A razão jurídica dá lugar à razão prática, e o direito realiza-se na sua própria construção. Ao juiz é

⁷⁷ No tocante ao elemento decisionista do positivismo, a segurança, a firmeza e a inviolabilidade correspondem a segurança, a firmeza e a inviolabilidade da vontade, cuja decisão soberana transforma a norma em norma válida (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. 1 ed. São Paulo: Max Limond, 2000, p. 190-191). A redução do direito à lei, com a supressão do poder criador do juiz, traduz um fenômeno político de grande envergadura: a crise dos parlamentos e do parlamentarismo. Para desacreditar a equidade como técnica interpretativa ou fonte de direito, enumeram-se os seguintes argumentos: trata-se de regra moral, estranha ao campo jurídico; envolve questão de piedade, caridade ou benevolência, alheia ao direito; consiste em uma justiça extralegal, contrária ou oposta à perseguida pela lei; compreende hipótese de justiça intuitiva, sujeita aos caprichos do julgador; implica aplicação discricionária ou arbitrária, que permite ao juiz valer-se de seus sentimentos particulares ou utópicos ideais, ou, ainda, corresponde ao direito natural ou ideal, que nada tem haver com o direito positivo. Em verdade, a equidade encontra-se na própria lei, não devendo o juiz buscar sua aplicação, porque já o fez, antes dele, o legislador (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 42-44).

⁷⁸ Embora as lutas ideológicas travadas na segunda metade do século XIX tenham contribuído para o abalo da concepção do direito como um sistema hermeticamente fechado, as profundas transformações sociais causadas pela Primeira Guerra Mundial são determinantes para a sua abertura. Afora o reconhecimento pela Corte Permanente de Justiça Internacional dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” como fonte de direito em 1920 (art. 38 do seu Estatuto), consolida-se, gradativamente, a *unificação da fonte de validade do público e do privado em um mesmo corpo normativo: a Constituição* (SILVA, A boa-fé..., p. 40).

⁷⁹ AMARAL NETO, A equidade..., p. 204.

⁸⁰ No direito anglo-saxão, que ainda hoje divide-se em dois sistemas normativos (*law* e *equity*), a equidade tem um significado próprio e é inspirada por princípios fundamentais: ela não tolera agravo sem reparação; opera sobre pessoas e não coisas; presume perfeito aquilo que deve ter futura realização; prescinde das formas para tomar em consideração preferencialmente a natureza das relações; supõe sempre a intenção de cumprir o pacto; a igualdade é, em princípio, equidade; protege o diligente, e não quem descuida do seu direito; quem pede julgamento em equidade não pode estar incurso em dolo ou má fé; à solicitação de equidade deve preceder uma conduta equitativa; se a solução equitativa é igualmente favorável a ambas as partes, confia-se a solução ao direito estrito; sem grave quebra da equidade, deve-se observar *prior tempore potior iure*, e a equidade complementa a lei (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 46). Na tradição inglesa, *equity* designa uma jurisdição e um sistema de direito, que veio corrigir e adicionar-se às regras e aos remédios do direito comum. Os juristas franceses conhecem a palavra equidade no sentido de julgamento que exclui a aplicação do direito positivo, o que está na origem do nome dado aos tribunais de *equity* na Inglaterra. Na realidade, a palavra inglesa *equity* data do século XIV e provém do francês *équité*, que se formou no século XIII, a partir do latim *aequitas*. Ambas têm o mesmo significado primário de igualdade, justiça, imparcialidade, mas compartilham um segundo sentido que opõe a equidade ao direito positivo ou à letra da lei (CUMYRN, *La validité du contrat...*, p. 54-55). Sobre a relação entre *equity* e *common law*, em tudo semelhante à relação entre *ius civile* e *ius pretorium* no antigo direito romano, ver: AMARAL NETO, A equidade..., p. 204 e 205.

reconhecido um largo poder de apreciação,⁸¹ que ele exerce, definindo o significado e alcance da norma jurídica frente ao caso concreto, a partir de uma pré-compreensão e de uma atuação criativa.

A despeito de sua relevância para o processo decisório, nem a doutrina nem a jurisprudência adotam uma concepção unitária de equidade.⁸² Para uns, exprime o sentimento de equilíbrio moral ou de atitude intuitiva, que permite a alguém discernir entre o que é justo ou injusto, conforme o exigido por uma justiça mais ou menos ideal;⁸³ para outros, corresponde a uma virtude moral radicada na virtude cardeal da justiça, que respalda, em circunstâncias especiais, a atuação mais afinada ao espírito da lei do que à sua letra;⁸⁴ existem, ainda, os que a vislumbram como um critério de justiça, cuja aplicação tende a reduzir as desigualdades resultantes da justiça formal, em oposição ao formalismo.⁸⁵ Nesse sentido, visa

⁸¹ Sobre o tema, ver: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 71.

⁸² *Equidade*. [Do lat. *aequitate*] S.f. 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. 2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pág. 675). Equidade é: Disposição do órgão judicante para reconhecer, com imparcialidade o direito de cada um. 2. Sentimento seguro e espontâneo do justo e do injusto na apreciação de um caso concreto (Lalarde). 3. Justiça no caso singular. 4. Autorização, explícita ou implícita, de apreciar, equitativamente, um caso, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto e tendo por base as avaliações positivas do ordenamento jurídico. É um ato judiciário, um poder conferido ao magistrado para revelar o direito latente (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 2).

⁸³ JAPIASSÚ, Hilton e SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 85.

⁸⁴ No direito argentino, a equidade não constitui categoria metajurídica, mas um princípio vigente, que tem atuação relevante na interpretação, na integração e na aplicação da lei. A interpretação equitativa aproxima-se da regular ou funcional, destinada a coibir o exercício abusivo de direitos (art. 1.071 do Código Civil argentino). Já o art. 1º do Código Civil suíço, adotando as diretrizes da Escola do Direito Livre, dispõe que, na insuficiência da lei e do costume, o juiz decidirá segundo o que ele estabeleceria como legislador. De acordo com a interpretação hoje dominante, o juiz não pode julgar conforme o seu critério pessoal, senão segundo o direito e a equidade. Nesse sentido, é pertinente a distinção entre *interpretatio legis*, que diz respeito ao sentido da norma, e a *interpretation juris*, que envolve a investigação do direito em relação a uma determinada situação fática. Segundo Castro y Bravo, a essência da lei - ou seja, aquilo que lhe confere valor jurídico - é sua *ratio*, que determina sua *vis* diretiva. *El contenido de la ley se centra, realmente, en su fin jurídico, esto es, en el fin inmediato o propósito organizador concreto propuesto y en el fin mediato, general o implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 40-41).

⁸⁵ A justiça formal é definida como o princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma. Toda aplicação da justiça exige, previamente, uma divisão assim do universo do discurso. Mas, sendo a realidade complexa, o nosso sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, que ocasionam categorias essenciais nem sempre concordantes. Um modo de sair do mal-estar criado pelas antinomias da justiça consiste em dar deliberadamente preferência a uma característica essencial em detrimento de todas as outras (...), podendo todas as outras exercerem sua influência apenas na medida em que não atrapalharem a primeira. Quando aparecem as antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorreremos à equidade. Esta, que poderíamos considerar a muleta da justiça, é o complemento indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se mostra impossível. Consiste ela numa tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial. A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça

não à correção da lei em sua aplicação concreta, e sim à sua adequada interpretação, enquanto antecedente, pressentimento da lógica do razoável em matéria de interpretação.⁸⁶ Ao adaptar a norma legal a um caso específico para torná-la mais justa, o juiz não se vale do seu livre arbítrio, nem contraria o conteúdo expresso daquela, porque uma solução pela equidade completa aquilo que a interpretação literal não alcança.

Constitui objeto deste trabalho uma análise sobre a equidade no direito contratual brasileiro. Esta tese destina-se a demonstrar que, em determinados casos, a sua aplicação deve ser subsidiária ou residual - ou seja, quando não for possível adotar-se outros parâmetros previstos em lei (tais como analogia, costumes, princípios gerais de direito, boa fé) para a solução do litígio -, em virtude da sua natureza assistemática. Com esse propósito, parte-se das seguintes indagações: a) em razão de suas características peculiares e funções específicas, a equidade tem lugar no direito contratual? b) há risco de a atuação da equidade no espaço delimitado pela autonomia privada torná-la disfuncional? e c) quais os limites oponíveis à aplicação da equidade na relação jurídico-contratual, tendo em vista a participação dos contratantes na elaboração do regramento contratual?

Para a abordagem do tema, mister se faz a compreensão do modo como a equidade organiza e regula as relações empíricas estabelecidas entre indivíduos, grupos e classes dentro de um contexto específico, porquanto insuficiente, para o objetivo almejado, a mera descrição de suas funções estruturadoras e regradoras.⁸⁷ Entretanto, as infinitas possibilidades de afetação da relação jurídica por elementos externos em sua projeção temporal e a ampla gama de questões econômicas, sociais e políticas que o problema envolve reclamam a delimitação do campo de investigação, que se restringirá ao exame de contratos de direito privado no ordenamento jurídico pátrio, excluídos os ajustes com projeção no plano internacional.

A pesquisa situar-se-á nos planos da dogmática e da experiência jurídica, com base na idéia de função, sob um enfoque eminentemente pragmático, e não puramente filosófico ou histórico.

No primeiro capítulo do trabalho, discorreremos sobre o conceito de equidade em uma perspectiva funcional, identificando as funções que, ordinariamente, lhe são atribuídas (interpretativa, corretiva e integradora/supletiva) e distinguindo-a de outra figura similar - a

formal, é tornado impossível pelo fato de se levar em conta, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação. Ela intervém quando dois formalismos entram em choque: para desempenhar seu papel de equidade, ela própria só pode ser, pois, não-formal (PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33-37 - grifei).

⁸⁶ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 47-48.

⁸⁷ Nas teorias sociais, o termo “função” é empregado em relação à sociedade ou aos indivíduos como partes componentes dessa totalidade, que interagem entre si e com o todo.

boa-fé objetiva.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo da equidade no direito contratual brasileiro, sendo nele examinadas as diferentes espécies contratuais (contratos paritários, contratos de adesão e contratos-lei), conforme a maior ou menor intervenção das partes na composição do regramento normativo, e as suas funções nesse campo específico (equidade como vetor interpretativo, equidade como parâmetro corretivo e equidade como elemento integrador).

No terceiro capítulo, abordaremos os limites oponíveis à atuação do juiz na aplicação da equidade. Nele serão enfrentadas as questões relativas ao poder revisional do juiz em matéria contratual, tendo em vista as restrições pontualmente existentes na legislação vigente, as derivadas de outros institutos jurídicos e as decorrentes da exigência de fundamentação racional.

A importância do tema é inequívoca, ante a necessidade de adequação da norma geral e abstrata ao caso concreto no momento da aplicação do direito e a exigência de objetividade nas deliberações judiciais orientadas pela casuística. No campo jurisdicional, devem ser evitadas tanto as soluções demasiadamente simplistas, influenciadas pela tendência legislativa a reduções normativas generalizantes, como as decorrentes de excesso de subjetivismo. O processo decisório deve contemplar um diálogo que conduza a uma racionalidade mínima, indispensável à legitimação do pronunciamento judicial, observados os critérios do sistema jurídico para a qualificação das manifestações prescritivas da conduta social.

Em uma sociedade marcada pela escassez de padrões estáveis (pluralismo), o uso indiscriminado da equidade na solução jurisdicional de litígios gera distorções, o que justifica um retorno às origens históricas desse instituto jurídico em busca de sua depuração semântica e posterior adaptação ao ordenamento jurídico pátrio. Em um Estado de Direito, não é qualquer juridicidade normativa que legitima o exercício do poder estatal, mas o direito de certo conteúdo e produzido de certo modo.⁸⁸

Sem a pretensão de esgotá-la, desenvolveremos a pesquisa utilizando o método

⁸⁸ *Quando a dominação tem por fundamento a crença na tradição (dominação tradicional) ou no carisma (o prestígio da liderança), não se desenvolve, como centro crucial de preocupação, uma teoria das fontes do direito. No momento em que o exercício do poder torna-se contínuo e permanente, por meio de instituições, procedimentos, dispositivos de segurança, é preciso definir, a cada instante, o que deve competir ao Estado, à sociedade privada e ao indivíduo. Nesse contexto, a teoria das fontes constitui instrumento valioso, na medida em que permite regular o aparecimento contínuo e plural de normas de conduta, sem prejuízo da segurança e da certeza das relações (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 192-193). Segundo João Baptista Machado, a questão das fontes de direito está relacionada ao problema da positivação de certos conteúdos normativos que adquirem juridicidade. Nesse sentido, *transcende o sistema posto, que escapa à capacidade regulamentadora desse sistema*, estando na alçada da teoria do direito (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 153).*

dogmático-jurídico, a partir da leitura de obras doutrinárias e da análise da legislação de regência, com referências jurisprudenciais pontuais.

1 Equidade: delimitações conceituais

A justiça é, por natureza, geral e, de igual modo, obrigatória para todos, características que a aproximam, conceitualmente, da lei. Inobstante, a adequação entre ambas nem sempre é - de fato - perfeita, porque a realidade fática é demasiadamente variável e complexa para ser objeto de um sistema de leis infalível.

A dinâmica do fenômeno jurídico comporta dois modos de aplicação da justiça: um principal e ordinário, que é a lei, e outro secundário e excepcional, que é a equidade. Esta - como a exigência de ponderação do singular na construção da norma jurídica aplicável ao caso - permite fazer justiça quando a solução prefigurada na lei revela-se insuficiente para o atingimento de tal desiderato.^{89 90} Como complemento indispensável à justiça formal, ela tende a reduzir a desigualdade entre os que integram uma mesma categoria, uma vez que a igualdade perfeita (prefigurada na lei) é inalcançável pela consideração simultânea de duas ou mais características essenciais que se põem em confronto em determinadas situações.⁹¹

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca a justiça social como um dos objetivos fundamentais da sociedade brasileira,⁹² acolhendo a noção aristotélica de justiça geral (ou legal) - pela qual o ato justo é aquele que está em conformidade com a lei, cujo objeto são os deveres do indivíduo em relação à comunidade -, porém atribuindo-lhe uma feição singular (própria de uma sociedade pretensamente igualitária). Consoante o modelo constitucional atual, a lei estabelece como devidas as ações necessárias para a coletividade alcançar o bem comum, impondo aos seus membros o dever de colaborar para obtê-lo e o direito de dele participar. Ao lado da justiça

⁸⁹ A equidade pressupõe que uma pessoa, geralmente o juiz, decida excluir a aplicação da lei em um caso concreto, por imprópria nas circunstâncias, e adotar uma solução conforme a justiça. Conquanto a decisão não crie uma nova regra, é possível um enriquecimento ou aperfeiçoamento progressivo do direito positivo, a partir de sua generalização, com a criação de novas regras. A equidade também pode ser descrita como a aplicação de um princípio, com conteúdo flexível, à semelhança da igualdade e da boa fé (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 58).

⁹⁰ A equidade significa, às vezes, um ideal e, noutras, uma exceção à aplicação estrita da lei, para ter em conta circunstâncias especiais (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 56).

⁹¹ Perelman não explicita os critérios para o enquadramento em uma determinada categoria essencial (PERELMAN, *Ética...*, p. 37). Sobre a sua concepção de direito e raciocínio jurídico, ver: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 85-90.

⁹² Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: (...)* e Art. 193. *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e justiça sociais.*

geral, atua a justiça particular (distributiva e corretiva/comutativa), inspirada na igualdade.⁹³

Na doutrina e na jurisprudência pátria,⁹⁴ a equidade é identificada ora como **princípio**,⁹⁵ *no sentido de postulado ético que deve inspirar todo o sistema jurídico, recomendando, ao intérprete, a busca de um equilíbrio entre a segurança e a justiça, adaptando o direito à complexidade e à diversidade das circunstâncias que a realidade apresenta*; ora como **valor**, *nos binômios equidade/direito, ius/equum, justiça formal/justiça material, no sentido de que a equidade tem um papel básico na construção jurisprudencial do direito*; ou, ainda, como **cláusula geral**, *no sentido de regra flexível, de maior elasticidade interpretativa, e como sistema de regras paralelo ao sistema legal, como ocorre no caso de arbitragem*.⁹⁶ Há autores que preferem apontá-la como fonte de direito, de natureza mediata, cuja força vinculante resulta, em última análise, da lei que a ela faz remissão.⁹⁷

⁹³ *Como a lei impõe direitos e deveres iguais para todos, a justiça legal torna-se justiça social, aquela em que todo membro da sociedade vale tanto como qualquer outro, e todo ato em conformidade com a lei redundando, beneficia igualmente a todos. Na sociedade democrática, desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum - a lei - para o sujeito do bem comum - a sociedade em seus membros -, justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social.* Ao promoverem uma fusão do aristotelismo com a ética cristã, as encíclicas sociais da Igreja Católica contribuem para a construção do conceito de justiça social. No direito constitucional brasileiro, a existência digna, mencionada no texto constitucional, corresponde à ‘vida boa’ dos clássicos, e o seu alcance por todos constitui a concretização do bem comum. O objetivo de atribuir a todos os bens necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade pode ser implementado por mecanismos típicos da justiça social - reconhecer o mesmo direito a todos, em virtude de sua condição humana, independentemente de suas características particulares - ou por mecanismos de justiça distributiva - qualificando o sujeito de direito, tendo em vista um aspecto relevante (criança, idoso, trabalhador, etc.) (BARZOTTO, *Justiça social...*, p. 18, 23-24 e 27-28).

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 93056, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2009, DJe-204 pub. 29/10/2009; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 447584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/11/2006, DJ 16/03/2007, p. 43; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AI 23601, Rel. Min. Victor Nunes, j. 22/08/1961, DJ 15/09/1961, p. 1947; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgRg no Ag 1299484/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21/09/2010, DJe 06/10/2010.

⁹⁵ As decisões de equidade atendem a uma série de princípios que não são facilmente suscetíveis à formulação geral e precisa, razão pela qual são denominados princípios da equidade (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 54).

⁹⁶ AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 205.

⁹⁷ Em sendo o direito um subsistema social que promove a articulação entre a normatividade e a realidade, a questão das fontes implica o conhecimento sobre o que constitui o direito ou como certos conteúdos normativos são juridicizados, tornando-se historicamente vigentes. Para João Baptista Machado, a resposta a essas indagações não é de cunho jurídico, porque, às normas que definem, autoritariamente, as fontes reconhecidas pelo ordenamento jurídico, é posta, igualmente a questão do modo como elas adquirem juridicidade, aspecto que transcende o sistema posto e a sua capacidade reguladora. Destaca, ainda, que, desde o século XIX, o estatismo, como concepção político-constitucional, reconhece que compete ao titular do poder legislativo criar regras de direito obrigatórias, sendo a lei a fonte decisiva. Outras fontes de direito só têm o valor que a lei lhes reconhecer, pois cabe ao legislador regular o modo de produção jurídica. Nesse sentido, o sistema jurídico contempla normas de segundo grau, que dispõem sobre as fontes, e normas de primeiro grau, que constituem as fontes diretas de direito. A doutrina tradicional *define fontes de direito como modos de formação ou de revelação do direito (objectivo). Seriam, portanto, fontes de direito determinados factos normativos, a saber, aqueles factos que em regra se representam como o desfecho ou a conclusão (decisão) de um processo (v.g., o processo legislativo) juridicamente regulado e aos quais o sistema jurídico atribui a qualidade de factos produtores de normas vinculantes. Através do facto normativo (revestido dos predicados que a própria lei estabelece), as normas são postas, são positivadas, transformam-se em direito positivo.* Esses fatos normativos são as denominadas fontes formais, em oposição às fontes materiais, que correspondem aos *factores ou poderes sociais de facto que*

Para Francisco Amaral, a relação da equidade com o direito positivo pode ser analisada sob dois prismas distintos. Objetivamente (visão clássica), a equidade designa um conjunto de princípios preexistentes e superiores ao ordenamento jurídico positivo (conceito externo), que orientam a elaboração e a aplicação deste. Como tal, vincula-se ao direito natural, à justiça e à moral. Subjetivamente, é inerente ao direito positivo e permite ao juiz humanizar a norma jurídica, à luz das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, atua subsidiariamente, corrigindo ou suplementando o direito posto, sem criar uma nova regra jurídica.^{98 99} Ambas as concepções contêm um elemento invariável: ela constitui critério orientador da construção da norma individual, ou seja, da solução para um problema concreto. É um referencial para a aplicação em concreto da norma jurídica, seja como personificação do direito natural ou da justiça racional, seja como direito superior¹⁰⁰ ou princípio fundamental do direito positivo.

A identificação de um objeto próprio e do método aplicável à equidade afigura-se essencial em face das funções que desempenha, quais sejam: a de adequação da lei positiva aos contornos do caso concreto, em prol do equilíbrio afetado por sua excessiva generalidade, a de preenchimento de lacunas e a de interpretação do conteúdo normativo de seus enunciados.¹⁰¹ Em todas elas, o fim da *equitas* é o igual - o *ison* de Aristóteles -, não como a

causalmente originam e influem o processo de produção normativa. Outrossim, observa que, em um sistema fechado de fontes fixado pela própria lei ou ordem jurídica positiva, a validade do conteúdo da norma assenta-se no fato que a produz (o direito não só é posto pela decisão normativa (fato) como vale por força dessa decisão (desse fato)). Em razão disso, é preciso distinguir entre imputação e causalidade: juridicamente, é a decisão da autoridade competente que imputa a eficácia positivadora de uma norma de natureza vinculante; o processo causal que conduz à emissão da norma e orienta neste ou naquele sentido o seu processo de formação é de interesse da Sociologia. Nessa linha, a validade jurídica da norma produzida pela decisão não está calcada no fato decisão, mas na norma superior que confere ao fato eficácia normativa. Entretanto, como as normas sobre as fontes são produto de uma decisão legislativa, na dogmática positivista, a validade jurídica *acaba por fundar-se em última análise num facto*. Por princípio universalmente reconhecido, não se pode fundamentar a validade da norma em um fato, sob pena de incorrer-se em absurdos. Na realidade, a validade funda-se em *princípios regulativos superiores que transcendem os factos mediante os quais ela se positiva* (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 153-155).

⁹⁸ AMARAL NETO, A equidade..., p. 205.

⁹⁹ Citando Vicente Ráo, Maria Helena Diniz destaca que, ao aplicar a equidade, o juiz deve ater-se a três regras básicas: a) tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais; b) todos os elementos que concorrem para a constituição da relação jurídica, que, no tocante a elas, tenham importância ou sobre elas exerçam influência, devem ser consideradas, e c) entre as várias soluções possíveis, deve-se optar pela mais humana ou justa. A solução por equidade sempre deve relacionar os subsistemas normativo, valorativo e fático do ordenamento jurídico (DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133).

¹⁰⁰ Em sendo o direito uma ciência normativa, e consistindo a estrutura lógica da proposição jurídica um dever-ser, exsurge a seguinte indagação: qual o valor fundamental que orienta esse dever-ser? De rigor, a justiça. *Mas, que é justiça? Quais as suas características, sua natureza, suas espécies, seu fundamento? E os demais valores jurídicos - a segurança, o interesse social, a ordem, o bem comum - são opostos, redutíveis ou irredutíveis à justiça?* (MONTORO, *Introdução...*, p. 158).

¹⁰¹ *Ela se elevará até mesmo, algumas vezes, acima da justiça; injetará no direito a "utilidade", a oportunidade, a "misericórdia"* - honestas, fides, pietas, humanitas, benignitas (VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*.

antítese do direito positivo, mas a sua perfeição. Conquanto comporte algo de discricionário, é decisão que não pode ser explicada cientificamente e, sim, justificada, após prévia deliberação, pela confrontação de pontos de vista, sem configurar arbítrio ou sentimento subjetivo do juiz.¹⁰²

Tanto a lei como o contrato estabelecem um programa (concebido pelo legislador e pelas partes, respectivamente) que ordena o comportamento futuro de seus destinatários em um contexto de previsibilidade ou normalidade.¹⁰³ Por prefigurar as regras do justo, indicando o que se revela mais adequado em cada situação hipoteticamente definida, nele existe uma margem de indefinição (o determinável) que deve ser preenchida (concretização). Nesse sentido, a solução para o caso concreto reclama a ponderação e a compatibilização de interesses distintos, fundadas em uma interpretação/aplicação do direito orientada pela justiça.

A construção do conteúdo “singular” da norma legislada ou pactuada, por meio da atuação judicial (equidade), opera-se via interpretativa e, eventualmente, corretiva - se a norma, consignada na lei destinada a promover a igualdade geral (p.ex. Código Civil de 2002) e proteger o diferente vulnerável (p.ex. Código de Defesa do Consumidor de 1991) ou no contrato, mostrar-se inidônea para a realização da justiça *in concreto* - ou, ainda, integrativa.

Feitas essas considerações preliminares, analisemos a equidade em uma perspectiva funcional.

1.1 A equidade em uma perspectiva funcional

A equidade tem uma natureza multifuncional, que repercute em seu conteúdo e *modus operandi*.

E quais são essas funções?

Tradicionalmente, a doutrina atribui-lhe uma *função interpretativa*, que lhe permite

Definições e fins do direito. Os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 450).

¹⁰² Segundo Max Weber, há três séculos a história do Ocidente é um processo desenfreado de racionalização, de extensão generalizada dos procedimentos da ciência moderna a todos os setores da vida. O efeito não é benéfico (...). Se não quiser sacrificar a justiça, a arte judiciária deve conservar seu caráter artesanal. O que não quer dizer ausência de método. Mas os métodos axiomáticos próprios à ciência lhe convêm mal. Assim como as técnicas da “persuasão” retórica. É falso, fictício, mítico, que a lei seja soberana; que a jurisprudência seja sua fiel camareira; que o direito positivo seja “sistema”; que a sentença seja inferida da regra. Ilusório que as sentenças dos juízes sejam rigorosamente “previsíveis”. Mas são igualmente falsas as negações da escola do direito livre. A metodologia clássica oferece a vantagem do realismo (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 452).

¹⁰³ O determinável - que depende de concretização - não se confunde com o indeterminado - que reclama um acréscimo substancial (*ex novo*). A indeterminação é, inclusive, inerente a certos institutos jurídicos, tais como as obrigações de dar coisa incerta e as alternativas.

atuar como parâmetro para a compreensão do sentido e alcance da norma jurídica diante de um caso concreto; uma *função corretiva*, pela qual promove a adequação do direito positivo na sua aplicação em concreto; uma *função quantificadora*, em razão da qual se torna uma medida de proporção na fixação do *quantum* indenizatório; uma *função supletiva*, com a qual visa à supressão de omissão legislativa, ou, ainda, uma *função processual* ou *substitutiva*, que, de modo alternativo, autoriza-a a servir de base jurídica para uma decisão (arbitragem).¹⁰⁴ Essas funções podem ser agrupadas em três categorias: interpretativa, corretiva¹⁰⁵ e integrativa/supletiva, subsumindo-se as funções quantificadora e processual/substitutiva no largo espectro da integração. Explica-se. Integrar é sinônimo de completar, incorporar, agregar algo *ex novo* ao que preexiste. Com efeito, quando o juiz define o *quantum* indenizatório devido, “complementa” a norma que estabelece o dever de indenizar, mensurando-o naqueles termos. Do mesmo modo, quando ele substitui a disciplina legal por outra construída a partir elementos metajurídicos, com vistas à resolução do caso concreto, “complementa” a ordem jurídica, criando uma norma singular que, para legitimar-se, deve corresponder a um modo de agir autorizado pelo legislador (p.ex. o art. 127 do CPC).

Examinemos cada uma dessas funções separadamente.

1.1.1 Função interpretativa

“Interpretar” significa, em linguagem comum, explicar, aclarar, decifrar, extrair, compreender o sentido e o alcance de um conteúdo, mediante um processo de intelecção que se desenvolve por meio da linguagem. Esse processo cumpre uma função cognoscitiva, quando é perseguido o conhecimento inerente a qualquer esforço interpretativo,¹⁰⁶ ou uma função de natureza representativa, quando o entendimento não é um fim em si mesmo mas um

¹⁰⁴ AMARAL NETO, A equidade..., p. 208.

¹⁰⁵ Para exemplificar, confira-se o seguinte precedente: MULTAS DO INPS - EQUIDADE. I. AS CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS SÃO TRIBUTARIAS E, PORTANTO, SUJEITAS AO ART. 108, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, QUE ADMITE A EQUIDADE, SEGUNDO A QUAL, NOS TERMOS DO ART. 114, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939, O JUIZ APLICARA A NORMA QUE ESTABELEceria SE FOSSE LEGISLADOR. II. CONCILIA-SE COM FARTA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O ACÓRDÃO QUE REDUZIU MULTAS, JUROS, ETC. PELOS QUAIS DIVIDA EM MORA, SEM FRAUDE, FICOU ELEVADA A MAIS DE 400%. [...] o Juiz, como dirigente do processo e conhecedor das peculiaridades da questão, pode reduzir a multa e os honorários a limites razoáveis, pois as execuções, sem acréscimos legais, chegam naturalmente a níveis altos insuportáveis para a maioria dos contribuintes [...]. [...] o Código Tributário Nacional, art. 108, IV, admite expressamente a equidade, que, pelo art. 114, do Código de Processo Civil, de 1939, vigente ao tempo do Acórdão, habilita o juiz a julgar como se fosse o legislador [...] (BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 78.291/SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 10/03/1978).

¹⁰⁶ A finalidade cognitiva da interpretação é reconhecer, descrever algo já existente em um determinado ramo do conhecimento. Por meio dela nada é criado ou descoberto, mas apenas declarado e descrito pelo intérprete.

meio para atingir-se um fim específico, qual seja, o de fazer-se entender a um destinatário,¹⁰⁷ ou, ainda, uma função de cunho normativo, quando o objetivo é fornecer subsídio para decisão ou ação, em ordem a uma tomada de posição na vida social.^{108 109}

No campo jurídico,¹¹⁰ a interpretação¹¹¹ constitui uma atividade com objeto próprio e identificável, realizada de modo controlável em seu procedimento e resultados pela observância vinculativa a certos cânones hermenêuticos,¹¹² que lhe conferem um mínimo de objetividade¹¹³ e uniformidade de soluções.¹¹⁴

¹⁰⁷ A interpretação representativa reproduz - e não apenas declara - aquilo que está dito. Ela implica a compreensão, a transformação e a expressão (de forma distinta) do que está exteriorizado, a partir do que é entendido.

¹⁰⁸ Sobre o tema, ver: BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949, p. 3-8.

¹⁰⁹ Em relação aos fenômenos físicos, *as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método empírico-indutivo, tendo a explicação como ato gnosiológico. (...) observados os fenômenos e formulada uma hipótese, como “explicação antecipada e racional” para a sua ocorrência, se essa solução provisória, após submetida a experimentação, vier a se verificar, então o cientista da natureza vitoriosamente dará por concluído o seu trabalho, enunciando uma lei, que traduzirá, em linguagem sintética e generalizadora, as relações constantes e necessárias que existem entre os fenômenos observados. Ao enunciar essa lei, o cientista natural terá explicado aqueles fenômenos de uma forma que permanecerá válida e definitiva, se e enquanto fatos novos não “dispuserem” em contrário. (...) Já os objetos culturais, porque são ontologicamente valiosos, exigem para o seu conhecimento um método específico e adequado, empírico-dialético, que se constitui pelo ato gnosiológico da compreensão, através do qual, no ir e vir ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o significado das ações ou das criações humanas. Tanto é impossível buscar explicações no âmbito da realidade cultural como julgar a natureza (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75-76).*

¹¹⁰ A interpretação jurídica lida com o fenômeno jurídico. O termo ‘fenômeno’ provém do grego *phainomenon* (em latim: *tardio phaenomenon*) e indica a mudança de status: *fato social para fato jurídico*. O fato social é o objeto do fenômeno jurídico, e a norma é o veículo por onde flui essa mudança de *status*. No século XVIII, a expressão designa o objeto específico do conhecimento humano, a aparência de uma manifestação da realidade aos sentidos e ao intelecto. Posteriormente, passa a indicar a aparência dentro das características que estruturam o conhecimento, sendo reconhecido por Hobbes como objeto do conhecimento humano, valorizado como aparência geral. Maupertuis (1752) impõe restrições a esse conhecimento, sustentando que a extensão é um fenômeno, assim como o são todas as coisas corpóreas. Kant estabelece a diferença entre fenômeno e *nômeno*, mantendo a limitação, de validade, ao conhecimento humano. Para ele, *o fenômeno não é o objeto que se manifesta, mas é o objeto que se manifesta ao homem, dentro das limitações e condições inerentes ao homem*. Husserl (1900-1901) atribui ao fenômeno duplo sentido: o que aparece ou se manifesta ao homem, dentro de suas condições e limitações, e o que aparece ou se manifesta em si mesmo, agregadas outras condições. A partir da concepção de fenômeno como revelação da essência, Heidegger define-o como o aparecer puro e simples do ser em si, distinto da aparência. O fenômeno é, portanto, *o em si da coisa em sua manifestação. Sob a perspectiva filosófica, a palavra fenômeno tem, então, duas grandes acepções: uma de Kant, separando o fenômeno do nômeno, havendo aí um limite ao conhecimento humano, que vai até aonde a autoridade da razão o legitima; a outra, de Husserl, que entende ser o fenômeno a manifestação do em si da coisa*. Atualmente, a palavra ‘fenômeno’ possui três significados: a aparência bruta (como manifestação da realidade ou não); o objeto do conhecimento, qualificado e delimitado pela relação com o homem, e a revelação do objeto em si. No campo jurídico, refere-se ao acontecimento que gera efeitos jurídicos (HECK, Luis Afonso. O fenômeno jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 681, jul. 1992, p. 16-17, 27 e 29).

¹¹¹ Interpretação significa tanto a atividade do operador do direito como o resultado dessa ação. Neste trabalho, a expressão é empregada no sentido de atividade destinada a expor o significado de uma norma jurídica no momento de sua aplicação.

¹¹² Segundo Judith Martins-Costa, os cânones ou diretivas hermenêuticas não se confundem com os métodos interpretativos (gramatical ou filológico, lógico, histórico e sistemático), os quais consistem em regras técnicas, aplicadas pelo intérprete para a obtenção de um resultado, cuja razão de ser assenta-se na busca de um mínimo

Do ponto de vista formal, consiste em uma operação intelectual que visa a compor não só o que é possível exprimir-se de um texto (ou comportamento relevante) como também da própria linguagem¹¹⁵ em um procedimento complexo, polarizado pela construção do significado mais profundo daquilo que se manifesta na realidade. Compreende um repensar o pensado,¹¹⁶ um reconstruir o pensamento alheio como algo em si próprio¹¹⁷ pela interação dialética entre a subjetividade do entender e a objetividade do sentido em que se traduz a forma representativa¹¹⁸ no ambiente que o circunda. O intérprete reproduz o processo criativo

de objetividade compatível com a ordem democrática (MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coord). *Questões controversas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 136). Para João Baptista Machado, a questão do método interpretativo não é suscetível de uma resposta jurídico-positiva definitiva. A despeito disso, é necessária a fixação de um conjunto de diretivas ou critérios orientadores da atividade do intérprete (cânones hermenêuticos), a fim de evitar-se o casuísmo e o arbítrio, incompatíveis com a segurança jurídica. Na interpretação do texto normativo, busca-se não um sentido qualquer dentre os possíveis, mas aquele que garante um mínimo de uniformidade de soluções, tendo em vista que a lei é instrumento de conformação e ordenação da vida social, *dirigida a uma generalidade de pessoas e a uma série indefinida de casos*. Os cânones ou diretivas hermenêuticas só não vinculam o órgão com competência legislativa: *a interpretação (lei interpretativa) fixada por tal órgão vale com a força inerente à nova manifestação de vontade do legislador* (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 173 e 176-177). Humberto Ávila reconhece a existência dos postulados hermenêuticos, utilizados para a compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico (a unidade e a coerência), os quais não se confundem com os postulados normativos aplicativos, empregados para a compreensão concreta do direito (a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso) (ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44).

¹¹³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 87.

¹¹⁴ A interpretação jurídica constitui objeto da Hermenêutica (do grego *hermeneuein*). A palavra grega *hermeios* está vinculada à figura do deus Hermes, que, segundo a mitologia, é o descobridor da linguagem e da escrita. Ele tem o dom de revelar o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e transmiti-lo às outras pessoas, transformando aquilo que é inalcançável pela percepção humana em algo inteligível. Para Luis Roberto Barroso, a hermenêutica tem origem nos estudos sobre os princípios gerais de interpretação bíblica e ingressa no mundo jurídico como um domínio teórico, especulativo, *voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito* (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269).

¹¹⁵ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71-72, 84 e 86.

¹¹⁶ *Sendo a linguagem do emissor um apelo à inteligência do receptor - o que significa que este deve reconstruir e reexprimir, com suas próprias categorias mentais, a idéia suscitada por aquele -, chega-se à conclusão de que, no processo interpretativo, se faz mister uma ativa colaboração do intérprete; este repensa o pensado* (BITTAR, Carlos. Da interpretação e da integração dos negócios jurídicos. In: *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 197).

¹¹⁷ Ao discorrer sobre os novos contornos da atividade hermenêutica, Judith Martins-Costa observa que as idéias tradicionais de “extração do sentido” e de “determinação do alcance” de uma significação imanente ao texto são revolucionadas pela percepção de que a interpretação caracteriza-se como um momento normativo-constitutivo de realização do direito. Trata-se, pois, de um processo de *concretização, isto é, produção - e não “justificação” - de um texto normativo legal ou contratual*. A antiga cisão entre *posição, interpretação e aplicação do Direito* resta superada pelo entendimento de que são *inseparáveis o momento hermenêutico e o momento normativo, vindo este último distinto, por sua vez, do momento positivo, ou momento de posição do texto normativo* (MARTINS-COSTA, O método da concreção..., p. 128).

¹¹⁸ Para Emílio Betti, a interpretação é uma atividade destinada a reconhecer e reconstruir os significados atribuídos, no ordenamento jurídico, a formas representativas, que são fontes de valoração jurídica (preceito jurídico em vigor) ou que tais valorações são objeto (declaração ou comportamento com relevância jurídica) (BETTI, *Interpretazione ...*, p. 3).

de um pensamento ou experiência de vida no passado, reconhecendo-o, reconstruindo-o e atribuindo-lhe atualidade.¹¹⁹ Por meio da decodificação de signos e combinações lingüísticas,¹²⁰ ele confere ao texto (ou a um comportamento relevante) um sentido próprio e atual, que se mostra harmônico com o contexto em que se insere e com o próprio ordenamento jurídico.

O enunciado normativo - que, não raras vezes, comporta múltiplos sentidos (polissemia do texto) e expressões ambíguas ou obscuras - é o objeto da interpretação (existência de um conteúdo mínimo aferível da linguagem empregada), e a norma é o resultado desta,¹²¹ já concretamente situada.¹²²

¹¹⁹ Ao contrário dos fenômenos puramente físicos ou naturais, os fenômenos culturais (coisas do espírito) exigem para o seu conhecimento um método empírico-dialético, porque insuficiente, para esse fim, o simples estudo da realidade pelo método empírico-indutivo. A atividade do intérprete consiste em constituir (ou reconstruir) o significado do enunciado normativo, e não simplesmente descrever um significado previamente existente nele. Com efeito, *interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24-25).

¹²⁰ Em sendo o texto jurídico um ato de comunicação que envolve a compreensão - e não mero entendimento (apreensão, percepção) - do seu conteúdo, atribuindo-lhe um significado contextual, é preciso que o autor utilize, na sua codificação, um sistema de signos e combinações lingüísticas inteligível para o intérprete. A comunicação - como processo dinâmico que exige o emprego de sinais, cujos significados são convenicionados - só é eficaz, quando a experiência do destinatário lhe permite atribuir ao código utilizado pelo emissor significado comum a ambos.

¹²¹ Segundo Eros Roberto Grau, a interpretação e a aplicação não constituem momentos distintos, mas sobrepostos em uma operação unitária. *O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer 1991:401]*. E ainda que se considerem a interpretação e a aplicação como atividades distintas, por recaírem sobre objetos igualmente distintos - aquela se ocupa de textos normativos e esta tem por objeto normas (o conteúdo de sentido dos textos normativos) -, no processo de concreção da lei - ou seja, na produção da norma jurídica para a solução do caso concreto - a aplicação pressupõe a interpretação, formando um processo unitário. Citando Friedrich Müller, salienta que uma norma não é interpretada apenas porque carece de sentido unívoco, mas, sobretudo, porque será aplicada a uma situação específica (real ou fictícia), o que exige a ponderação de elementos do texto e de aspectos da realidade subjacente. A norma jurídica *não está pronta nem 'substancialmente' concluída*. Compreende o texto normativo (absorvido pela linguagem jurídica) e elementos que integram o âmbito normativo (realidade social) (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71-72, 84 e 86).

¹²² Para Judith Martins-Costa, a interpretação é *informada e conformada por uma comunidade, uma tradição ou uma corrente de pensamento que direcionam a pré-compreensão - a ser entendida, simultaneamente, como condição da possibilidade da compreensão e fator da orientação da interpretação* (MARTINS-COSTA, O método da concreção..., p. 129). Embora o processo interpretativo inicie com uma prévia seleção de conteúdos e definição de prioridades, que implicam determinadas escolhas e atitudes axiológicas, ele não se limita à descoberta ou à identificação de um sentido e alcance definíveis *a priori*. A busca pela universalidade exige a consciência da natureza inacabada e provisória de todas as formas de conhecimento. A interpretação como atividade intelectual é informada por métodos, técnicas e parâmetros que lhe conferem legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação é o momento culminante (final) desse processo, consubstanciado na incidência da norma sobre os fatos relevantes. Na dogmática contemporânea, não há a dualidade interpretação/aplicação. (...) *a atribuição de sentidos aos enunciados normativos - ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico - faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia enunciado normativo (texto em abstrato), norma jurídica (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e norma de decisão (regra concreta que decide a questão)* (BARROSO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 270). Sobre o tema, ver: REALE,

Diferentes concepções sobre o fenômeno da interpretação marcam a história do pensamento jurídico, conforme a idéia de direito dominante em cada época.¹²³

No direito romano, a inexistência de um ordenamento abstratamente construído permite o desenvolvimento do saber pragmático e o pendor para o raciocínio em torno do problema. A necessidade de superação das diversidades vivenciadas no seio de uma organização social complexa e fragmentada influencia a formação das normas jurídicas, para o que contribui a prudência, permitindo a distinção entre questões de fato e de direito.

Com o passar do tempo, e por obra da jurisprudência, o direito transforma-se em uma ordem reguladora válida para todos, com aptidão para preservar a comunidade pela ligação do passado ao presente. A despeito do predomínio da casuística¹²⁴ e da teorização voltada para problemas práticos, os magistrados, por meio de editos, criam normas e fórmulas processuais, concebidas como referenciais para posterior julgamento à vista dos fatos. O pensamento prudencial, fundado na ação da autoridade e na utilização de formulações doutrinárias genéricas, reflete-se na elaboração das primeiras *leges publicae*. A lei consiste na vinculação estabelecida pela palavra: a *leges privatae* como manifestação da vontade dos particulares na regulação de seus próprios interesses, e a *leges publicae* como expressão da vontade do povo reunida em assembléia.¹²⁵

Na Idade Média, a redescoberta do *Corpus Juris Civilis*¹²⁶ e o trabalho dos glosadores contribuem para a dogmatização jurídica, promovendo uma espécie de sacralização dos textos

Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, e REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹²³ Em que pese a análise das concepções jurídicas desenvolvidas na Antigüidade e na Idade Média seja despcienda para os objetivos deste trabalho, recomendamos a leitura da obra 'A Boa-Fé no Direito Privado', de Judith Martins-Costa, e do texto 'Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento', de Almiro do Couto e Silva, que, de forma clara e objetiva, descrevem o modo como o direito era concebido e realizado nesse período (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 63, jul./set. 1982, p. 28-36).

¹²⁴ Para o casuísmo, o direito, mesmo quando apoiado em normas, só se realiza na decisão de casos concretos. Com efeito, a solução do conflito de interesses é construída a partir da percepção do problema, com base em algumas regras e conceitos fundamentais (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79).

¹²⁵ COUTO E SILVA, A., Responsabilidade..., p. 29-30.

¹²⁶ No ano 528, em ambiente marcado por longas guerras e pelo convívio de culturas multiformes, Justiniano (527-565), imperador do Oriente, inicia um trabalho de codificação do direito romano, do qual resulta o *Corpus Iuris Civilis*, em grande parte editada em latim, e as Novelas, em grego. O *Corpus Iuris Civilis* compreende: o Código (coleção de leis romanas editadas pelos antecessores), o Digesto ou *Pandectas* (conjunto de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais dos jurisconsultos romanos), as Institutas (resumo de toda a doutrina do direito romano), o segundo e definitivo Código (coleção de leis romanas atualizadas) e as Novelas (coleções de leis, editadas após a entrada em vigor do Código, do Digesto e das Institutas, as quais reformam essa legislação) (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. I. 5 ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 55-56). Com a redescoberta dessa obra pelos medievais, o direito romano, reinventado e reinterpretado pela universidade, volta a exercer influência marcante na Europa ocidental (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 44).

legislativos, apoiada em argumentos de autoridade. A noção de direito como expressão da razão propaga-se nas universidades.¹²⁷ Por meio de glosas e escritos escolares, o conteúdo das normas jurídicas é explicitado e transmitido, com um intuito harmonizador. Imbuídos de um espírito elevado, os intérpretes desvendam o verdadeiro e unívoco significado do texto, recorrendo a instrumentos retóricos, para aclarar aquilo que a sua autoridade revela.

Com o Renascimento, o direito perde o seu caráter sagrado, ensejando a tecnização do saber jurídico. Entre o final do século XV e o início do século XVI, a insatisfação generalizada da sociedade - que vivencia graves problemas sociais e econômicos -, aliada à incapacidade da Igreja de fornecer os elementos indispensáveis à organização medieval, dá origem a uma nova mentalidade - o humanismo.¹²⁸ A necessidade de racionalização do exercício do poder e a crescente exigência de segurança refletem-se no pensamento jurídico. A crença de que a ciência é o único modo respeitável de conhecimento¹²⁹ transforma a “razão” no fio condutor da progressiva secularização do direito - que até então convergia para o estudo filológico e gramatical dos textos antigos -, sob o estigma da segurança.

Na passagem do jusracionalismo¹³⁰ para o positivismo, a busca pela formalização e sistematização das normas jurídicas tem o propósito de legitimá-las perante a razão, por meio

¹²⁷ Desde o início da Idade Média, a forte tradição particularista condiciona a estrutura do ordenamento jurídico, em que coexistem diferentes estatutos (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 47). A partir da codificação francesa, surge o racionalismo sistemático, que compreende o direito como um conjunto estruturado e racionalmente elaborado de normas jurídicas, arranjadas segundo uma ordem e uma conexão conceitual internas, encerrando em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que surgem no convívio social. Embora ambos aglutinem normas, os modelos casuístico e sistemático diferenciam-se no tocante à ordem conferida a eles: o primeiro ordena as normas em torno do caso; o segundo organiza-as de modo racional-apriorístico. *No pensamento casuístico a idéia de ordem chega ao final e é produto de uma acumulação que já não se suporta, no sistemático é o ponto de partida prévio ao desenho da lei. O pensar sistemático parte de uma totalidade, já o pensamento casuístico procede de modo inverso, pode contar com conhecimentos fragmentários.* Hoje vivencia-se a crise da codificação, da relação entre caso e sistema, com forte tendência ao retorno do casuismo. O direito apresenta-se não como um sistema dedutivo e, sim, um sistema dialético, aberto, orientado ao problema e em permanente movimento. Caso fosse movido pela perspectiva única dos interesses individuais, conduziria ao caos social (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 79-80).

¹²⁸ Sobre a evolução histórica da sociedade ocidental, recomendamos a leitura das obras de Franz Wieacker (*História do direito privado moderno*. Trad. Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian) e José Reinaldo de Lima Lopes (*O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2008).

¹²⁹ A retórica - que, no gênero judiciário, caracteriza-se pelo diálogo, pelo debate ordenado e dialético -, perdeu espaço no cenário jurídico, eis que ofuscada pelo desejo incondicional à igualdade como sinônimo de justiça. *Os dialéticos dominavam a arte da distinção: conseguiram distinguir, a partir das coisas disputadas (que são os casos litigiosos), as espécies de causas, e para cada causa diferentes espécies de questões.* A técnica condensava-se em um rol de lugares-comuns (fórmulas elaboradas para serem utilizadas em qualquer causa), do qual se extraíam os princípios da arte judiciária - fase denominada de interpretação. *Intermediário entre o caso litigioso e sua solução, o intérprete é em geral o jurisconsulto: os jurisconsultos presidiam a todos os momentos da obra do direito. Inventores das regras gerais, continuam sua tarefa no estádio do processo, aconselhando o juiz* (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 443).

¹³⁰ Com a queda do feudalismo, a burguesia, que utilizou o jusnaturalismo racionalista como direito de insurreição, para abater a ordem jurídica feudal, vai abandonar, então, o jusnaturalismo tout court, para esposar a sua própria versão do sub lege libertas. O jusracionalismo (ou jusnaturalismo) domina o pensamento jurídico nos séculos XVII e XVIII. Acredita-se que o jurista, com um mero esforço da razão, pode elaborar um

de proposições universalmente válidas e logicamente articuladas.¹³¹ A teorização do direito, construída a partir da valorização do abstrato (categorias gerais) em detrimento do concreto (particular), implica a adoção de certos pontos de vistas e a seleção de determinados aspectos da realidade (reducionismo), com a exclusão de tudo que não é controlável metodologicamente. O ideal positivista de converter o modelo sistemático e racional em uma estrutura universal de valor conceitual permanente exige a edição de legislações claras e perfeitas, que contribuam para a garantia de uma ordem social segura e estável (previsibilidade).¹³²

Nesse contexto, o direito exprime-se por meio de proposições analíticas da lógica e matemática e de proposições sintéticas relativas à realidade fática, inadmitindo a distinção entre razão teórica e razão prática¹³³ em prejuízo desta.¹³⁴ As grandes codificações do início do

código perfeito, a ser aplicado mecanicamente pelos juízes (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19 e 21). Com o racionalismo, o universo deixa de ser concebido como uma esfera espiritual moralmente ordenada, para ser governado pelas verdades científicas (leis matemáticas severas e impessoais), descobertas a partir da observação da natureza dentro de uma estrutura epistemológica matemática (TURNBULL, Neil. *Fique por dentro da Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Cosac & Naify Edições, 2001, p. 94).

¹³¹ O positivismo jurídico do século XIX rejeita *todo o direito "extralegal", não criado por instituição humana, não importa se ele se manifesta como direito divino, natural ou racional*. Do ponto de vista de sua fundamentação científica, perpassa três fases distintas: em um primeiro momento, contempla a vinculação à vontade do legislador; posteriormente, à vontade da lei, afastando as investigações subjetivas e psicológicas, e, por fim, à própria lei, como algo suficiente por si. Há *nisso uma sujeição incondicional à vontade ou ao conteúdo de uma norma determinada, mas simultaneamente também uma restrição dessa sujeição: submetemo-nos apenas à norma e ao seu conteúdo seguramente constatável*. Desse modo, asseguram-se a objetividade, a firmeza, a inviolabilidade, a segurança e a calculabilidade máximas, porque em uma situação estável o pensamento pode ser plausível, advindo a pureza do seu conteúdo da eliminação de todas as ponderações metafísicas e metajurídicas (de ordem moral, político, econômico) (MACEDO JUNIOR, *Carl Schmitt ...*, p. 184-185).

¹³² O positivismo jurídico como ideologia do conhecimento jurídico distingue-se de outras correntes doutrinárias: a) pela ficção de que o objeto a ser apreendido (a lei) tem existência própria, podendo ser conhecido, controlado e dominado pelos cientistas; b) pela neutralidade valorativa da norma, que impõe ao jurista a tarefa de descrever, e não avaliar, o ordenamento jurídico (separação do direito e da moral); c) pelo compromisso metodológico da Ciência Jurídica, que adota o modelo das ciências naturais para o conhecimento jurídico, e d) pelo raciocínio tipicamente sistemático, segundo o qual o ordenamento jurídico é concebido como um conjunto de prescrições independentes e harmônicas entre si, aptas a regular de modo pleno a vida humana. A lei deve ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, as quais são aplicadas, de modo articulado e complementar, para revelar o seu verdadeiro sentido e determinar o alcance da significação imanente ao texto, preservando-se o seu conteúdo normativo e impedindo-se a sua dissolução em considerações valorativas. Essa concepção funda-se na idéia de verdade como conformidade ou na crença metafísica-jurídica de que toda norma possui um significado em si - *seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe (mens legislatoris), seja o que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto (mens legis)* -, que deve guiá-lo na sua aplicação (MENDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 123).

¹³³ A razão humana tem duas funções: a razão teórica e a razão prática. A diferença entre uma e outra não provém da alteridade das operações mentais realizadas em um e outro caso, mas da diversidade dos fins perseguidos - a razão teórica compreende a contemplação do real (o conhecimento para conhecer) e a razão prática envolve o conhecimento destinado a guiar a ação, com vistas à transformação do real. Essa distinção confere especificidade aos produtos dessas operações. A razão prática apresenta um duplo caráter: criador e moral. Enquanto ação moral, ela realiza as mesmas operações intelectuais que o conhecimento teórico - a formação de conceitos, a enunciação de juízos e a construção de raciocínios (a primeira prepara a segunda, que é

século XIX¹³⁵ inspiram-se na pretensão dos juristas à construção racional e abstrata de um ordenamento jurídico, com rigidez cartesiana.¹³⁶ A idéia de generalidade da lei - como modo de restringir o arbítrio e estabelecer o primado da razão sobre a pura vontade - desenvolve-se

prolongada pela terceira) (BULNES, María Elton. *Logica, vida afectiva y verdad practica según Georges Klinowski*. Santiago: Universidade de los Andes, p.13-16)

¹³⁴ Em nota introdutória à obra 'Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito', de Claus-Wilhelm Canaris, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro observa que, no século XIX, ocorrem profundas alterações no modo de entender e realizar o direito. Para exemplificar, cita as grandes codificações em relação ao direito privado, a revolução metodológica de Savigny, o surgimento, o desenvolvimento e o declínio da exegese moderna e da jurisprudência dos conceitos (Georg Friedrich Puchta e Bernhard Windscheid) e a propagação da jurisprudência dos interesses (Rudolf von Jhering e Phillip Heck). *O Código Napoleão, de 1804, que repousa no trabalho intenso desenvolvido, nos séculos anteriores, por DOMAT (1625-1696) e POTHIER (1699-1772), constitui o epítlogo de uma tradição poderosa, iniciada com o humanismo e aperfeiçoada através do influxo do pensamento jusracionalista: é a primeira codificação. A segunda codificação traduz-se no Código Civil alemão, de 1896: assente na pandectística do século XIX e, principalmente, na obra de BERNHARD WINDSCHEID (1817-1892) ela corresponde já às perspectivas juscientíficas abertas por SAVIGNY. A exegese desenvolveu-se em torno do Código Napoleão (...), podendo ser tipificada em quatro fases. Na primeira, - 1804 a 1830 - assiste-se à sua implantação, graças a autores como DELVINCOURT; na segunda, - 1830-1880 - dá-se o seu apogeu, com relevo para AUBRY e RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, MARCADÉ e TROPLONG; na terceira, - 1880-1900 - ocorre um declínio, ainda que com tentativas de renovação, cabendo referir BAUDRY-LACANTINERIE, BUFNOIR, HUC e SALEILLES; por fim, uma quarta fase, dita de exegese tardia, com prolongamentos pelo século XX, até hoje, assenta em CAPITANT, MAZEAUD e MAZEAUD, DE PAGE, PLANIOL e RIPERT. Posteriormente, outras orientações surgem na doutrina, tais como o direito livre (Oskar Bülow), o formalismo neokantiano (Rudolf Stammler) e o psicologismo (Ernst Rudolf Bierling). A evolução subsequente limita-se a repensar e aprofundar essas concepções (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. X-XI). As críticas ao estadismo jurídico e ao dogma da completude são motivadas por diferentes fatores: as insuficiências do ordenamento jurídico, que afloram à medida que as codificações envelhecem; a rápida e profunda transformação social, provocada pela revolução industrial, em descompasso com a legislação, que reflete uma sociedade predominantemente agrícola e pouco industrializada, e o desenvolvimento da filosofia social e das ciências sociais no século XIX (por exemplo, o marxismo e a sociologia positivista). Para Ehrlich, um dos representantes mais destacados da sociologia jurídica, o direito é um fenômeno social, e não mero produto do Estado, daí a incompletude das codificações e a necessidade de as regras jurídicas, adaptadas às necessidades sociais, serem extraídas do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais e dos interesses que estas representam (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1990, p. 125).*

¹³⁵ As codificações, por sua essência redutora e simplificadora da realidade, estimulam as formulações positivistas. *As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe do que o indicado pelos exegetismos subsequentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer "referências metafísicas". O universo das "referências metafísicas" - ou "filosóficas" (HECK) - alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. A maioria dos metafísicos modernos tem uma visão do mundo que se oculta atrás do modo como ele se revela (realismo científico). Para eles, as teorias científicas permitem o conhecimento de sua verdadeira imagem. Em posição oposta, os nominalistas rebatem a crença de que há uma realidade para além do modo como se manifestam os fenômenos comuns. Eles acreditam que as idéias abstratas - como as dos metafísicos - só existem em palavras (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XIII-XIV).*

¹³⁶ A noção de sistema jurídico unitário e universal é delineada, na Europa, por volta do século XVIII e torna-se realidade com as grandes codificações do início do século XIX (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 45 e 47), que servem ao propósito de garantir um novo *status quo*. Logo após a conquista do poder político, a burguesia perde o ímpeto revolucionário, assumindo uma postura conservadora dos avanços sedimentados na lei positiva (AZEVEDO, *Método e...*, p. 22).

por influência do pensamento grego, inclinado tendencialmente à abstração.¹³⁷ Para os positivistas legalistas extremados,¹³⁸ o direito esgota-se na lei ou no que dela decorre (plenitude).¹³⁹ A fórmula legislativa cria a ordem jurídica, precedendo-a; a ordem jurídica, essencialmente legislativa, pauta-se pelo rigor técnico, pela racionalidade e pela universalidade em nome do valor segurança jurídica.¹⁴⁰ Os traços caracterizadores do sistema positivo são basicamente: a *convencionalidade* (que equipara o direito moderno ao direito legislado), o *legalismo* (que supõe a obediência generalizada à norma, independentemente de motivação ética), o *formalismo* (que define as esferas do arbítrio legítimo das pessoas, vinculadas a conseqüências jurídicas) e a *generalidade* (que reclama a composição do sistema

¹³⁷ Na mesma época, triunfa o constitucionalismo, cujo apogeu é atingido com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (1797) e da Constituição francesa (1791) (AZEVEDO, *Método e...*, p. 20).

¹³⁸ Em sua obra *Filosofia do Direito*, Michel Villey discorre sobre a origem do legalismo, nos seguintes termos: *Foi construída sobre as ruínas do direito natural, pois sob os golpes dos bárbaros a antiga filosofia clássica da natureza desaparecera, não restando na Europa na Alta Idade Média outra fonte de conhecimento nem outro meio de regular a conduta humana além da Palavra divina, revelada nas Sagradas Escrituras (...) É uma lei moral, que as leis "humanas", às quais se poderá reservar o rótulo de "jurídicas", teriam como função complementar ou adaptar às circunstâncias da história temporal... Esta concepção teológica da lei - análoga às tradições religiosas e a certos regimes políticos da Antiguidade - perpetuou-se na cultura da Europa moderna; os mandamentos de Deus foram substituídos pelos dos homens, quando os cristãos perceberam que Deus deixa aos homens a liberdade de organizar o mundo temporal. Na grande construção de Hobbes, os homens, dotados desta liberdade e deste poder criador, forjam o Leviatã, o "Deus mortal". Sua vontade legislará; são às ordens do Estado soberano (representante dos cidadãos porque os cidadãos o produziram) que devemos agora obedecer. A lei continua a ser o "mandamento" de um senhor que escolhemos. Assim é para Locke, Rousseau e Kant. E para outros autores, da Escola do direito natural, e para Kant, na sua moral, a Razão transcendente do homem, fonte de "imperativos", substitua de Deus, desempenha o papel de legislador. Quando esvaeceu-se a crença no contrato social (no próprio Kant ele não era mais do que uma idéia pouco realizável), perdida a ilusão de que a lei seria a "vontade geral", ou o "imperativo da Razão", suas conseqüências ainda persistiram. Kelsen funda a validade das leis, no sentido estrito, nas prescrições da norma constitucional, e de uma "norma fundamental" que tornaria válida a constituição. Superada a concepção clássica do direito natural, busca-se no culto à lei o fundamento (não mais religioso ou metafísico) para aceder à justiça. A lei, por seu caráter "geral", tem a aparência de prometer a todos um tratamento igual; por ser escrita, permanente, torna as sentenças previsíveis, é um fator de "certeza", facilita o jogo do comércio e confere segurança. Devido a estas vantagens práticas, o jurista deve permanecer um estrito servidor da lei (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 380-382).*

¹³⁹ Na visão dos positivistas, o direito positivo é o conjunto das normas escritas postas pela autoridade política (atos normativos oriundos do Parlamento e atos complementares (decretos, portarias, circulares, etc.)), ao qual se agrega a jurisprudência, interpretando-o e completando-o. No início do século XIX, quando Napoleão promove a codificação das normas jurídicas, a intenção é que os textos positivos abarquem todo o direito e bastem à formação dos juristas. A escola da exegese acalenta uma admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador (codificação), confiando cegamente na suficiência das leis. Com o decurso do tempo, outros textos acabam sendo incorporados às decisões judiciais (por exemplo, antigos preceitos racionais da Escola do Direito Natural, invocados como princípios gerais de direito ou direitos do homem, cuja força não repousa apenas em declarações dessa natureza, mas também em precedentes jurisprudenciais, ao modelo da *common-law*) (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 383-384).

¹⁴⁰ A concepção de que a lei é ditada de cima (origem divina), não faltando os oráculos às civilizações pagãs da Antiguidade, persiste na idade "metafísica", quando então o Deus legislador é substituído pelo príncipe temporal, pelo povo soberano, pela razão ou pela força bruta dos governantes (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 405-406).

por normas gerais, que, de rigor, não permitem exceção ou privilégio). O direito, constituído sobre os pilares da universalidade e da publicidade, recusa o pluralismo jurídico.¹⁴¹

Como reflexo de uma configuração fechada, pretensamente completa e acabada do ordenamento normativo, predomina, no âmbito da aplicação do direito, o reducionismo hermenêutico, que prega a exclusão de qualquer possibilidade de criação jurídica pelo arbítrio judicial. Para os adeptos dessa concepção, a atuação do juiz deve restringir-se à seleção e aplicação de normas positivas ao caso concreto, mediante uma operação de subsunção.¹⁴² Para esse fim, basta conhecer os textos legais - cuja validade assenta-se na sua existência formal - e deles extrair conseqüências jurídicas, independentemente da origem das leis, que são entregues perfeitamente prontas pelo legislador.¹⁴³ Adstrita à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, a sentença segue o modelo silogístico: a premissa maior é constituída pelo texto legislativo previamente selecionado e a premissa menor corresponde ao enquadramento do caso concreto à hipótese legal, daí seguindo-se a decisão judicial. A partir do texto legal, deduz-se, logicamente, a solução jurídica, que é aplicada, por um raciocínio subsuntivo, ao fato. O processo de explicitação do conteúdo da lei, traduzido em linguagem mais acessível (método dedutivo), cinge-se à identificação ou determinação do seu teor normativo.¹⁴⁴ Vedado qualquer juízo de valor ou especulação criativa sobre como deve ser o direito - supostamente universal e previamente estabelecido -, a atividade interpretativa propriamente dita só tem lugar quando o enunciado normativo não for claro e evidente¹⁴⁵ ou contiver ambigüidade ou imprecisão lingüística.¹⁴⁶

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 24.

¹⁴² A subsunção consiste em uma operação pela qual se extrai da generalidade de um dever-ser a sua proposição concreta, mediante um raciocínio silogístico (a premissa maior é o texto normativo e a premissa menor são os pressupostos de fato e a conseqüência jurídica).

¹⁴³ VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 441.

¹⁴⁴ *As filosofias moderna e contemporânea só foram capazes de engendrar a submissão incondicional às leis positivas, fruto da metafísica moderna - que se mostra impraticável - ou a insurreição contra as leis, produto do positivismo científico. Que também não resolve o problema: a justiça não se contenta com isso. Apesar das divagações da escola do direito livre, a vida judiciária não pode dispensar as leis escritas. Que deveria, de fato, conter uma metodologia do direito? É preciso medir o poder das leis. (...) Um método digno deste nome ensinaria a discernir quando os textos são aplicáveis, sem deixar esta escolha ao acaso ou ao empirismo.* Na Inglaterra, o empirismo surge no século XVII, opondo-se ao racionalismo (fundado na idéia de que o conhecimento está baseado em certezas matemáticas *a priori* (conhecimento derivado de reflexão)). Segundo essa filosofia, a verdadeira fonte de conhecimento é a experiência sensorial (conhecimento derivado da observação) (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 403). O método clássico de interpretação é, amplamente, utilizado ainda hoje, para a solução de casos fáceis, *cuja resposta pode ser encontrada pelo emprego das regras, princípios e elementos tradicionais de interpretação jurídica. Não é suficiente, contudo, para a solução dos casos difíceis, que envolvem normas de textura aberta ou princípios antagônicos, que indicam respostas diferentes para o mesmo problema* (BARROSO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 279).

¹⁴⁵ GRAU, *Ensaio...*, p. 19.

¹⁴⁶ Os defensores do positivismo jurídico vislumbram na atuação judicial um procedimento mecânico de reprodução do conteúdo da lei no caso concreto (método dedutivo, dogmático). O Estado é a fonte e o

Diante da inafastável insuficiência da lei,¹⁴⁷ inúmeros estudos sobre a passagem da lei à sentença são desenvolvidos nesse período.¹⁴⁸ Alguns juristas percebem que a apreensão do sentido de um texto de lei, escrito pelo legislador (e não emanado somente da razão ou do “espírito coletivo” do povo), exige a compreensão das intenções e dos objetivos deste (*mens legislatoris*), bem como a adequação da solução jurídica ao seu teor, obedecendo-se mais ao espírito do que à letra do enunciado normativo (interpretação subjetiva).¹⁴⁹ Para os mais radicais, a vontade do legislador é determinante, mesmo quando conduza para além do texto legal; para os moderados, essa vontade deve refletir, ainda que minimamente, o texto legal.¹⁵⁰

A partir de uma visão histórica do direito, compreendido como algo previamente dado, Savigny¹⁵¹ e a Escola Histórica elaboram uma metodologia puramente jurídica.¹⁵² Os métodos científicos de investigação propostos são, em síntese: o gramatical, que se ocupa do estudo do sentido vocabular do texto legal; o lógico, que se volta para o sentido proposicional; o sistemático, que se preocupa com o sentido global ou estrutural, e o histórico, que procura o seu sentido genético, atrelado às circunstâncias históricas que cercam a criação da lei.¹⁵³ O

fundamento único do direito, que se apresenta ao juiz pronto e acabado. Somente ao legislador é reconhecida uma função criadora, incumbindo-lhe assegurar que sua vontade não seja distorcida. Ao sistema fechado do direito positivo, que cristaliza uma visão do mundo e as prerrogativas de uma classe social, corresponde um sistema hermenêutico cerrado, sem brechas, em que nada fica ao arbítrio do juiz (AZEVEDO, *Método e...*, p. 22). A exegese das Sagradas Escrituras serve de modelo para essa concepção; a filologia e a nascente histórica científica do final do século XVIII contribuem com uma técnica de leitura a ser empregada pelo jurista (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 384).

¹⁴⁷ A própria tradição do positivismo jurídico reconhece a existência de um espaço discricionário para a aplicação do direito aos casos difíceis. A ausência de uma regra anteriormente positivada autoriza o magistrado a criar uma norma jurídica e aplicá-la retroativamente à situação concreta (PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. n. 30. Brasília: CEJ, 2005, p. 74).

¹⁴⁸ Antônio Maria Iserhard observa que a codificação civilista francesa - a base para os grandes sistemas jurídicos contemporâneos - deve ser contextualizada. Como fruto de uma revolução, cujo lema é liberdade, igualdade e fraternidade, ela consolida os ideários jusnaturalistas, visando a assegurar garantia, segurança e certeza nas relações jurídicas. Fundada na crença da infalibilidade e da onipotência do legislador, o movimento exegetico difunde-se em França, com a escola exegetica francesa, na Alemanha, com a escola dos pandectas, e na Inglaterra, com a escola analítica (ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n.º 23. Porto Alegre: Editora Sulina, dez/2003, p. 38).

¹⁴⁹ VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 391.

¹⁵⁰ MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 179.

¹⁵¹ Uma das contribuições de Friedrich von Savigny (1779-1861) para a dogmática jurídica é a sua concepção de ciência jurídica. Ao distinguir a lei (enquanto ato produzido pelo Estado) do seu sentido (ou o seu espírito, que, para ele, assenta-se nas convicções comuns do povo), ele separa o *centro emanador dos atos formais de concretização ou realização do direito, sendo fonte o “espírito do povo” e os atos estatais o instrumento de realização* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 190).

¹⁵² A esse posicionamento subjaz o esquema neokantiano de formação intuitiva dos conceitos, a partir das instituições históricas, com raízes no jusracionalismo e no pensamento cartesiano (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXV).

¹⁵³ Para Gadamer, a verdadeira compreensão implica a reconquista de conceitos de um passado histórico, que contenha o nosso próprio entender (fusão de horizontes) (GADAMER Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 8 ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 488).

método dialético dos romanos ou bartolistas é refutado, por sua incerteza,¹⁵⁴ privilegiando-se, em todos os aspectos, a vontade do legislador. A tarefa do intérprete consiste em reconstruir o sentido da lei e resolver os problemas jurídicos, a partir das matérias jurídicas. Essa postura atende aos postulados do positivismo e permite alcançar os níveis desejados de neutralidade e objetividade.

A entrada em vigor do Código Civil alemão em 1900 é precedida por um movimento de cunho formalista,¹⁵⁵ que exaure as forças da ciência oitocentista. Com o propósito de conter o avanço de um positivismo naturalista, que *parecia não ter, então, limites exteriores ao conhecimento humano*,¹⁵⁶ os juristas recorrem à especulação idealista transcendental.

Adotando categorias gnosiológicas kantianas,¹⁵⁷ Rudolf Stammler apela para a noção de ‘*Direito justo*’ consoante com o ‘*ideal social*’.¹⁵⁸ O direito como forma desenvolve-se pelos quadros mentais disponíveis, *num apriorismo teórico típico do idealismo*.¹⁵⁹

¹⁵⁴ VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 454.

¹⁵⁵ O formalismo impede o jurista de apreciar o conteúdo das leis, sua justiça e utilidade. *Ao juiz só caberia avaliar se o texto procede regularmente da autoridade competente, e o rigor dos raciocínios efetuados a partir dos textos. O “formalismo” atinge seu ápice com os pandectistas. Mas assistimos à sua morte, sob os golpes de Ihering, Philippe Heck, Gény; e, em geral, de todos estes autores que, mais ou menos contaminados pela onda sociologista, reconheceram o papel autônomo, “criador”, da jurisprudência.* Ehrlich, fundador da Sociologia do Direito, recorre à expressão “direito livre”, “invenção” espontânea do direito. Embora não incite o juiz a desobedecer à lei, reconhece que, historicamente, ele é o autor da norma de decisão que soluciona o processo. Logo, as criações espontâneas da jurisprudência precedem à redação da lei, e não o inverso. Seus sucessores - como, por exemplo, Kantorowicz - *destruíram a lei, em nome da ciência* (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 398-399). Em sua obra *A lógica dos juristas (Die juristische logik, Tübingen, 1925)*, Eugen Ehrlich critica a mentalidade tradicional do jurista, que se assenta em três pressupostos específicos: a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica; essa norma deve ser sempre uma lei do Estado, e todas essas normas devem formar no seu conjunto uma unidade. Opondo-se à crença de que o direito não contém lacunas, cingindo-se o dever do intérprete a tornar explícito aquilo que já está implícito no pensamento do legislador, sustenta que há lacunas no ordenamento jurídico e, para preenchê-las, é necessário confiar no poder criativo do juiz, instado a resolver todos os casos que *as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída*. Em sua obra *Méthode d’interprétation et sources du droit positif* (1899), François Gény contrapõe-se à imitadora exegese das leis, defendendo a livre pesquisa científica para a inferência da regra jurídica diretamente do direito vivo das relações sociais. Na mesma linha, os estudos de Edouard Lambert sobre um direito de origem não legislativa e as obras de Jean Cruet (*La vie du droit et l’impuissance des lois* (1914)), de Gaston Morin (*La révolte des faits contre la loi* (1920)) e de Hermann Kantorowicz (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906)) (BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 123 e 126-127).

¹⁵⁶ CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XII.

¹⁵⁷ Até então, a doutrina do conhecimento concebe os objetos como dados independentes do pensar. A essa concepção, opõe-se Kant afirmando que os objetos do pensar devem ser compreendidos como seu produto. Para ele, a lógica transcendental é a ciência que determina a origem, a extensão e a validade objetiva desse conhecimento (HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006, p. 24).

¹⁵⁸ O ‘ideal social’ é definido como *a idéia de uma forma, incondicionalmente válida, na qual a substância das aspirações sociais condicionadas se acolha ou a idéia de um método geral válido, segundo o qual, como lei fundamental geral e como medida orientadora formal, um querer e exigir jurídico possa ser determinado* (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XII).

¹⁵⁹ O formalismo jurídico persiste, em razão da subsistência de algumas concepções neokantianas: a separação entre o ser e o dever-ser, a contraposição entre direito e moral e um isolamento das proposições jurídicas na sua própria estrutura, sem a consideração de suas conseqüências. Contudo, o conhecimento *a priori* tem sempre,

No mesmo período, surge a Escola da Jurisprudência dos Interesses,¹⁶⁰ a qual adota o método de interpretação teleológico, atribuindo maior relevância ao objetivo visado pelo legislador do que à sua intenção. Phillip Heck, influenciado pela obra de Ihering,¹⁶¹ sustenta que toda lei contempla um juízo de valor, instituindo uma hierarquia (gradação de valor), sem considerações metajurídicas (vontade historicamente real do legislador).¹⁶² Ao intérprete, cabe preservar o desígnio do legislador, impregnando o seu espírito. Nessa concepção, a interpretação jurídica não se reduz à exegese literal nem ao conhecimento científico da lei. O legislador emite diretivas, e o jurista prolonga sua obra ativamente.¹⁶³

Alguns autores sustentam que a atividade interpretativa destina-se à descoberta do sentido da fórmula normativa objetivada no texto legal (*mens legis*), que se destaca da vontade psicológica que está na sua origem.¹⁶⁴ Outras teorias combatem a máxima da supremacia absoluta das leis, tais como a que é concebida pela Escola do Direito Livre¹⁶⁵

subjacentes, quadros mentais comunicados do exterior e, como tal, mutáveis, falíveis e sujeitos à crítica (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XII-XIII e XVI).

¹⁶⁰ A jurisprudência dos interesses pretende combater o avanço da jurisprudência dos conceitos e da doutrina do direito livre, bem como atuar no campo da Filosofia do Direito. Ela consiste em uma nova configuração do positivismo novecentista, cujas bases assentam-se na crítica ao conceitualismo. *Os conceitos não poderiam ser causais em relação às soluções que, pretensamente, lhes são imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença. Aparentemente promissora, esta posição cedo limitou o alargamento juscientífico que veio potenciar. Procurando prevenir a intromissão de qualquer metajuridicismo, a jurisprudência dos interesses acabou por procurar os juízos que, sobre os interesses, fossem formulados pelo próprio legislador. A limitação à lei e aos seus textos não se faria esperar* (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XIV-XV).

¹⁶¹ Ao sustentar que o direito positivo não pode prescindir da categoria do interesse, Ihering faz emergir na doutrina civilista um tópico que, continuamente, vem adquirindo relevância e exercendo influência sobre o caráter da jurisprudência. A grande importância da nova escola jurídica reside *em permitir dispor de um meio adequado para revisar os fundamentos de toda a disciplina desde a prática mesma do direito, ao que com razão serve como orientação* (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 96).

¹⁶² Em defesa desse posicionamento, Heck elenca os seguintes argumentos: (a) o dever de obediência ao legislador (poder legítimo) exige que se procure identificar a vontade histórica prescrita, e (b) essa vontade histórica dá maiores garantias de segurança aos destinatários da norma e de uniformidade de soluções jurídicas (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 178-179).

¹⁶³ VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 392.

¹⁶⁴ Ao lado da vertente objetiva, surgem as orientações doutrinárias designadas *historicismo* e *atualismo*, que põem em discussão o caráter imutável ou evolutivo do sentido da lei. Embora tenham repercussão junto à corrente subjetivista (o intérprete pode ater-se à vontade histórica do legislador ou à vontade do legislador projetada para a atualidade), tais perspectivas influenciam, efetivamente, a corrente objetivista, que atribui ao texto legislativo ora um sentido invariável (objetivismo histórico) ora um sentido evolutivo (objetivismo atualista). Para os adeptos do objetivismo, a vontade estampada no texto desprende-se do seu autor e prevalece como tal, devendo dela partir o intérprete para apreender o sentido que lhe é imanente. Além disso, a pluralidade dos intervenientes na elaboração da lei inviabiliza a determinação da vontade real do legislador. A interpretação objetivista favorece a retidão ou justeza do direito, permitindo a extração do significado mais razoável do texto, adequado aos critérios de justiça e oportunidade de cada época (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 177-180).

¹⁶⁵ O direito livre é extraído diretamente da vida social, independentemente das fontes jurídicas de origem estatal. Para os juristas tradicionais, ele representa uma nova encarnação do direito natural, que, desde a Escola Histórica, considera-se superado. Contudo, admitir a livre pesquisa jurídica, sem qualquer ligação com o direito

como reação antiformalista e a que - posteriormente defendida por Karl Larenz¹⁶⁶ - propõe a formação dialética do direito.¹⁶⁷ Nos Estados Unidos, as idéias utilitaristas encontram campo fértil na linha defendida por Locke, Hume e Bentham; no restante da América, propaga-se uma filosofia pragmática (realismo),¹⁶⁸ que confere ao direito um caráter instrumental.¹⁶⁹

Desse breve esboço histórico, infere-se que o formalismo, ancorado no predomínio de estruturas gnosiológicas neokantianas, e o positivismo, fundado no absolutismo das concepções estritamente jurídico-positivas, constituem as principais diretrizes metodológicas do século XX, que, em linhas gerais, reproduzem os fundamentos do pensamento jurídico moderno e contemporâneo: o jusracionalismo (como manifestação exacerbada do jusnaturalismo tradicional) e o cientismo (como transposição para a área humanística de posturas intelectuais desenvolvidas perante as ciências da natureza).¹⁷⁰ Com algumas variações pontuais, o positivismo jurídico em suas inúmeras feições - incluído o normativismo jurídico defendido por Kelsen¹⁷¹ - é fiel ao postulado básico da não-interferência de quaisquer referências metafísicas ou filosóficas na Ciência do Direito. A tendência à abstração e a concentração de poder em um organismo institucionalizado, em nome da segurança jurídica, vêm ao encontro do ideal de neutralização dos interesses concretos na formação do direito. Conquanto a atuação do intérprete não se limite ao preenchimento de lacunas, desde que também dispõe para além da lei (*praeter legem*), a doutrina mantém-se presa ao dogma tradicional da obediência - quase incondicional - ao

estatal, implica romper a barreira do princípio da legalidade, consagrado em defesa do indivíduo, e permitir o arbítrio e a anarquia (BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 128).

¹⁶⁶ Karl Larenz opõe-se ao formalismo stammleriano, valendo-se das idéias básicas de Hegel. Adota uma postura idealista, porém crítica, optando “*por desenvolvimentos e investigações centrados em institutos concretos e o avançar com recurso a um pensamento ondulado, à imagem da dialética hegeliana*”. A revisão crítica do formalismo também é intentada pelo neokantismo sudocidental alemão, que apela para a colocação cultural do direito (Heinrich Rickert, Emil Lask, Eugen Herriger e Gustav Radbruch) e a necessidade da complementação dos esquemas formais com valores ou outras referências (Rickert, Lask e Radbruch), o que dá ensejo à posterior jurisprudência das valorações e ao irrealismo metodológico. (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XIX)

¹⁶⁷ As concepções desenvolvidas no século XX silenciam quanto ao modo e aos princípios a partir dos quais os juízes corrigem os textos legais (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 393-394).

¹⁶⁸ VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 400.

¹⁶⁹ Para o pragmatismo, *os juízes não devem ficar presos às convenções do passado, mas sim preocupar-se com a justiça da decisão, de modo a vincular esse ideal a uma questão de bem-estar geral. Essa tradição, então, volta-se para uma perspectiva utilitarista do Direito, que tem como motivação a busca por maiores níveis de satisfação do bem-estar para um maior número de pessoas da sociedade. Nega-se, com isso, que as pessoas possuam qualquer direito subjetivo garantido, pois o Direito só é compreendido pelos juízes como bens a serem maximizados a partir de metas coletivas. Logo, agem como se as pessoas tivessem esses direitos se (e apenas sob essa condição), em longo prazo, isso servir melhor para a sociedade* (PEDRON, *Comentários...*, p. 78).

¹⁷⁰ CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XVI.

¹⁷¹ A primeira edição alemã da obra *Teoria pura do direito*, na qual Hans Kelsen lança as bases do normativismo jurídico, data de 1934. Sobre o tema, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

legislador. O jurista deve guiar-se pelas diretivas traçadas pelo legislador - não mais o “histórico”, mas, sim, o “atual” -, que, hipoteticamente, adapta as antigas leis às transformações ocorridas na sociedade (inclusive as de cunho ideológico). Tudo que extravasa os seus juízos é recusado, tendo recorrido, os pandectistas, ao mito do “legislador racional” para superar as contradições internas do direito positivo.¹⁷²

Essa visão estreita do papel do intérprete, fundada na adoção do critério da verdade¹⁷³ para a aferição do conhecimento, e no pensamento sistemático, naturalmente restritivo, produz paradoxos insuperáveis pelo seu próprio paradigma.¹⁷⁴ O formalismo, com suas proposições reducionistas, é incapaz de abarcar a diversidade dos casos concretos, dada sua abstração excessiva; e o positivismo, baseado em premissas que assimilam o direito à lei e na coerência e completude dos textos legais - cujo sentido autêntico deve ser respeitado incondicionalmente -, sucumbe às exigências sociais. Em que pese tenha o mérito de opor-se à lei moral,¹⁷⁵ o dogma do monopólio legislativo, por sua fragilidade, frustra o objetivo de converter o fenômeno jurídico - por excelência ativo - em uma ciência neutra, puramente descritiva.

Com o incremento da complexidade da sociedade contemporânea, o anseio incondicionado por segurança nas relações jurídicas transforma-se em causa de insegurança,¹⁷⁶ pela impossibilidade de existirem fórmulas prontas para a solução de todos os conflitos de interesses.¹⁷⁷ Além de não dispor de meios que viabilizem a aplicação de

¹⁷² VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 392-393.

¹⁷³ Do ponto de vista filosófico, a verdade é a propriedade de estar em conformidade com os fatos e a realidade.

¹⁷⁴ Para Klaus Günther, os fatos observáveis são passíveis de descrição, mas deles não se pode estabelecer prescrições normativas. Logo, *toda conclusão relativa a estes fatos tem validade somente pretérita. Nada pode ser projetado, tendo em vista sua repetição*. Daí a impossibilidade de as proposições normativas serem falsas ou verdadeiras, porquanto não derivadas de proposições descritivas (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 14).

¹⁷⁵ Michel observa que os primeiros golpes ao culto das leis não vêm das Faculdades de Direito. Segundo Hume, o surgimento das leis jurídicas está assentado nos interesses dos ricos, inexistindo razão para envolvê-los com uma aura religiosa; para Marx, esse culto tem origem em um modo de produção que as estruturas sociais servem. Na visão marxista, os capitalistas, para gerirem a economia, explorando os trabalhadores, elaboram as leis, atribuindo a sua aplicação a criados da média burguesia, que as interpretam. Outros sociólogos, voltados ao estudo das estruturas da sociedade, sustentam que as leis não são as causas nem a autêntica sede do direito. *Para descobrir o direito efetivo, a ciência deve, para além dos textos, escutar o pensamento coletivo do grupo, suas fórmulas legislativas não passando de um econ deformado deste pensamento (Durkheim). Para além do direito político, buscar o “direito social” (Gurvitch) que os grupos secretam, e que é efetivamente exercido* (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 396-397).

¹⁷⁶ Ante a proibição do *non liquet*, o julgador sempre encontrará uma solução para o caso concreto. E, se estiver munido de instrumentação meramente formal ou positiva, ele terá de recorrer a outros elementos (metajurídicos) para embasar sua decisão, tais como a experiência, a sensibilidade, dados extrapositivos e, até, o arbítrio do subjetivo (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXIII-XXIV).

¹⁷⁷ Os mundos antigo e medieval caracterizam-se pela existência de um centro unificador do pensamento e da ação humana - a *polis* e, depois, a Igreja -, o que permite a concepção de uma lógica de organização social, que pressupõe a comunidade um único projeto coletivo que aglutina e dá sentido à existência humana. A totalidade (com sua primazia ontológica) sobrepõe-se ao indivíduo. Já o mundo moderno carece de um referencial unitário

conceitos indeterminados,¹⁷⁸ normas em branco e outras proposições carentes de preenchimento valorativo - cada vez mais numerosos no ordenamento jurídico -, a metodologia juspositivista mostra-se inoperante em situações de contradição de princípios e diante de normas injustas. Tais deficiências propiciam o arbítrio dos julgadores, que, sem amarras ou parâmetros outros além da literalidade e auto-suficiência do texto legal, desenvolvem raciocínios permeados por intenso subjetivismo. Não raras vezes as verdadeiras razões da decisão não são expostas e ficam à margem de qualquer controle, comprometendo a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça da decisão.

A descrença nos postulados do formalismo e do positivismo, somada à crescente especialização dos juristas,¹⁷⁹ dão origem a um movimento de autonomização metodológica no campo jurídico; porém o grau elevado dos discursos metodológicos - que, valendo-se de linguagem e conceitos próprios, têm por objeto não mais o direito propriamente dito, mas o próprio discurso sobre ele - acaba por distanciá-los da resolução dos casos concretos (irrealismo metodológico).¹⁸⁰

As tentativas de superação das concepções que se fundam na estrita obediência à norma posta pelo Estado em defesa de valores universais e sentidos comuns, transmitidos pela

que lhe confira uma identidade. A valorização do sujeito e a afirmação da preexistência ontológica (ou lógica) da parte sobre o todo justificam-se pela ausência de um centro unificador que indique como pensar e agir. Os homens não são mais unificados e homogeneizados em uma comunidade, e o esforço de integração social é dificultado pela existência de vários projetos de vida, individuais ou coletivos, que se justapõem ou superpõem. Ao vislumbrar-se como sujeito, o indivíduo percebe a sua submissão, seja à Igreja, seja ao monarca, seja aos costumes, seja às superstições ou preconceitos. As relações sociais, antes espontâneas e naturais, agora são vistas como conformadas pela violência, impondo a libertação ou emancipação do indivíduo pelo domínio da natureza e da sociedade. *Na verdade, o Positivismo é um projeto inerente à própria Modernidade: conhecer para dominar, dominar para libertar. Ordem e progresso* (GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 195-197).

¹⁷⁸ O conceito é indeterminado quando o seu conteúdo e extensão são em larga medida imprecisos ou incertos (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3 ed. Lisboa: Calouste, 1964, p. 173). A delimitação que se faz necessária é operada pela atividade jurisdicional, que, na concretização do conceito, introduz uma carga valorativa na regulação jurídica do comportamento social. A atuação judicial não está adstrita ao preenchimento de lacunas legais; ao contrário, é concebida como verdadeira fonte de produção de positividade jurídica, com dinamicidade e processualidade, não limitada ao momento (estático e rígido) da posição da lei pelo legislador (MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 235 e 238).

¹⁷⁹ Na época do direito comum, os juristas em geral dominam as diversas áreas do conhecimento jurídico. Com a evolução subsequente, um incremento significativo do acervo necessário à solução dos casos concretos dá origem ao fenômeno da especialização no campo jurídico. A multiplicação das fontes, da doutrina e da jurisprudência, bem como a maior complexidade das situações que reclamam a intervenção do direito, conduzem cada ramo jurídico por uma via juscultural diferente, sendo a metodologia e a filosofia do direito exploradas por juristas de todos os domínios. Os estudiosos intensificam suas incursões no âmbito metodológico e filosófico, provocando uma especialização excessiva. *Tal o dilema da Ciência do Direito no final do século vinte: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscorso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso* (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXVII-XXVIII)

¹⁸⁰ Nesse período, predominam os discursos sobre o já esgotado discurso metodológico, dominado pelas categorias interpretativas savignyanas e pelo funcionalismo tardio de Heck (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXVI-XXVII).

tradição, caracterizam o pensamento jurídico na segunda metade do século XX, com a redescoberta do processo argumentativo.¹⁸¹ O direito, como produto de uma paulatina evolução social, não é suscetível de apreensão apriorística, nem a sua natureza histórico-cultural comporta explicações integralmente lógicas ou racionais.¹⁸² O grande dilema da Ciência do Direito¹⁸³ é encontrar um modo de decidir que se pautar por um mínimo de

¹⁸¹ Frustradas as expectativas criadas pela modernidade, calcadas em ideais universais (liberdade, igualdade, justiça e progresso científico), surgem o relativismo e o ceticismo. A insuficiência do paradigma cientificista diante da realidade social em incessante mutação propicia o desenvolvimento de estudos e teorias sobre as condições para o direito realizar a justiça e respectivas bases metodológicas. A plenitude lógica do ordenamento jurídico não se coaduna com o pluralismo típico da pós-modernidade. Ao descrever o fenômeno da “pós-modernidade”, Erik Jayme refere alguns elementos culturais específicos, quais sejam: o pluralismo de fontes, formas e estilos (em face da coexistência desordenada de microsistemas, com perda de uma linha de orientação), o pluralismo de sujeitos na relação jurídica e de valores (pluralismo ideológico), a proteção de grupos (e não de “massas”), a valorização da linguagem, da comunicação (sem fronteiras) e do discurso, o retorno aos sentimentos (o irracional) e aos direitos humanos como linhas motivadoras. A narrativa principal do discurso jurídico tem como eixo o respeito à dignidade humana. O mundo pós-moderno é caracterizado pelo direito à diferença (JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-moderna. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar/2003, p. 60). O pluralismo envolve a coexistência de diferentes ordens políticas, jurídicas e sociais no mesmo âmbito da sociedade, sendo acentuadas, nesse contexto, as formas implícitas e informais de poder (BERTOLO, Rozangela. Democracia e subsidiariedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 415, set. 2002). A própria pós-modernidade é um jogo de palavras, um conceito aberto, para alguns até mesmo inexistente, uma moda, postis como afirma Habermas (MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 33). Para o sociólogo Zygmunt Bauman, é a “modernidade líquida”, expressão que remete à fluidez das coisas que nos envolvem na contemporaneidade: valores, instituições, relações, etc. A liquidez opõe-se à estabilidade e à segurança, porque o que não pode ser desfeito e transformado deve ser evitado. Conquanto os pós-modernos continuem buscando os mesmos ideais perseguidos pelos modernos (a beleza, a limpeza e a ordem), mudam os métodos para alcançá-los: acredita-se que a espontaneidade de cada um, inspirado no princípio do prazer, é capaz de instaurar o estado de coisas almejado para a civilização (soluções individuais para problemas coletivos). Criticando o multiculturalismo, ele sustenta que aqueles que asseguram a todos os membros de uma sociedade o direito à diferença usurpam para si o direito à indiferença - o direito de abster-se de julgar (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização - As conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. São Paulo: Jorge Zahar, 2009). Sobre as reações à atual crise das Ciências Sociais, ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166.

¹⁸² *O formalismo stammleriano tem sido criticado por duas grandes linhas do pensamento jusfilosófico do século: o neo-hegelianismo de BINDER, E. KAUFMANN e LARENZ e o próprio neo-kantismo tardio sudocidental alemão, com tônica em RICKERT, LASK e RADBRUCH. O neo-hegelianismo jurídico correspondeu ao influxo, no Direito, de uma evolução geral do pensamento filosófico, encarado como via para a superação dum neo-kantismo que havia esgotado as potencialidades do seu discurso. ... No campo jusfilosófico, o neo-hegelianismo também se impôs por superação - mais do que por negação - do neo-kantismo* (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XVII)

¹⁸³ O abandono das grandes construções jusfilosóficas no século XX é fruto de uma conjunção de fatores: *um certo nihilismo correspondente à queda do Direito natural, um relativismo extremo no tocante à Moral, um agnosticismo crítico contrário a quaisquer tomadas de posições e, porventura, uma progressiva assimilação da natureza histórico-cultural do Direito, agora entendida como base de um novo humanismo, fonte autônoma de soluções*. No cenário jusmetodológico da atualidade, predomina um ecletismo redutor, que visa a viabilizar a participação das várias correntes do pensamento jurídico, mediante a simplificação das doutrinas. A redução é justificada *com a autonomia da metodologia jurídica perante a Filosofia e, dentro da própria Metodologia, com o apelo a uma especialização por áreas diferenciadas como a lógica deôntica, a hermenêutica, a semântica ou a informática*. Embora a simplificação redutora potencialize novas sínteses, ela propicia o empobrecimento cultural, *com perdas evidentes para o conhecimento da realidade*. Somente mais tarde há um alargamento paulatino dos elementos relevantes para a decisão: o apelo ao racionalismo, à moral e à política (CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXX-XXXII).

racionalidade legitimadora em uma sociedade altamente complexa,¹⁸⁴ sem a identificação de um discurso metodológico irreal, indiferente ao direito, ou a adoção de uma lógica formalista ou positivista.¹⁸⁵ O desafio é inserir no discurso juscientífico a integralidade dos elementos de convencimento do julgador, ou seja, os fatores que interferem, justificam ou explicam a deliberação judicial.¹⁸⁶ A maleabilidade da lei, promovida pelas correntes objetivistas, é *obtida à custa da certeza e segurança do Direito*.¹⁸⁷

Nessa época, mais precisamente na década de 50, a doutrina resgata o método tópico-problemático - que se centra mais no problema concreto do que na norma ou no sistema jurídico, com base em uma lógica não formal, sustentada por meio de argumentação consistente -, conferindo-lhe nova roupagem.¹⁸⁸

Na mesma linha de legitimação do discurso juscientífico pela interpretação jurídica, surge a proposta hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.¹⁸⁹ Para ele, tanto o historiador como

¹⁸⁴ Por décadas, a lógica formal e a certeza evidencial figuram como os únicos caminhos confiáveis para capturar a racionalidade (influência iluminista). Todavia, esses caminhos são excessivamente estreitos para absorver a racionalidade argumentativa e as diversas formas de investigação científica (MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar-Editora Unisinos, 2006, p. 63). A complexidade das sociedades contemporâneas é fruto do progresso técnico-científico e dos mecanismos de comunicação, acentuada pelo fenômeno da globalização nos campos econômico, social e cultural. A diversidade dos interesses que demandam tutela estatal compromete a eficácia da representação político-partidária como veículo idôneo para identificá-los e garanti-los. *Daí o advento de associações de várias naturezas, bem como a abertura institucional (legal) de canais de comunicação com a sociedade organizada para a tomada das decisões políticas, atingindo as raias do Poder Judiciário* (artigos 9º e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/1999) (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 216).

¹⁸⁵ Para Marcelo C. Galuppo, não há necessidade de abandonar ou interromper o projeto da modernidade, mas, sim, redirecioná-lo, preservando-se as conquistas, notadamente a idéia de sujeito e o direito à diferença. Nessa linha, atua o pós-positivismo, ao conceber o direito como obra humana, que pode servir à emancipação do homem. Para essa corrente jusfilosófica, o direito e a justiça não são identificados com ideais ou valores, mas com normas jurídicas produzidas historicamente por uma sociedade. O pensamento sistemático é substituído pelo pensamento problemático (o conhecimento jurídico a partir do caso concreto), que inverte a lógica da argumentação (ao invés de partir de normas em direção ao caso, busca-se a solução, a partir do caso concreto, na direção da norma adequada). A norma não é *nem o produto do ato do legislador apenas, nem do ato do juiz apenas*. Como fruto de uma sociedade plural e conflituosa, a realidade jurídica não pode ser reduzida a um sistema, por pressupor, este, uma harmonia no processo de produção jurídica e a existência de um único projeto para a sociedade, gerenciado por uma única fonte. Tampouco é possível adotar a verdade como conceito central do conhecimento jurídico, porque o critério da verdade é inerente ao mundo objetivo, o qual não integra o direito (que se situa no mundo intersubjetivo, cujo critério é a correção normativa) (GALUPPO, A epistemologia jurídica..., p. 202-203).

¹⁸⁶ CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXIII-XXIV.

¹⁸⁷ MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 180.

¹⁸⁸ O método tópico-problemático não se vincula à lógica formal (pela qual a atividade judicial cinge-se à definição da premissa maior do silogismo), mas à lógica do razoável. *O papel do juiz é construir a melhor solução para o problema, realizando a justiça do caso concreto. Para tanto, o intérprete pode recorrer aos termos expressos dos textos legais, mas também a argumentos baseados nos fatos relevantes, na realidade social, nos valores e nos princípios gerais do Direito*. Logo, o raciocínio jurídico deve orientar-se pela solução do problema, e não pela busca de coerência interna para o sistema (BARROSO, *Curso...*, p. 279).

¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 8 ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 438-442.

o jurista realizam uma reflexão sobre o significado do texto normativo, porque a consciência da modificação das circunstâncias que separam a sua elaboração da atualidade é indispensável para a compreensão da distinção entre o sentido originário do seu conteúdo e aquele em cuja pré-compreensão¹⁹⁰ vive como homem atual.¹⁹¹ Inobstante, diferentemente do historiador, que persegue o sentido da lei, sem limitar-se a reconstruir o significado original e o valor da fórmula legal ou a intenção do legislador no momento de sua promulgação,¹⁹² o jurista, diante de um texto normativo dado e vigente, investiga o sentido da norma a partir de ou em virtude de um determinado caso concreto, realçando o valor histórico do enunciado normativo e reconduzindo essa compreensão para sua adaptação ao presente jurídico, sem apego à intenção do legislador. Conquanto tenha em mente a lei em si mesma, ele determina o seu conteúdo normativo em relação ao caso em que deve ser aplicada, adaptando-o às necessidades da atualidade, para resolver uma situação específica. Tal proceder não implica uma tradução arbitrária do texto normativo, mas o conhecimento e reconhecimento de um sentido vigente.¹⁹³ Na realidade, o intérprete não se restringe a reconstruir a significação original do texto, devendo renová-la constantemente, à luz dos novos horizontes e dos problemas concretamente enfrentados.

Para Gadamer, a hermenêutica como método ou orientação para o conhecimento é pressuposta por qualquer discussão em que a linguagem desempenha papel constitutivo relevante. Compreender o que alguém diz significa pôr-se de acordo nela, e não apenas transferir-se para o outro, reproduzindo suas vivências. A linguagem não constitui um simples instrumento que veicula essências, interpondo-se entre o sujeito e o objeto; ao contrário, com ela, alcança-se pelo diálogo a convergência dos interlocutores e constrói-se o entendimento sobre a coisa.¹⁹⁴

¹⁹⁰ A “pré-compreensão” compreende um fato ou um conjunto de fatores que condiciona o processo de compreensão, influenciando o modo de apresentar o problema para o intérprete solucioná-lo. Tanto na apreciação da questão fática como na determinação do significado linguístico do texto normativo, há a interferência, mais ou menos intensa, de uma valoração por parte do juiz, que deve assegurar a racionalidade da prática da individualização do direito (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 370).

¹⁹¹ GADAMER, *Verdade e método...*, p. 429-430.

¹⁹² O historiador movimenta-se em uma contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história. Isso porque o verdadeiro objeto da compreensão histórica não são eventos em si, mas o seu significado e os efeitos que produz, estando nela implícita a tradição referida ao presente, a ser compreendida nessa mediação (GADAMER, *Verdade e método...*, p. 428).

¹⁹³ GADAMER, *Verdade e método...*, p. 430-431.

¹⁹⁴ A conversação conduz a um acordo, por meio de um processo em que o interlocutor deve atender ao outro, deixar valer os seus pontos de vista e pôr-se em seu lugar, sempre procurando entender o que diz. Quando isso ocorre reciprocamente e cada interlocutor sopesa os contra-argumentos, ao mesmo tempo em que mantém suas próprias razões, pode-se chegar finalmente, por transferência recíproca, imperceptível e não arbitrária de pontos de vista (o que chamamos de intercâmbio de pareceres) a uma linguagem e uma sentença comum (GADAMER, *Verdade e método...*, p. 497 e 563-564).

No âmbito jurídico, a apreensão hermenêutica da realidade só é possível porque o sujeito cognoscente conhece previamente os signos lingüísticos adotados e os instrumentos utilizados.¹⁹⁵ Esse conjunto de pré-estruturas do saber - veiculado pela tradição - consiste no pré-entendimento das matérias, o qual não se conforma a modelos formais do discurso jurídico, desde que não haja apenas o entendimento da matéria, sendo esta o próprio entendimento, que se confunde com a linguagem que o sustenta. Nessa perspectiva, o ser-aí da presença - a que se refere Heidegger - está inserido numa tradição histórica (o passado conserva um sentido que se transmite),¹⁹⁶ e esta constitui a base referencial do intérprete, *cujas presença é determinada pelo tempo*.¹⁹⁷ ¹⁹⁸ O conteúdo da tradição e da herança histórica possui uma autoridade anônima, *e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento*. Com efeito, a autoridade não está atrelada a uma arbitrariedade irracional (obediência irrestrita), mas a algo que, a princípio, pode ser entendido (reconhecimento).¹⁹⁹

A compreensão humana orienta-se a partir de uma pré-compreensão de uma determinada situação existencial, a qual delimita o enquadramento temático e a validade de cada tentativa de interpretação. Ao deparar-se com o texto ou um conjunto de elementos da tradição, o intérprete deve evitar uma postura isolacionista e mostrar-se aberto para a opinião do outro ou do texto, estabelecendo um todo relacional e promovendo a fusão de horizontes

¹⁹⁵ GADAMER, *Verdade e método...*, p. 499.

¹⁹⁶ Para desenvolver a sua teoria, Gadamer adota uma postura de ruptura com as posições objetivistas de Schleiermacher e Dilthey, apoiando a experiência hermenêutica no modo de ser do Dasein (do ser-aí) heideggeriano. E, para livrar-se das amarras da ontologia, volta-se para um dinamismo histórico, mostrando interesse pelo modo “como” se dá a compreensão, a partir do problema da consciência histórica. Seguindo essa diretriz, agrega às dimensões hermenêuticas clássicas do *intellegere* e do *explicare* a dimensão concreta do *applicatio*, que envolve a subjetividade do intérprete na experiência hermenêutica. Afinal, só compreendemos aquilo que confere sentido à própria experiência, ampliando nossa visão do mundo (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 220).

¹⁹⁷ CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 221.

¹⁹⁸ A importância do “tempo” na experiência hermenêutica é extraída também de manifestação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nos seguintes termos: *A existência humana é um enfrentamento do tempo cronológico. Neste inelutável do tempo físico, introduz-se a cultura (ética, direito, religião) como a capacidade de retomada reflexiva do passado e antecipação reflexiva do futuro*. Trata-se do tempo existencial, a envolver a capacidade humana de reinterpretar o passado e de orientar o futuro. *Entre o passado e o futuro, esse tempo cultural aparece, assim, como duração, cuja experiência se dá no presente, que o homem vive como um contínuo. Segurança tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada), de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Afinal, se o sentido de um evento passado pudesse ser alterado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e a uma incerteza insuportáveis* (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 264-265, 2005).

¹⁹⁹ GADAMER, *Verdade e método...*, p. 371-372.

na perspectiva do sujeito como ser presente:²⁰⁰ o horizonte do presente funda-se ao do passado, de forma a compor dialeticamente o significado atual, com a superação do distanciamento temporal entre o intérprete e o texto. Nesse sentido, a tradição delimita as possibilidades interpretativas, viabilizando o projeto da compreensão, que se constrói pela interpretação. E a vinculação com o contexto de aplicação justifica-se pela exigência de que a decisão seja convincente ou, ao menos, aceitável. (...) *quanto maior a resistência necessária para contradizer aquilo que a tradição sedimentou, maior o esforço argumentativo.*²⁰¹

A interpretação - como ato de atribuição e não mera reprodução de sentido - é a forma explícita da compreensão, e não um ato posterior ou complementar a ela.²⁰² O processo interpretativo - de estrutura circular²⁰³ - abrange a exposição de concepções prévias do intérprete em confronto com as perspectivas oferecidas pelo seu horizonte atual.²⁰⁴ Nessa linha, depende da pré-compreensão, que se torna condição de possibilidade, sem sê-lo de modo arbitrário,²⁰⁵ por estar comprometida com a tradição e apresentar-se racionalmente.²⁰⁶ A

²⁰⁰ A unicidade e a irrepitibilidade de cada evento histórico exigem um esforço do intérprete no sentido de identificar os aspectos em comum (consciência histórica). A fusão de horizontes abarca expectativas *que não se exauzem na expectativa individual dos que estão diretamente envolvidos pela atividade decisória, mas que se movem em direção da busca de um consenso geral, a ser obtido através de uma decisão razoável* (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 370).

²⁰¹ CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 231.

²⁰² Com base na doutrina de Gadamer (GADAMER, *Verdade e método...*, p. 40), Margarida Maria Lacombe Camargo anota que a interpretação é uma instância de exteriorização da compreensão, cuja conscientização garante-lhe não apenas uma racionalidade própria como também confere-lhe requisitos de validade. A base da interpretação é argumentativa, na medida em que a sua validação pressupõe o compartilhamento das posições (interpretações). Segundo a autora, a influência da retórica na hermenêutica remonta à época do humanismo, com Melanchton (século XVI) e Flacius Illyricus (século XVII), quando se reconhece a possibilidade de a interpretação dos textos sagrados sustentar-se na crítica e na liberdade do intérprete. Esse vínculo, mais tarde, é enfraquecido pelo racionalismo, desaparecendo completamente na modernidade, quando a aquisição da verdade se dá pela pureza do método. Na década de 50, a argumentação é revalorizada, a partir dos estudos de Theodor Viehweg e Chaim Perelman. Tais juristas resgatam a influência da retórica na interpretação jurídica, agora pautada pela persuasão em torno de teses verossímeis, e não mais em axiomas respaldados pela força da evidência (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 222).

²⁰³ (...) *é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. (...) o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo* (GADAMER, *Verdade e método...*, p. 385-386).

²⁰⁴ (...) *o horizonte da atualidade é compreendido em contínua formação, à medida que nós devemos testar constantemente todos os nossos pré-juízos* (HECK. Apresentação. In: CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada...*, p. 28).

²⁰⁵ Nas democracias atuais, a exigência de justificação racional é inafastável frente à responsabilidade social do intérprete (Aulis Aarnio), notadamente em relação às decisões de poder que atingem um número significativo de pessoas. Em sendo o direito exercício de poder, e não mero conhecimento, cabe-lhe respaldar as decisões tomadas no exercício desse poder (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 225-226).

²⁰⁶ Para Dworkin, o dever de buscar a “resposta certa” exige a reconstrução da rede legal anterior, vinculada à tradição, aos precedentes, à legislação e ao apelo sensível da comunidade presente (*O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-331). Esse entendimento, contudo, é alvo de críticas. Alexy e MacCormick sustentam que, para os casos difíceis, o direito positivo não fornece uma única resposta correta, embora proporcione, ao menos, uma resposta correta, porque sempre é possível fazer justiça com o direito (ATIENZA, *As razões...*, p. 225). Pela hermenêutica concretizadora, busca-se o equilíbrio necessário entre a criatividade do

antecipação do sentido que norteia a compreensão acerca do texto não é um ato subjetivo, mas um ato que se determina desde a comunicação que nos une com a tradição.²⁰⁷ Ao jurista cabe resolver um problema concreto e atual à luz de um texto ditado anteriormente. Nessa perspectiva, reabilitam-se a razão prática²⁰⁸ e a ética aristotélica, porque a hermenêutica não mais conduz a um saber puro, dissociado da ação,^{209 210} nem é possível realizar a interpretação por partes, reproduzindo um sentido imanente do texto legal, a partir de um ato de puro conhecimento.

Todo ato de interpretação envolve aplicação,²¹¹ o que, longe de significar a possibilidade de atribuição de qualquer sentido ao enunciado normativo, como se texto e

intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Nela é realçada a importância da pré-compreensão do agente, do seu ponto de observação e da sua percepção dos fenômenos social, econômico, político e jurídico, bem como da realidade objetiva existente e do próprio sistema jurídico. Nessa vertente, situa-se a metódica estruturante de Friedrich Müller, que propõe a conciliação da perspectiva normativa com a sociológica. *Müller parte da distinção entre texto (enunciado normativo) e norma, identificada esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo. A norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo [as possibilidades de sentido do texto, estabelecidas pelos métodos tradicionais de interpretação] com o âmbito normativo [que se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se insere o problema a resolver e de onde o intérprete extrai os elementos fáticos e axiológicos para a sua decisão]. Nesse espaço, atua a argumentação tópica, que tem como limite as possibilidades contidas no programa normativo (primado da norma) (BARROSO, *Curso...*, p. 280).*

²⁰⁷ CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 221.

²⁰⁸ Para Francisco Amaral, a sociedade pós-industrial é marcada pela crescente importância do direito jurisprudencial e pela racionalização do processo. A razão jurídica cede espaço para a razão prática. Ao juiz é reconhecido um poder de apreciação, que ele exerce ao analisar o sentido e o alcance da regra jurídica, a partir de uma pré-compreensão. O poder judicante criativo encontra maior campo de realização nas denominadas cláusulas gerais (AMARAL NETO, *A equidade...*, p. 197). As cláusulas gerais, dada a generalidade e abstração de seu enunciado normativo, conferem maior autonomia para o intérprete criar a norma jurídica adequada ao caso concreto. Sobre o tema, ver: ENGLISH, *Introdução ao pensamento...*, p. 232, e MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 273 e ss.

²⁰⁹ CAMARGO, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 223.

²¹⁰ Para Aristóteles, a prudência (saber prático adquirido pela experiência) é essencial ao direito, porque dela depende a determinação da ação justa a realizar. (...) *para conhecer o que é justo e o que é injusto, as pessoas não têm de ser sábias, porque não é difícil entender dos assuntos de que tratam as leis (embora eles não constituam o que é justo senão acidentalmente); mas saber como as ações devem ser praticadas e como as distribuições devem ser efetuadas para serem justas é uma conquista maior do que conhecer o que é bom para a saúde* (ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 108).

²¹¹ Antes de Gadamer, a hermenêutica era refém de uma metodologia, *por vezes atrelada aos pressupostos da metafísica clássica e, por outras, aos parâmetros estabelecidos pela filosofia da consciência (metafísica moderna)*. Conquanto o discurso crítico ao normativismo limitasse-se a estatuir regras para a melhor compreensão dos juristas, a dificuldade enfrentada pela metodologia era a impossibilidade de estabelecer-se uma que disciplinasse a utilização dessas regras. Embora combatesse a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tentava deduzir, subsuntivamente, a decisão a partir de normas prévias. A despeito disto, a polêmica entre objetivistas (*mens legis*) e subjetivistas (*mens legislatoris*) era inconsistente, porquanto atrelada ao esquema sujeito-objeto (metafísico). *É impossível saber o que o legislador quis dizer; do mesmo modo, é impossível saber o que a lei quis dizer; na verdade, ela já disse. Não há como mergulhar, de forma historicista, no ato volitivo do legislador e investigar a sua vontade. A distância temporal, antes de ser obstáculo, diz Gadamer, é um aliado (...) Os modelos metodológico-metafísicos que entendem o ato de interpretação como cindível em distintas partes, rejeitam a atuação do tempo. Pretender reproduzir um sentido de um texto é seqüestrar a ação do tempo e da história.* É retornar à jurisprudência dos conceitos, que pretende criar conceitos gerais (na metafísica clássica, universais) pela supressão de dados singulares de cada problema concreto, até obter, por abstração, uma norma suficientemente universalizante, apta a abranger todas as situações individuais correspondentes. O risco desse procedimento é aplicar-se o mínimo jurídico do abstrato, desnaturado,

norma tivessem existências autônomas, implica a integração daquele na realidade subjacente. A exigência de “adequação fática” do enunciado normativo constitui a própria essência da equidade, que, como pressuposto lógico, faz-se presente em todo e qualquer processo interpretativo destinado à aplicação do direito. Sendo a realização concreta da justiça a sua finalidade, deve orientar-se por esse fundamento teleológico, respeitando a logicidade e a historicidade do ser humano.²¹² *É em virtude desses dois valores constitutivos do homem, que este não só pensa mas se torna objetivo, extrapola de si aquilo que pensa, convertendo em “objetividades” as “intencionalidades” que são próprias de sua consciência.*²¹³ A tradução arbitrária da lei implica decisionismo ou voluntarismo, a serem rechaçados.²¹⁴ A verdade deve ser obtida por meio de um ir e vir dialético, no qual a argumentação confirma o entendimento, atuando, a interpretação, na intermediação entre o conhecido e o desconhecido. *A certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade.*²¹⁵

1.1.2 Função corretiva

Em sua concepção original, a equidade está relacionada à idéia de justiça corretiva,²¹⁶ que se realiza independentemente da lei, com vistas ao aperfeiçoamento desta. Na formulação legal, o legislador restringe-se àquilo que ocorre na maioria dos casos (ditos ordinários), expressando-se de modo genérico,²¹⁷ independentemente de uma situação individual concreta. A norma legal pressupõe uma situação normal e tipos normais, eis que vocacionada a regular inúmeros casos, e não apenas um específico. Se a lei revela-se inadequada frente a uma situação de fato, em razão de uma circunstância excepcional,²¹⁸ cabe ao operador do direito,

a fenômenos que, por sua singularidade, são incompatíveis com o regime geral atribuído ao conceito abstrato (STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 91-93 e 122, 2005).

²¹² A função interpretativa da equidade pode significar: a) o predomínio da finalidade da lei sobre sua letra (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) ou b) a preferência, dentre as interpretações possíveis, pela mais benigna ou humana, mediante a aplicação do método histórico-evolutivo para a adequação da lei às novas circunstâncias (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 131).

²¹³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. rev. e reestr. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 106.

²¹⁴ Ao referir-se ao conceito de “interpretação construtiva”, Flávio Quinaud Pedron menciona as críticas feitas por Habermas a Gadamer no sentido da excessiva passividade que a hermenêutica filosófica assume, compreendendo como unilateral o fluxo comunicativo (PEDRON, *Comentários...*, p. 78).

²¹⁵ GADAMER, *Verdade e método...*, p. 631

²¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética...*, Capítulo X.

²¹⁷ ARISTÓTELES, *Ética...*, p. 109.

²¹⁸ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 38.

no momento de sua aplicação, corrigi-la, promovendo sua adequação. A lei sinaliza uma solução justa para a generalidade dos casos, que, eventualmente, pode não sê-lo em uma determinada hipótese fática.

A função corretiva da equidade mantém-se, porém em uma perspectiva diferenciada.

De rigor, a adequação da lei ao caso concreto opera-se via interpretativa (contextualização), reservada a integração para as hipóteses de omissão, inclusive aquela derivada do caráter genérico da norma legal.

A equidade, como referencial que permite criar uma norma particular identificada com a justiça, desempenha uma função corretiva quando fundamenta a não aplicação da norma legal, em virtude da valoração das especificidades da situação fática *in concreto* (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil²¹⁹).²²⁰ E, para a recusa da solução legislada, é exigível um esforço argumentativo maior.

O caráter assistemático da equidade impede que a norma particular - com base nela construída - implique a correção do legal, inclusive porque é desarrazoado, e até ilegítimo e arbitrário, valer-se, o juiz, do critério da “singularidade relevante” e excepcional para opor-se à lei, democraticamente concebida. Nesse aspecto, o seu *modus operandi* difere daquele adotado na aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade ou da proibição de excesso, que resultam na invalidação da norma legal.²²¹

Para a melhor compreensão dessa distinção, assentemos algumas noções conceituais.

O ordenamento jurídico contém, em seu subsistema normativo, dentre outros elementos, os postulados hermenêuticos - normas que servem à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico²²² - e os postulados normativos aplicativos - normas que

²¹⁹ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²²⁰ Referindo-se à doutrina aristotélica, Gadamer reconhece a importância da equidade no abrandamento do rigor da lei, tendo em vista a própria correção da aplicação, e da *phronesis*, que indica a ponderação reflexiva do entendimento (CAMARGO, O princípio da proporcionalidade..., p. 223).

²²¹ A decisão que reconhece a invalidade da norma, em virtude da aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade ou da proibição de excesso, tem o condão de excluí-la do ordenamento jurídico, quando resultante de controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo órgão jurisdicional competente, ou de projetar-se para além do caso concreto, quando lhe é atribuído caráter vinculante ou ela adquire *status* de precedente jurisprudencial. Tais efeitos não se verificam na hipótese de aplicação da equidade, que se caracteriza pela impossibilidade de sistematização da solução judicial, dada a excepcionalidade que a inspira.

²²² Dentre os postulados hermenêuticos, destacam-se o postulado da unidade do ordenamento jurídico - que exige do intérprete o relacionamento da parte com o todo, mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade -, do qual é subelemento o da coerência - que impõe o relacionamento da norma com outras normas que lhe são formal e materialmente superiores -, e o postulado da hierarquia - que traduz a estrutura escalonada de normas do ordenamento jurídico (ÁVILA, *Sistema Constitucional...*, p. 43).

estruturam a aplicação concreta do direito²²³ -, os quais não se confundem com as regras²²⁴ - normas imediatamente descritivas de comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos, que exigem um cumprimento pleno (porque, estruturalmente, veiculam comandos de definição) e, no caso de conflito, podem ser excluídas do ordenamento, ante a existência de uma regra antinômica -, nem com os princípios²²⁵ - normas imediatamente finalísticas (comandos de otimização com maior teor de abstração), cuja realização pode se dar em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas (peso móvel e circunstancial).²²⁶ Os postulados normativos aplicativos são normas que orientam a aplicação de outras normas. Por estabelecerem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante em um nível metajurídico, não entram em conflito com regras ou princípios, nem podem ser excluídas do ordenamento jurídico. Nessa categoria, figuram a exigência de proporcionalidade, a

²²³ Os postulados normativos aplicativos são condições cuja implementação viabiliza a compreensão concreta do direito. Eles são aplicados para solucionar questões contingentes, concretas e externas, que surgem ocasionalmente diante de um caso concreto e em razão de circunstâncias externas ao ordenamento jurídico. Os principais postulados são a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso. Sobre o tema, ver: ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 79-84 e 94-118.

²²⁴ Por veicularem comandos de definição, as regras têm natureza biunívoca, admitindo duas situações distintas em face do seu substrato fático típico: ou são válidas e aplicáveis, ou não se aplicam por inválidas, não comportando gradação. A exceção da regra ou é outra regra que invalida a primeira, ou é a sua violação. *Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e jurídico* (PEDRON, *Comentários...*, p. 71). *Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária* (ÁVILA, *Sistema constitucional...*, p. 412-413).

²²⁵ Para Alexy, os princípios podem ser equiparados a valores - que trazem uma referência não a um dever-ser mas ao que é ou não considerado como bem, permitindo um juízo que pode ser classificado, comparado ou medido -, mas com eles não se confundem, *porque os princípios, como normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor*. Essa tese é refutada por Dworkin e Habermas, *que defendem a impossibilidade de equiparar princípios a valores, sob pena de desnaturar a própria lógica da aplicação normativa. Ambos os autores não realizarão uma diferenciação morfológica entre princípios e regras, preferindo o que se pode considerar como uma distinção em razão da natureza lógico-argumentativa* (PEDRON, *Comentários...*, p. 71 e 77). Os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser perseguido ou preservado, razão pela qual comportam a pretensão de sua realização da forma mais intensa possível. Os limites jurídicos à otimização dos princípios são: regras que os excepcionam em algum ponto ou outros princípios de igual estatura e opostos, que buscam igualmente a sua maximização, exigindo eventual ponderação. Há, ainda, princípios que impõem a realização de um ideal mais amplo que abrange outros ideais mais restritos, já estabelecidos por outros princípios. Esses princípios são denominados sobreprincípios e exercem influência na interpretação e aplicação dos princípios mais restritos (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 72-75).

²²⁶ Por sua maior rigidez normativa, a regra possui uma eficácia preliminarmente decisiva, desde que pretende indicar uma solução provisória para determinado conflito de interesses já identificado pelo legislador (decisão parlamentar preliminar), pré-excluindo a livre ponderação principiológica. Outrossim, ela delimita a conduta a ser adotada para a concretização das finalidades estabelecidas pelos princípios, por meio de comandos de caráter imediatamente descritivo e comportamental, mais inteligíveis do que aqueles emanados dos princípios. Bem por isso a superação de uma regra *só é admissível se houver razões suficientemente fortes [extraordinárias] para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela*. A avaliação dessas razões passa o postulado da razoabilidade (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 31-43).

razoabilidade e a proibição material de excesso.²²⁷

A qualificação da equidade como postulado aplicativo, sobretudo na função corretiva, não é pacífica na doutrina brasileira.

Para Francisco Amaral, a equidade como critério de decisão de casos singulares apresenta-se sob a forma de cláusula geral.²²⁸ Para Eros Roberto Grau, ela equidade é um postulado normativo aplicativo,²²⁹ revigorado na atualidade sob o signo da razoabilidade e, mais recentemente, da proporcionalidade. Como critério de interpretação, atua no momento da aplicação do direito, quando o intérprete produz a norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Ao discorrer sobre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, Margarida Maria Lacombe Camargo sustenta que o primeiro corresponde ao momento da pré-compreensão e o segundo, à interpretação como exteriorização da compreensão, com vistas à obtenção de um resultado razoável. Nesse sentido, a proporcionalidade oferece critérios para a consideração daquilo que é tido por razoável: *partimos daquilo que entendemos, prima facie, como razoável, a se confirmar num processo de interpretação guiado pelos parâmetros da proporcionalidade para, ao final, apresentarmos, como conclusão, uma solução (jurídica) que possa ser tida como razoável*. O intento de alcançar a verdade pelo domínio da técnica (ou do método) cede espaço à ponderação valorativa, amparada pelo diálogo (argumentação construtivista), que tem no sujeito a sua realização.²³⁰ As discordâncias advindas do confronto de argumentos são superadas pelo uso de razões capazes de convencer os envolvidos.²³¹ A

²²⁷ A proibição de excesso está fundada na idéia de que os direitos e princípios fundamentais são restringíveis, desde que não seja afetado o seu núcleo essencial (conteúdo mínimo), sob pena de subtrair-se sua mínima eficácia. Com efeito, é vedada a adoção de medida estatal que possa *restringir excessivamente um direito fundamental, inviabilizando-o substancialmente, independentemente do seu motivo*, ou cercear, tolher ou dificultar sobremaneira o exercício de um direito fundamental (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 89-92).

²²⁸ AMARAL NETO, A equidade..., p. 207-208.

²²⁹ Em sendo uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto de outras normas, a equidade não se apresenta como princípio superior, que confere ao juiz a faculdade de corrigir o legislador, invadindo a sua esfera de competência constitucional (GRAU, *Equidade, razoabilidade...*, p. 20). Ao contrário, ela atua no campo do singular sob o influxo da experiência jurídica.

²³⁰ Na hermenêutica filosófica de Gadamer, o sujeito ocupa posição central no processo, compartilhando experiência (CAMARGO, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 230).

²³¹ Para Flávio Quinaud Pedron, uma concepção normativa (deontológica) *é capaz de satisfatoriamente apresentar respostas à solução de controvérsias práticas, porque, no procedimento de justificação de normas, acontece um discurso argumentativo, pautado em pretensões de validade que retiram os falantes do contexto em que se encontram enraizados, de modo que posições e preferências pessoais sejam analisadas e criticadas a partir de uma perspectiva intersubjetiva abrangente*. Uma concepção axiológica pressupõe uma referência externa aos sujeitos participantes do discurso jurídico. Em relação ao procedimento defendido por Robert Alexy, o autor pondera que ele considera a possibilidade de aplicação de uma norma sem a perspectiva de um caso concreto. (...) *os princípios (valores) em conflito são identificados por meio de um procedimento que os trata como juízos de evidência, já que não são problematizados diante do próprio caso posto para julgamento*. (...) Além disso, a perspectiva dos envolvidos (aqueles que sofrerão os efeitos da decisão) é simplesmente olvidada, seja por pressupor uma identidade cultural (impossível hoje de ser presumida), seja por fechar-se à

norma resultante desse processo tem a pretensão a uma aceitação (consenso²³²) potencialmente universalizável, ainda que o pluralismo contemporâneo imponha a coexistência de diversos projetos de vida alternativos.²³³

Já Humberto Ávila distingue proporcionalidade e razoabilidade, vislumbrando nessa última a equidade em uma de suas funções.

O postulado da proporcionalidade decorre do princípio do Estado de Direito (artigo 1º da Constituição Federal²³⁴) e dos direitos fundamentais (artigo 5º da Constituição Federal²³⁵). Derivado do caráter principal das normas jurídicas, ele impõe aos Poderes Legislativo e Executivo a exigência de escolha de meios adequados (um meio é adequado, quando pode promover o fim), necessários (um meio é necessário, quando, dentre os meios adequados para promover-se o fim, é o menos restritivo aos direitos fundamentais) e proporcionais (o meio é proporcional, quando promove vantagens que superam as desvantagens por ele provocadas), para a realização de seus fins. Em última análise, a proporcionalidade visa a garantir a eficácia máxima dos bens jurídicos envolvidos.

possibilidade de participação na construção de um consenso sobre a correção da norma. Em decorrência disto, a Corte abandona a via comunicativa e passa simplesmente a utilizar-se de uma racionalidade instrumental, já que a preocupação é com a adequação de meios a fins, sem, contudo, parar para refletir sobre esses próprios fins, já determinados a priori pela força de uma tradição que, todavia, representa meramente um projeto de vida entre os muitos existentes naquela mesma sociedade. As preferências pessoais dos julgadores (critérios não-discursivos) são os únicos referenciais para a avaliação da justeza da decisão, sendo assegurada a previsibilidade das soluções jurídicas (segurança jurídica) pela centralização da jurisdição constitucional pela Corte superior (PEDRON, Comentários..., p. 76).

²³² Analisando a teoria da argumentação de Habermas, centrada na noção de situação ideal de fala (similar à de auditório universal de Perelman), é possível associar a idéia de consenso a de aceitação racional de pretensões de validade, resultante de um processo argumentativo. Argumentos são meios pelos quais se pode alcançar o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade hipoteticamente suscitadas por algum proponente, transformando opiniões em conhecimento. As pretensões de validade, discursivamente resgatáveis, podem ser erguidas: na dimensão da verdade, em face de eventos da natureza externa; na dimensão intersubjetiva aberta pela vida social, em relação à correção de normas de ação (integração de normas e valores); ou nas manifestações ligadas à expressividade de estados internos (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação e seus desenvolvimentos contemporâneos*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 63-64). José Reinaldo de Lima Lopes acredita que as regras não são exclusivamente resultados de um consenso, porque, se assim fosse, não haveria a possibilidade de existirem pontos de vistas críticos. A grande contribuição da modernidade é, justamente, a elaboração do pensamento crítico, sendo tema de relevância indiscutível o fazer uma tradição e como fazer críticas da tradição (LOPES, *Uma conversa sobre Filosofia do Direito...*, p. 5).

²³³ O pluralismo é fenômeno ligado à modernidade. Na Grécia antiga e na Idade Média, havia um centro orientador da vida comunitária, que assegurava certa homogeneidade da concepção sobre vida boa (a pólis e a Igreja católica, respectivamente). Com o surgimento da noção de indivíduo, passam a coexistir diversos projetos de vida, os quais são reconhecidos como relevantes para a composição da identidade social (PEDRON, *Comentários...*, p. 79).

²³⁴ *Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

²³⁵ *Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...).*

Diversamente, o postulado da razoabilidade atua como: (a) critério que exige a relação das normas gerais com os aspectos peculiares ao caso concreto, *quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral* (razoabilidade-eqüidade);²³⁶ (b) diretriz que pressupõe a vinculação das normas jurídicas com as condições externas de aplicação (realidade subjacente), *seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir* (razoabilidade-congruência); (c) diretriz que exige uma relação de equivalência entre duas grandezas: a medida adotada e o critério que a dimensiona (razoabilidade-equivalência), ou (d) critério que impõe a consistência entre os elementos integrantes da norma jurídica, *especialmente proibindo a validade de normas que instituem deveres contraditórios ou sem qualquer sentido prático* (razoabilidade-coerência). Em que pese concebida, ordinariamente, como sinônimo de proporcionalidade, a razoabilidade dela se distingue, por não pressupor uma relação de causalidade entre meio e fim (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).²³⁷ Ela atua na interpretação e aplicação das normas jurídicas, exigindo, por imperativo de justiça (artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil²³⁸), a harmonização do geral com o particular, seja pela consideração daquilo que normalmente acontece (presunção de normalidade das circunstâncias de fato), seja pela valoração do aspecto individual da situação fática concreta, desconsiderado pela generalização legal. Não só a interpretação deve ser realizada em consonância com aquilo que, para o senso comum, é aceitável perante a lei,²³⁹ como também há casos em que a aplicação da norma geral é indevida, em razão de sua anormalidade (a norma incide, mas a consequência do seu descumprimento não é aplicada, porque a não adoção do comportamento nela previsto não compromete a promoção do fim que a justifica), sob pena de flagrante injustiça. A incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação.

A despeito da denominação que se lhe atribua - postulado ou outro termo similar -, é fato que a equidade não prescreve, imediatamente, um comportamento humano que deva ser

²³⁶ A equidade evidencia a estreita vinculação do direito a moral no tocante à pretensão de correção da decisão judicial.

²³⁷ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 95-103.

²³⁸ Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (...).*

²³⁹ No mundo contemporâneo, a identificação do senso comum é dificultada pelo desenvolvimento crescente da tecnologia, que gera uma carência de discernimento perante a informação, em virtude não da ausência, mas, sim, do excesso de dados a que são expostos sistematicamente os indivíduos (MARTINS-COSTA, Prefácio. In: CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada...*, p. 31).

observado, nem estabelece um conteúdo finalístico, realizável em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas. Ao contrário, serve como diretriz na aplicação de outras normas, vinculada a critérios racionalmente apreensíveis, tendo em vista um certo ponto de equilíbrio na relação jurídica, indicado pelas circunstâncias do caso concreto.²⁴⁰ Embora seja, em certa medida, fluída, é determinável, devendo ser objetivamente apurada, conforme o contexto fático e jurídico em que inserida a norma, para fins de sua concreta aplicação. Não significa, portanto, autorização irrestrita a livre produção de sentidos ou normas (substitutivas) pelo órgão jurisdicional.

Especificamente no âmbito de sua atuação corretiva, a equidade permite, em um primeiro momento, a percepção de que à situação fática *in concreto*, dada as suas especificidades, não pode ser aplicada, pura e simples, a norma selecionada, tal como concebida pelo operador do direito, e, em uma etapa subsequente, a adequação (correção) da proposta de solução normativa (original) às especificidades relevantes do caso, em busca daquilo que mais se aproxima do ponto de equilíbrio no confronto dos interesses (individuais e sociais) envolvidos.²⁴¹ Como elemento de “adaptação” da norma ao caso concreto, tem o condão de aliviar a tensão (natural) entre o enunciado normativo de caráter geral e a realidade fática em uma perspectiva não meramente interpretativa, mas eminentemente corretiva.

Essa funcionalidade corretiva é realizável não só em face da norma legislada como também na esfera das relações jurídicas contratuais, havendo, inclusive, autorização legal expressa para que assim proceda o juiz. Apenas para exemplificar, cite-se o enunciado do

²⁴⁰ Embora não esteja adstrito ao dado fático - pois o direito é sempre fato enquanto valorado, ou seja, enquanto norma e “situação normada” (“a norma é, ao mesmo tempo, o condicionantes e o condicionado, o valor e o fato em uma síntese dinâmica”) -, é inegável que o direito, sendo constituído pela experiência, deve considerar as diferentes “normalidades” advindas do mundo fático para sistematizá-las por meio de um trabalho de objetivação e racionalização, direcionado pelos valores que elege como próprios: a Justiça, a lealdade, o equilíbrio, a razoabilidade etc. No caso da cláusula penal, a finalidade da norma contida no artigo 413 do Código Civil brasileiro (A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio) é evitar a sua utilização como instrumento de exercício abusivo da posição de credor, quer seja para obter um enriquecimento injustificado, quer seja para cometer uma injustiça contratual (MARTINS-COSTA, A dupla face..., p. 68). Trata-se de um dever imposto ao juiz, e não mera faculdade, inexistindo um padrão ou limite objetivo prescrito em lei (VENOSA, *Código Civil interpretado*, p. 417).

²⁴¹ A tutela dos interesses perseguidos pelos contratantes pressupõe a definição do objetivo alcance da operação negocial subjacente ao contrato, tanto que somente a falsa representação dos interesses sobre os quais incide pode originar um erro juridicamente relevante [erro substancial (porque determinante na celebração do contrato) e reconhecível], ou a falsa representação ou ignorância de um dado relativo ao negócio, que prejudica a correta formação do consenso (p.ex. a divergência entre a intenção ou interesse perspectivado pela parte e aquilo que resulta, objetivamente, do ajuste, apurada em processo interpretativo). Nesse sentido, dispõe o artigo 138 do Código Civil brasileiro de 2002 (*São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*). Não sendo o erro substancial e reconhecível, o contratante permanece vinculado à declaração, em virtude de sua responsabilidade frente à confiança despertada no outro contratante.

artigo 413 do Código Civil de 2002,²⁴² ²⁴³ que dispõe sobre a redução da cláusula penal contratual nas hipóteses de cumprimento parcial da obrigação principal e de estipulação de penalidade manifestamente excessiva. Analisando a referida disposição legal, Judith Martins-Costa identifica um duplo significado para o termo equidade, empregado pelo legislador: a equidade-proporção (justa medida ou dever de proporcionalidade) e a equidade-razoabilidade (moderação). A idéia de proporcionalidade traduz-se em um “princípio” implícito que baliza as atividades do legislador e do intérprete ou, em outros termos, um postulado normativo que estrutura e comanda a aplicação de regras e princípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).²⁴⁴ Nesse sentido, o justo proporcional contrapõe-se ao injusto ou àquilo que viola a proporção em termos axiológicos, e não meramente matemáticos.²⁴⁵ Se não é possível adequar a generalização legal à situação fática concreta, em virtude de uma especificidade relevante, irreduzível a tipologias normais, a equidade serve

²⁴² Art. 413. *A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.*

²⁴³ O artigo 413 do atual Código Civil brasileiro tem como correspondente o artigo 924 do Código Civil brasileiro de 1916, hoje revogado (Art. 924. *Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento*). Não obstante, no novo texto legal, a cláusula penal - que antes figurava dentre as modalidades de obrigações, enquanto espécie acessória a reforçar a principal - foi deslocada, topograficamente, para o Título que dispõe sobre o inadimplemento das obrigações, por constituir uma das hipóteses de indenização derivada do inadimplemento (a indenização é apurada, de ofício, pelo juiz (perdas e danos), ou é fixada em lei (juros legais e outros casos), ou, ainda, é prefixada pelas partes (cláusula penal e arras). A cláusula penal pode ser estipulada pelas partes em benefício do credor ou de outrem como sanção pelo não cumprimento (definitivo ou temporário) da prestação principal ou acessória, ou pela inobservância de dever de conduta indiretamente vinculado à prestação ou relativo aos cuidados necessários à pessoa e aos bens da outra parte (dever lateral), a cargo do obrigado. A sua finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, o adimplemento da obrigação (reforçando o vínculo de outra obrigação e estimulando o seu cumprimento, com a ameaça de uma pena), bem como constituir-se uma prévia estimativa das perdas e danos e punição do inadimplente. Com efeito, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de uma cláusula específica ou simplesmente à mora (art. 409 do CC de 2002), ou servir para a prefixação do *quantum* das perdas e danos, devido independentemente de qualquer referência ao prejuízo causado ou da prova deste. As inovações trazidas pelo artigo 413 são: (a) a substituição da expressão “poderá” pela locução “deve ser”, e (b) o alargamento da previsão legal para permitir a intervenção judicial também no caso de desequilíbrio e excessiva oneração desde a origem da estipulação da cláusula penal (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações - parte geral*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469 e 478).

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, A dupla face..., p. 61.

²⁴⁵ Para efeito de redução da cláusula penal (artigo 413, primeira parte, do novo Código Civil brasileiro), o juiz deve observar o critério da proporcionalidade axiológica, e não meramente matemática, avaliando a *importância, maior ou menor, do que foi prestado, à vista do efetivo interesse denotado pela concreta economia contratual, a tipicidade do negócio e a utilidade para o credor da prestação em parte cumprida, bem como da função econômico-social do negócio, consideradas ainda a peculiar racionalidade do agente econômico e a busca de eficiência do sistema que carece de coerência e de previsibilidade*. Em outros termos, a equidade é integrada por elementos axiológicos (p.ex. a utilidade efetiva do adimplemento parcial para o credor) e teleológicos (como a finalidade econômica e social do contrato). Nessa apreciação, têm relevância a racionalidade econômica do contrato, o interesse do sinalagma e as expectativas do credor (utilidade) (MARTINS-COSTA, A dupla face..., p. 62). E, se a cláusula penal já contempla a hipótese de ocorrência de adimplemento parcial, o juiz deverá considerar essa circunstância, tendo em vista que, no momento da estipulação do negócio, as partes anteciparam-se, prevenindo e sancionando (cláusula coercitiva-sancionatória) ou estabelecendo indenização (cláusula de prefixação da indenização) para essa situação (TAVARES, *Redução da cláusula penal...*, p. 78).

como instrumento metodológico para o julgador afastar a aplicação da norma geral, construindo uma norma particular para o caso.

Ao contrário da autorização legal de redução, contida no artigo 413 antes citado, o artigo 412,²⁴⁶ do mesmo diploma legal, impõe um limite para a própria pactuação da cláusula penal, cuja inobservância gera a invalidade de tal estipulação negocial. Ainda que sejam invocadas razões de equidade para justificar a inclusão da norma restritiva no Código Civil brasileiro, a limitação estabelecida, porque genérica, incide em todo e qualquer contrato que a contrarie, independentemente da valoração de aspectos peculiares da relação jurídica *in concreto*, o que não se coaduna com o *modus operandi* da equidade (função corretiva) aqui sustentado.

Se da análise judicial - procedida com base na ponderação dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - resultar o reconhecimento da invalidade de uma lei que comine à determinada infração uma sanção pecuniária tida por confiscatória, o pronunciamento do juiz poderá ser, em tese, aplicado a outros casos similares, seja por força de reiteração jurisprudencial, seja em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, da CRFB).²⁴⁷ Idêntico raciocínio amolda-se à hipótese que decorre da incidência do artigo 412 do Código Civil de 2002, cuja violação gera a invalidade da estipulação contratual, a despeito das circunstâncias do caso concreto.

Em contrapartida, a redução de sanção pecuniária ou cláusula penal motivada por considerações pertinentes exclusivamente à situação fática concreta (p.ex. cumprimento parcial da obrigação legal ou convencional (fato superveniente), natureza e finalidade da prescrição legal ou do negócio jurídico ou outro fator relevante), a solução preconizada pela decisão judicial - que, a rigor, almeja coibir o exercício abusivo da posição de credor, impedindo o enriquecimento injustificado ou uma injustiça contratual pontual - será assistemática e, portanto, não passível de expansão para além do caso. Dentro da margem do que é tolerável em termos genéricos (p.ex. o limite estabelecido no art. 412 do CC de 2002), o que é excessivo em determinadas circunstâncias poderá não sê-lo em outras, de modo que não há como estabelecer um padrão-redutor ou um limite objetivo por lei ou precedente jurisprudencial.

²⁴⁶ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

²⁴⁷ Exemplificativamente: BRASIL, STF, 2ª Turma, RE 523.471 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06/04/2010, DJe 22/04/2010; BRASIL, STF, Pleno, ADI n. 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24/20/2002, DJ 14/02/2003, p. 58, e BRASIL, STF, Pleno, ADI n. 1.075 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/06/1998, DJ 24/11/2006.

1.1.3 Função integradora/supletiva

Uma das funções atribuídas à equidade é a colmatação de lacunas.²⁴⁸

E o que são lacunas?

O ordenamento jurídico como um sistema²⁴⁹ compõe-se de elementos - normativos (as normas em geral) e não-normativos (conceitos, critérios classificatórios, preâmbulos, etc.) - e

²⁴⁸ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o problema das lacunas torna-se uma questão teórica a partir do momento em que há a centralização estatal da produção normativa e desenvolve-se a concepção do ordenamento jurídico como sistema. Envolve, em um primeiro plano, a discussão acerca de sua efetiva existência no ordenamento jurídico e, em segundo, a forma como elas devem ser preenchidas (integração pelo juiz), caso seja admitida a incompletude deste (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 186).

²⁴⁹ O vocábulo *sistema*, de origem grega, traduz a idéia de algo que é construído, uma ordenação internamente conectada (e historicamente situada), com unidade de sentido própria. Designa o agrupamento que tem por fundamento a organização de seus elementos - a *exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade* -, e a unidade - fator que *modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais* (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 12). Para Bobbio, um ordenamento jurídico - como conjunto de normas destinado a regular as relações jurídicas em determinado espaço territorial - assume feição sistemática quando os seus elementos constitutivos encontram-se organizados segundo uma lógica interna específica, mantendo entre si laços imanentes de conexão, interdependência, interação ou solidariedade, e existe a unitariedade das fontes de produção normativa. Em outros termos, constitui uma totalidade unitária, tendencialmente sistemática, com pretensões à completude. A unidade pressupõe uma base assentada em “uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento”. O caráter sistemático implica a existência de uma ordem entre os elementos componentes, pautada pela coerência e compatibilidade de cada um com o todo e entre si. A consistência do sistema é assegurada pela ausência de antinomias insolúveis. E a completude envolve a capacidade do ordenamento jurídico de criar norma para regular qualquer caso concreto. Essa organização (ou totalidade normativa) assenta-se em uma norma-base, com a qual todas as demais podem se relacionar, direta ou indiretamente, assegurando a unidade do todo (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Pólis - Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 35, 71 e 115). Para Kelsen, o princípio que organiza e mantém o conjunto (repertório e estrutura) como um todo homogêneo é a *norma fundamental*. Conquanto a noção de norma fundamental seja intuitivamente simples, a sua caracterização teórica é difícil: ela é uma norma, um ato ou fato de poder, uma norma historicamente positiva ou um princípio lógico que organiza o sistema? Esclarece, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a idéia de “sistema” é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A compreensão dos elementos normativos e não normativos e das relações entre eles de forma sistemática atende às exigências de decidibilidade de conflitos, porque *implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 146-149). Em um modelo fechado, o ordenamento jurídico configura uma unidade imanente, perfeita e acabada, que tende a fechar-se em si mesma e as lacunas (aparentes) são supridas por mera interpretação das normas existentes. É um sistema que *se auto-referencia de modo absoluto*, sendo exclusivo e excludente. Em um modelo aberto, o complexo normativo contém *válvulas de escape* [aberturas] que o ligam com os elementos circundantes (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39-43). Em uma sociedade pluralista, a noção de sistema lógico-formal - sustentada pelos partidários da jurisprudência dos conceitos - não se afigura adequada para exprimir uma unidade interior e a adequação da ordem jurídica positiva, por restringir-se à mera concatenação de todas as proposições jurídicas, de modo a formarem, entre si, um complexo de regras logicamente claro e, em si, logicamente despido de contradições ou lacunas. Do mesmo modo, a idéia de sistema axiomático-dedutivo, calcado na pressuposição de que todas as proposições válidas dentro de um determinado âmbito material são extraídas de axiomas, por meio de dedução lógico-formal, é insuficiente para caracterizar o ordenamento jurídico em sua essência. (...) *a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico. (...) Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por conseqüência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teleologicamente. (...) eventual adequação lógico-*

uma estrutura (regras que definem as relações/conexões entre esses elementos),²⁵⁰ que, organizados, formam um todo coeso e homogêneo, dentro do qual é possível identificar o que é norma jurídica pertinente e válida.²⁵¹

Em sua dinâmica,²⁵² a totalidade normativa comporta *antinomias* - contradições internas (ou inconsistências) derivadas, inclusive, da coexistência de diferentes centros de produção normativa, com atuação relativamente independente, apesar do predomínio da fonte legislativa²⁵³ - e *lacunas* - incompletudes decorrentes da incapacidade desses centros

formal das normas jurídicas singulares não implica unidade de sentido especificamente jurídica de um ordenamento. A exigência de adequação racional dos seus argumentos impõe certa adstrição do ordenamento jurídico às leis da lógica, mas essa vinculação não é condição necessária nem suficiente para a construção de um pensamento jurídico correto, que, quando decisivo, tende a ocorrer fora do âmbito da lógica formal (CANARIS, Pensamento..., p. 29-33). Além disso, a concepção tradicional é incompatível com a idéia de “sobreposição normativa”, derivada da existência de normas pertencentes a diferentes ordenamentos jurídicos, com idênticos campos de incidência. A configuração que melhor se amolda ao mundo globalizado é a de ordenamento jurídico como “conjunto”, por admitir intersecções e tangenciamentos de diferentes sistemas, microsistemas ou ordens jurídicas. No campo jurídico, a única espécie de sistema ainda possível é o sistema “aberto” e, até um certo grau, “móvel” em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que torna clara a “racionalidade intrínseca”, os valores directivos e os princípios do Direito (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 241). Para o alcance dos objetivos deste estudo, é adequada a noção de ordenamento jurídico como um complexo de normas que engendram, em sua dinâmica, uma estrutura pautada pela unidade, coerência e consistência, asseguradas por mecanismos eliminadores de antinomias. Sobre o conceito de ordenamento jurídico, ver: ROMANO, Santi. L'Ordinamento Giuridico. Firenze: Sansoni, 1951.

²⁵⁰ *Elementos normativos e não normativo (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da lex superior (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da lex posterior (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou da lex specialis (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente) (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p. 146).*

²⁵¹ *Do ponto de vista lógico, é impossível existir um sistema normativo-jurídico composto por uma única norma (proibitiva, obrigatória ou permissiva - tripartição deontica do universo da conduta juridicamente regulada, que é mutuamente excludente e conjuntamente exaustiva), porque, dada a constituição relacional da norma jurídica, sempre há pelo menos duas proposições normativas de valores deonticos recíprocos e, por isso, mutuamente implicando-se. Norma que tudo proibisse, ou tudo permitisse, ou tudo obrigasse, iria de encontro ao modo deontico de relacionar condutas no universo-do-Direito. Ao lado da impossibilidade ontológica de normar unilateral e exaustivamente toda conduta possível, está a impossibilidade lógica de estatuir-se um relacional deontico, sem, eo ipso, dar-se a ponência do relacional converso, co-implicado porque complemento necessário do outro (VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005, p. 200-201).*

²⁵² *A expressão sistema dinámico, em contraste com o sistema estático, compreende as normas inseridas em um processo de contínua transformação (promulgação, atuação projetada no tempo, substituição por outras ou perda de atualidade, em virtude de alterações nas situações normadas) (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p. 147).*

²⁵³ *A antinomia existe quando normas opostas pertencem contemporaneamente ao mesmo sistema (p.ex., uma proíbe um certo comportamento e a outra o permite). O nexa entre coerência e completude [ausência de lacunas] está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos “incoerente” um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite (BOBBIO, Teoria ...,*

produtores de abarcarem o universo das situações factíveis, indimensionável para a inteligência humana (ou seja, deficiências oriundas da inaptidão para qualificar normativamente todas as realidades possíveis no mundo fático).²⁵⁴

Em nosso estudo, interessa-nos particularmente o problema das lacunas,²⁵⁵ que correspondem a estados de coisa que não podem ser regulados pelo direito posto.²⁵⁶

O tema é controvertido na doutrina.²⁵⁷

p. 116). (...) o postulado da ausência de contradições só se alcança num sistema de normas e não, também, em um sistema de valores ou de princípios. (...) o sistema, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares não pode, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidas (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 40-41).

²⁵⁴ Para Norberto Bobbio, o dogma da completude (ou seja, a idéia de que o ordenamento jurídico é suficientemente completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução, sem recorrer à equidade) tem origem provável na tradição românica medieval, na época em que o direito romano, enunciado no *Corpus Iuris*, é considerado o direito por excelência, por conter as regras necessárias à resolução de todos os problemas jurídicos (um sistema potencialmente completo). Na modernidade, a onipotência do Estado projeta-se sobre o direito de origem estatal, não sendo reconhecido como tal aquele que emana de fonte diversa. Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. Trata-se de uma exigência de justiça em prol de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica - a certeza. Entretanto, os ataques do direito livre contra a justiça legal tornam insuficiente a velha confiança na sabedoria do legislador, por exigir a demonstração de que a completude é uma característica constitutiva de todo o ordenamento jurídico. O problema da existência de lacunas migra de uma fase dogmática para uma fase crítica, dando origem à teoria da existência do espaço jurídico vazio, a qual se contrapõe às construções de inspiração jusnaturalista (BOBBIO, *Teoria...*, p. 119-121 e 128-136). Destaca, Lourival Villanova, que, sob a égide do Estado de Direito, desenvolve-se a noção de que não é qualquer juridicidade positiva que legitima o poder, mas o Direito de certo conteúdo e produzido segundo certo método: o Direito advindo do poder legislativo, como órgão representante do povo-órgão ou da nação, sem desvio dos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão, direitos e garantias concebidos como preconstitucionais ou supraconstitucionais (...) (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 198-199).

²⁵⁵ Para Lourival Vilanova, o direito positivo é insuficiente para atender a demanda social, seja por excluir porção considerável da realidade fática (ponto de referência), seja por existir um hiato entre o que ele é e o que deveria ser, para ser mais justo. Ressalta que a completude e a consistência (compatibilidade) são propriedades formais de um sistema: a primeira está assentada na lei da não-contradição (se dois enunciados são contraditórios, ambos não podem ser considerados verdadeiros no interior do mesmo sistema); a segunda repousa na lei-de-exclusão-de-terceiro (dois enunciados contraditórios não podem ser ambos falsos dentro do sistema). No ordenamento jurídico, duas proposições deônticas são inconsistentes se contraditórias e construídas pelas regras de construção do sistema. E não de outro (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 195-196 e 198-199). O nexa entre coerência [ausência de contradições] e completude [ausência de lacunas] está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos "incoerente" um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; "incompleto", um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite (BOBBIO, *Teoria...*, p. 116). Na realidade, as questões relativas à consistência (ausência de antinomias) e à completude do ordenamento jurídico estão diretamente relacionadas com a concepção de sistema, de centralização e de monopólio da força pelo Estado e do domínio sistemático da produção normativa. Vinculam-se à moderna teoria das fontes, construída a partir da consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. O seu desenvolvimento teve início no momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado, embora esse reconhecimento não exclua seu aspecto como dado (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 186 e 190).

²⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 187.

²⁵⁷ Há inúmeras teorias sobre o tema: a) as que defendem a existência de lacunas na ordem jurídica; b) as que negam a sua existência, porque tudo o que não é regulado é permitido; c) as que ignoram o problema, com a justificativa de que as lacunas são inconcebíveis, havendo, isto sim, casos dúbios; d) as que reconhecem a existência de lacunas no sistema legislativo, mas não no sistema jurídico em geral. Maria Helena Diniz sustenta

Alguns autores sustentam que a plenitude lógica do ordenamento jurídico é uma ficção doutrinária de cunho pragmático, que permite ao jurista solucionar problemas de decidibilidade com maior segurança;²⁵⁸ outros afirmam que a incompletude normativa constitui uma ficção prática - a ordem jurídica é completa, por exigência lógica de um ideal racional -, que dá ensejo ao poder criador do juiz quando as normas existentes revelam-se insatisfatórias.²⁵⁹ Há, ainda, os que criticam a idéia de completude, aduzindo que conceber o direito positivo como um todo exaustivo da realidade social subjacente implica excluir qualquer outra fonte de direito além daquela de origem estatal, mediante a adoção de uma atitude racionalista, que encara a legislação como um método programado de ação social, e a assunção de uma ideologia conservadora, que amarra o movimento social aos modelos pré-figurados pelo legislador.²⁶⁰

que o problema das lacunas depende de uma consciência da mobilidade e temporalidade do sistema jurídico. Os autores dividem-se em duas principais correntes: os que afirmam a inexistência de lacunas, porque o sistema jurídico, como um todo orgânico, tem aptidão para regular todos os comportamentos humanos; e os que admitem a existência das lacunas, em virtude da impossibilidade de serem previstas todas as situações de fato. A adesão a uma ou outra concepção depende do conceito de sistema adotado: se o sistema jurídico é encarado como um todo ordenado, fechado e completo (ou seja, toda a ação está, deonticamente, nele determinada), que delimita o campo da experiência jurídica, o problema da lacuna não existe, porque há uma norma genérica que prescreve que tudo o que não está juridicamente proibido está permitido (toda e qualquer lacuna é apenas aparente); se o sistema jurídico é concebido como aberto e incompleto, constituindo o direito uma realidade complexa, que envolve diferentes dimensões, a lacuna consiste em um vazio derivado da ausência de uma solução expressa para um determinado caso concreto. A autora não aceita o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico, porque a norma genérica “tudo que não está proibido está permitido” não constitui uma norma jurídico-positiva que confira direitos e obrigações a alguém, sendo, antes, mero enunciado lógico, que se infere da análise do sistema normativo, sem referência ao mundo fático. O direito compreende subsistemas (fático, axiológico e normativo) correlacionados entre si, que o mantêm em constante mutação, acompanhando a dinâmica das relações humanas. Quando há uma incongruência entre esses elementos, surge a lacuna. Esse defeito do sistema pode consistir na falta de uma norma ou na existência de uma disposição legal injusta ou em desuso (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 89-95).

²⁵⁸ François Geny é um deles (*Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*. Madri: Reus, 1925, p. 193, *apud* FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 185-186).

²⁵⁹ Nessa linha, a doutrina de Hans Kelsen (*Reine Rechtslehre*, Viena: Franz Deuticke, 1960, p. 35, *apud* FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 186). Para ele, a questão das lacunas consiste em um problema de jurisdição, uma ficção utilizada pelo legislador, com a finalidade de restringir o poder de interpretação e de integração conferido ao juiz, quando constatada a ausência de norma na ordem jurídica para resolver o caso (ausência que, a seu juízo, resulta de um juízo de valor ético-político subjetivo (norma injusta)). A lacuna como a ausência de norma jurídica geral para um caso particular (concepção tradicional) é impossível, porque a estrutura da norma jurídica consubstancia uma ligação deontica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, de modo que ou o comportamento está vinculado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido (KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 149-151). Sobre o tema, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4 ed revista. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁶⁰ *Dizendo no teor da Sociologia atual: para o racionalismo da ciência dos juristas, o Direito é tão-só social control, que enclausura as relações sociais, e não também fator de social change; é a estática no fluxo do suceder social, ficando um contraforte rígido à mutação; não, porém, componente do processo, lento ou rápido, acelerando até o processo, como instrumento do desenvolvimento* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 199 e 205).

Defensores do positivismo²⁶¹ asseveram que a norma representa uma limitação à livre atuação humana; fora da esfera regulada pelo direito, o homem é livre para fazer o que quiser. Nesse sentido, não existem lacunas (deficiências) no ordenamento jurídico, porque, embora nem tudo do real ingresse no mundo normativo, há uma prévia seleção do que é ou não relevante (ou deonticamente neutro).²⁶² Assim, onde o direito não alcança, mantém-se um espaço jurídico vazio ou juridicamente indiferente.²⁶³

A essa concepção opõe-se o argumento de que a existência do “juridicamente irrelevante” funda-se na falsa premissa de que o jurídico é somente o obrigatório,²⁶⁴ com exclusão da permissão do rol das modalidades normativas admitidas (o obrigatório, o proibido e o permitido), a qual coincide com aquilo que é juridicamente irrelevante. Na realidade, a cada norma particular inclusiva corresponde uma norma geral exclusiva, que abarca todos os casos nela não compreendidos, regulando-os de maneira oposta. Uma norma que disciplina um comportamento *não só limita a regulamentação e, portanto, as conseqüências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos.*²⁶⁵ Nessa perspectiva, a distinção fictícia entre liberdade juridicamente relevante e liberdade juridicamente irrelevante carece de substrato no próprio ordenamento.²⁶⁶

²⁶¹ Um dos defensores dessa concepção foi Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892, e, na Itália, Santi Romano, no ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, de 1925 (BOBBIO, *Teoria...*, p. 128).

²⁶² VILANOVA, *As estruturas...*, p. 203.

²⁶³ A atitude de considerar determinada situação não merecedora de tutela jurídica é repudiada pela proibição de denegação de justiça (proibição de decisão *non liquet*) (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 192-193).

²⁶⁴ Segundo Norberto Bobbio, a teoria de que o direito nunca falta é sustentada pela primeira vez por E. Zitelmann, na obra *As lacunas do Direito (Lücken im Recht)*, 1903), e, posteriormente, por Donato Donati, na obra *O problema das lacunas do ordenamento jurídico* (1910). Na base dessa doutrina está a concepção de sistema normativo como uma totalidade dada, ordenada e acabada, constituindo a lacuna uma imperfeição dessa estrutura (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 187).

²⁶⁵ BOBBIO, *Teoria...*, p. 133.

²⁶⁶ *A primeira impressão de que uma liberdade juridicamente irrelevante não existe nasce do fato de que Romano [Santi Romano], para definir esta liberdade e para distingui-la da liberdade jurídica (considerada como esfera do lícito), chama-a de esfera daquilo que não é nem lícito nem ilícito. Ora, como lícito e ilícito são dois termos contraditórios, não podem excluir-se mutuamente, porque, se não podem ser ambos verdadeiros, não podem também ser ambos falsos. E, portanto, não pode existir uma situação que não seja ao mesmo tempo nem lícita nem ilícita.* Para Norberto Bobbio, a liberdade não-jurídica pode ser definida como uma liberdade não-protégida, ou seja, uma liberdade que não é garantida, por meio de coerção jurídica, contra eventuais violações/impedimentos por parte de terceiros e do próprio Estado. A liberdade protegida é reconhecida no momento em que se impõe a outrem a obrigação jurídica (reforçada pela sanção no caso de descumprimento) de não impedir o exercício. (...) *a esfera da permissão (numa pessoa) está sempre ligada a uma esfera do obrigatório (numa outra pessoa ou em outras pessoas): isso quer dizer que a esfera da permissão jurídica pode sempre ser considerada do ponto de vista da obrigação (isto é, da obrigação dos outros de não impedir o exercício da ação lícita); e que o Direito não permite nunca sem ao mesmo tempo ordenar ou proibir.* Já no âmbito da liberdade não protegida, o uso da força por parte de um terceiro para impedir o seu exercício é lícito. E a licitude do uso da força privada é incompatível com a monopolização da força pelo Estado, mesmo quando este o admite excepcionalmente (...) *ao Estado, quando atribui uma liberdade, não interessa o que eu escolho, mas o*

Em determinados sistemas jurídicos, figura, ao lado das normas particulares inclusivas e da norma geral exclusiva, uma terceira espécie normativa, geral e inclusiva, que determina que, na ausência de regulamentação específica, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos semelhantes para resolver a situação fática concreta.²⁶⁷ Um caso não-regulamentado por norma particular inclusiva pode ser considerado diferente daquele que é regulamentado, ensejando a aplicação da norma geral exclusiva (ou seja, o caso deve ser resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado); o caso não-regulamentado pode ser considerado semelhante ao regulamentado, ensejando a aplicação da norma geral inclusiva (ou seja, o caso deve ser resolvido de maneira idêntica ao que está regulamentado). O fato de permitir duas soluções diversas, igualmente plausíveis, evidencia a existência de lacuna, que consubstancia a falta de critério normativo válido para a definição da norma concretamente aplicável - a norma geral exclusiva ou a norma geral inclusiva.²⁶⁸ A primeira regula todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas de maneira oposta; a segunda regula os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de maneira idêntica.^{269 270}

Associada originalmente à noção tradicional de sistema²⁷¹ - *um todo, composto de partes, ordenado, limitado e, em princípio, capaz de uma completude (satisfatória) que pode ser quebrada (incompletude) pela intersecção do sistema com qualquer outro com o qual tenha limites*, a lacuna apresenta-se como um conceito relacional - uma inadequação em relação a alguma coisa -, cujo gênero (inadequação normativa) comporta várias espécies

que eu posso escolher. Aquilo que ele protege não é a minha escolha, mas o direito de escolher. O fato de que a liberdade não seja protegida não torna essa situação juridicamente irrelevante, porque, no momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, está protegida a liberdade do outro de exercer a força; e, enquanto está protegida, esta é a juridicamente relevante em vez da outra. Não falha a relevância jurídica: simplesmente muda a relação entre o direito e o dever (BOBBIO, Teoria..., p. 130-132).

²⁶⁷ Cite-se, por exemplo, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942), com o seguinte teor: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

²⁶⁸ A norma geral exclusiva implica que aquilo que não está compreendido na norma particular inclusiva deve ter uma disciplina oposta à do caso regulamentado; a norma geral inclusiva prescreve que o caso não-regulamentado deve ser disciplinado do mesmo modo que o caso regulamentado semelhante.

²⁶⁹ BOBBIO, Teoria..., p. 135-136.

²⁷⁰ Maria Helena Diniz observa que, sob o prisma lógico, a norma geral exclusiva (tudo o que não está proibido está permitido) conflita com a norma geral inclusiva (proibição do non liquet), pois, admitida aquela, esta perde o sentido, na medida em que sempre haverá uma norma aplicável, e, admitida esta, aquela deixa de ser aplicável (DINIZ, Lei de Introdução..., p. 100).

²⁷¹ Para a adequada compreensão dessa funcionalidade, é fundamental a apreensão do significado do sistema para a obtenção do direito, na medida em que ele contribui *para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e da unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas (CANARIS, Pensamento sistemático..., p. 283).*

conforme o relacionamento do subsistema prescritivo²⁷² com os demais subsistemas jurídicos. É, portanto, uma incompletude insatisfatória do ordenamento jurídico,²⁷³ concebido como uma totalidade composta por partes, ordenadas por um plano específico.²⁷⁴ A correlação entre o conjunto de normas e o “plano” que o orienta e estrutura confere ao sistema normativo um sentido teleológico e, com ele, uma dinamicidade temporal. A inadequação normativa deriva do relacionamento do subsistema prescritivo (assim entendido o conjunto de avaliações deônticas de certos comportamentos, que, por razões diversas (principalmente certeza e segurança), é estável, condicionando a experiência (delimitação), sem ser por ela condicionado) com os demais subsistemas: o dos valores imanentes e o da realidade empírica tipificada, os quais constituem pontos de referência insuprimíveis.²⁷⁵ É uma falta ou deficiência que não deve ocorrer dentro de um certo limite (ausência de uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global).^{276 277} Em um sistema em que o caso não-regulamentado só pode ser regrado pela norma geral exclusiva (para excluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto), porque inadmitida a extensão analógica, não há lacuna a ser integrada via jurisdicional.

A lacuna não se confunde com a situação em que o legislador, deliberadamente, limita-se a traçar linhas gerais da ação a ser cumprida (diretrizes), reservando ao operador do

²⁷² O subsistema prescritivo consiste em um conjunto de proposições prescritivas (ou avaliações deônticas de certos comportamentos), não necessariamente lógico-formal, que tem *uma referência necessária a um subsistema valorativo imanente e a um subsistema da realidade empírica, que ele incorpora, ao tipificá-lo* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 187 e 189). Sobre o tema, ver nota n. 5 *infra*.

²⁷³ Para Karl Engisch, a lacuna é uma incompletude insatisfatória dentro do todo jurídico, ou seja, é uma insuficiência (falta) que não deveria ocorrer (ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 223).

²⁷⁴ A pluridimensionalidade do objeto do direito e sua eventual lacunosidade ensejam a elaboração de teorias reducionistas, que eliminam dimensões, privilegiando esta ou aquela (sociologismo (Duguit e Ross) e formalismo (Kelsen)), ou propondo soluções ecléticas (bidimensionalismo (Lask)) ou integradoras em busca de uma unidade sintética (tridimensionalismo (Miguel Reale)). Para os que reduzem o direito às normas legisladas, é inafastável a existência de lacunas no ordenamento jurídico, pois a lei não pode prever todas as situações potencialmente factíveis. Houve época, inclusive, em que prevalecia a idéia de que, à míngua de disposição legal expressa, o juiz devia abster-se de julgar (*non liquet*). Atualmente, entende-se que a lacuna na lei não é no sistema jurídico, que fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar os casos concretos. *Se existe norma legal ou costumeira (costume jurídico) aplicável ao caso, a tarefa do juiz é de simples interpretação e aplicação. Não havendo essa norma, a tarefa do juiz é de verdadeira “integração” da ordem jurídica; deve procurar e fixar a norma aplicável ao caso. Para isso deve recorrer a dois elementos: a analogia e os princípios gerais do direito* (MONTORO, *Introdução...*, p. 431).

²⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 188-189.

²⁷⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução...*, p. 135; e MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 194.

²⁷⁷ Embora a teoria jurídica contemple a regra segundo a qual todo ordenamento qualifica como indiferente tudo que não é obrigatório ou proibido, é lícito afirmar que o sistema jurídico não é completo (mas completável), *porque a ordem normativa é também um critério de avaliação deôntica de comportamentos possíveis, sendo assim suscetível de transformações. (...) a completude só ocorre num sistema contraditório e o preço da consistência é a incompletude do sistema. Um sistema formal é incompleto quando, a partir dos axiomas e regras de inferência do sistema, é impossível demonstrar uma proposição passível de formulação no sistema, sendo igualmente impossível demonstrar sua negação* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 189).

direito o delineamento do seu conteúdo mais específico.²⁷⁸ O vazio, cuja integração é intencionalmente confiado ao poder criativo do intérprete/aplicador, reclama solução jurídica fundada em norma específica (e completável via concreção) do próprio sistema.²⁷⁹ Do mesmo modo, não constituem autêntica lacuna a incorreção normativa e o silêncio eloqüente (omissão com significado próprio).²⁸⁰

Como imperfeição que contraria o objetivo de ordenar o sistema, as lacunas comportam inúmeras classificações, dentre as quais destacam-se: a) a autêntica (ocorre quando o ordenamento jurídico não fornece uma resposta ou quando não é possível uma decisão a partir dele - *de lege lata*) e a não-autêntica (ocorre quando o ordenamento jurídico prevê para o fato-tipo uma solução que não é considerada satisfatória, tendo em vista a confrontação do ordenamento jurídico real com um modelo ideal (lacuna ideológica, imprópria ou não autêntica - *de lege ferenda*); b) a intencional (ocorre quando aquele que elabora o plano de ordenação do sistema, conscientemente, deixa em aberto determinada questão, atribuindo a outrem (ao juiz, ao doutrinador) a tarefa de encontrar a norma específica) e a não-intencional (ocorre quando o legislador não percebe a problemática da questão (lacuna de previsão), *seja porque as condições históricas não o permitiam (lacunas desculpáveis), seja porque seu exame do problema não foi suficientemente cuidadoso (lacunas não desculpáveis)*); c) a patente (resulta da falta de uma norma que regule uma situação de fato) e a latente (nasce do caráter amplo da norma, que não faz uma restrição considerada necessária); d) a originária (já existente no momento da elaboração da norma) e a posterior (quando surge posteriormente, em virtude de uma modificação nas situações de fato ou do sistema de valores pertinentes à ordem jurídica),²⁸¹ e e) a da lei (insuficiência

²⁷⁸ Ao discorrer sobre os motivos que lhes dão ensejo, Norberto Bobbio classifica as lacunas em *subjetivas* e *objetivas*. As primeiras são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador; as segundas decorrem do desenvolvimento das relações sociais e outros fatores que importam na desatualização dos textos legislativos. As subjetivas, por sua vez, podem ser voluntárias ou involuntárias: estas envolvem uma falha do legislador (que faz parecer regulamentado um caso que não é ou faz deixar de lado um caso que considera pouco freqüente ou porque as condições históricas não o permitiam); aquelas derivam de decisão sua, quando a matéria é complexa e não pode ser regulada por normas muito detalhadas, confiando a elaboração da norma específica, caso a caso, ao juiz (por exemplo, a norma legislada aponta um fim a ser alcançado, mas atribui ao executor a escolha dos meios aptos a atingi-lo) (BOBBIO, *Teoria...*, p. 144).

²⁷⁹ O ordenamento jurídico contém inúmeras cláusulas gerais que carecem de preenchimento valorativo (p.ex. boa fé, bons costumes, ordem pública, cuidado necessário, exigibilidade, etc.). *Nestas, a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos* (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 44).

²⁸⁰ Se um dispositivo legal enumera, taxativamente, causas determinantes de uma incapacidade, o silêncio em relação a outras significa que ninguém pode ser considerado incapaz com base em causas não discriminadas naquela norma.

²⁸¹ *Nessa classificação, o conceito de “lacuna” emerge claramente da correlação de diferentes sistemas, estando aí subtendida a concepção do ordenamento, como abarcando um subsistema de prescrições, um subsistema dos valores e um subsistema da realidade social tipificada. A lacuna ocorre quando se dá uma*

verificável nos planos normativo propriamente dito e da teleologia imanente às normas) e a do direito (insuficiência verificável no plano dos princípios e valores jurídicos gerais).²⁸²

Dentre essas concepções, qual é a mais consentânea com a nossa realidade normativa?

O conceito de lacuna ideológica, imprópria ou não autêntica, não se mostra relevante para os propósitos deste estudo, que está voltado para a atuação integrativa do juiz, e não para a do legislador. A análise sobre a função integrativa da equidade pressupõe a noção de lacuna real, própria ou autêntica, relacionada à idéia de completude sintática e semântica do ordenamento jurídico.

Em uma perspectiva lógica, a completude sintática é aferida pela observância do sistema formal em si, sem qualquer cotejo com outro sistema-de-referência, e satisfaz-se pela constatação de que, existindo duas proposições contraditórias, somente uma delas é válida. Em outros termos, o ordenamento é completo quando duas proposições deônticas, elaboradas em conformidade com suas normas de construção, sendo contraditórias, não são ambas válidas no sistema. A completude semântica - de natureza jurídica e ontológica - decorre de uma posição do sistema em face de um modelo não-ideal (a realidade social) - o termo-de-referência normativo -, e caracteriza-se pela existência de uma proposição normativa para qualquer conduta.

O ordenamento jurídico mantém relação de pertinência com os valores que lhe são imanentes e a realidade²⁸³ que lhe serve de modelo²⁸⁴ e substrato para aplicação. Nesse sentido, se tomado como termo-de-referência o mundo real (natural), o direito positivo é

incongruência de natureza temporal que rompe certa harmonia isomórfica que preside, por suposição, a relação entre as estruturas dos diferentes subsistemas. Para que uma lacuna seja constatada, é necessário que a ordem jurídica exija a regra que falta, situação diversa daquela em que o legislador, intencionalmente, deixa uma questão em aberto (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 188).

²⁸² Ao discorrer sobre as lacunas de direito, João Baptista Machado observa que, nesse nível, não se opera apenas com critérios diretamente deduzíveis de uma teleologia imanente às normas jurídicas, porquanto necessário recorrer a valorações extralegais (embora não extrajurídicas). *Todavia só será lícito passar ao desenvolvimento extralegal (ultra legem) do direito quando, reconhecida a existência de uma verdadeira “questão jurídica”, esta não possa, nem no plano da interpretação, nem no plano da explicitação[sic] da lei a partir da sua teleologia imanente, ser resolvida de forma a dar satisfação a necessidades irrecusáveis do comércio jurídico, a exigências imperativas da praticabilidade do Direito, da “natureza” da instituição jurídica ou dos princípios ético-jurídicos que foram o substrato do ordenamento. Sempre que seja possível resolver um problema dentro de quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorrecto recorrer a quadros de pensamento de contornos mais fluidos* (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 195-199).

²⁸³ A relação entre o sistema e a realidade é de natureza semântica, diferentemente da relação entre os símbolos do sistema, que é sintática. Do ponto de vista sociológico, o direito positivo é incompleto, por estar aquém do seu ponto de referência factual (há uma larga porção da realidade social excedente ao sistema racionalizado de proposições normativas) e deontológico (existe um hiato entre o que ele é e o que deveria ser para ser mais justo) (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 196 e 198).

²⁸⁴ *Modelo é o dado-da-experiência, mediante o qual interpreto as fórmulas do sistema formal: em outros termos, os dados concretos com os quais substituo as variáveis lógicas com constantes fácticas. Assim, em lugar de falar, na linguagem formal, em “O (p)”, enuncio uma norma jurídica com significação concreta e de caráter obrigatório* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 196).

inexoravelmente incompleto, porque há fatos da natureza que não estão normativamente qualificados; se adotado como parâmetro o homem enquanto sujeito que se projeta em conduta (fato relacional de sentido, de sujeito para sujeito), é completável, porque tem a potencialidade de abranger qualquer conduta possível como decorrência de sua natureza deontológica, de sua estrutura lógica e ontológica.²⁸⁵ O fechamento - cuja hipótese-limite é a norma fundamental - exprime a continuidade normativa em um contexto de diferentes e sucessivos níveis de proposições deônticas, sem dissociar-se do processo de auto-produção normativa dos fatos sociais.²⁸⁶

A lacuna pode ser contemporânea à construção do ordenamento jurídico (lacuna originária) ou surgir posteriormente, em virtude de modificação nas situações de fato ou dos valores reconhecidos, da qual resulta uma incongruência entre as estruturas dos diferentes subsistemas que o compõem. O sistema jamais será completo, porque, na condição de critério de avaliação deôntica de comportamentos possíveis, a ordem normativa é suscetível de transformações.²⁸⁷

Do ponto de vista semântico, a completude do ordenamento jurídico perfectibiliza-se quando, considerado em relação ao universo das condutas humanas, delimitado no tempo e no espaço, todas as ocorrências podem enquadrar-se em uma das três modalidades deônticas por ele admitidas: permissão, proibição e obrigação.²⁸⁸ A conduta que não estiver proibida, nem for obrigatória, é permitida. Essa permissão é relacional (se se permite a um indivíduo, obriga-se o outro a uma conduta que possibilite o exercício da conduta permitida àquele), independentemente da fonte formal²⁸⁹ que a qualifique (legislação, costume, jurisprudência ou

²⁸⁵ *O universo-da-conduta, que é ocorrência tempo-espacial, está, face a um sistema de normas, com seu âmbito-de-validade temporal e espacial, suficientemente repartido em conduta obrigatória, em conduta proibida ou vedada e em conduta permitida (na dúplici modalidade da permissão unilateral e da permissão bilateral: na primeira, só fazer; ou só omitir; na segunda, permissão de fazer e omitir* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 204-205).

²⁸⁶ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 226.

²⁸⁷ As lacunas surgem em função da pluridimensionalidade do próprio direito, que, inclusive, *leva alguns a procurar soluções reducionistas, eliminando dimensões e privilegiando esta ou aquela, como sucede com os chamados sociologismos jurídicos (Duguit, Ross), ou com os formalismos à moda kelseniana, levando outros a buscar soluções ecléticas de consideração do direito sob critérios diferentes, mas justapostos (como o bidimensionalismo de Lask (...)) ou soluções integradoras, em que se procura a unidade sintética da diversidade dimensional (como o tridimensionalismo de Miguel Reale)* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p.189).

²⁸⁸ A consistência está relacionada à impossibilidade de normas contraditórias serem ambas válidas em um mesmo sistema. Em geral, os ordenamentos jurídicos positivos contêm contradições normativas que são solucionadas (ou não) por normas próprias (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 214). Sobre o tema, ver nota n. 249 *supra*.

²⁸⁹ As fontes jurídicas podem ser: *substanciais* (concepção fundada na idéia de direito como um dado da realidade) - elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos), históricos (representados pela conduta humana no tempo), racionais (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais) ou ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuladas em postulados valorativos de seus interesses) que casualmente originam e influem no processo de

norma proveniente de fonte situada fora do sistema, que a acolhe, convalidando-a como fonte formal sua (p.ex. tratado internacional, lei, costume ou decisão judicial oriunda de outro sistema estatal).²⁹⁰ ²⁹¹ Nem sempre a mera permissão de fazer ou não-fazer satisfaz às exigências da vida social, porque, a despeito de ela corresponder à obrigação de outrem de não impedir, por vezes esta não constitui fato gerador de conseqüências normativas, reclamadas pela realidade fática.²⁹² Não só o quadro esquemático da proposição normativa é insuficiente para abarcar tudo que é faticamente possível, como também a operação conceitual

produção normativa - ou *formais* (concepção que corresponde ao direito construído) - os modos de formação das normas jurídicas. A distinção permite a classificação sistematizada dos centros produtores do direito, porém dificulta a concepção do ordenamento jurídico como uma unidade. A discussão teórica das fontes envolve os problemas de legitimação e de fundamentação justificadora da ordem, induzindo parte da doutrina ora a reduzir a relevância do papel das fontes formais, limitando-as à mera revelação do direito, cuja fonte autêntica é a material, ora a minimizar a importância das fontes substanciais, que, sem o aspecto formal, não pode ser reconhecido como tal. Com o desenvolvimento das teorias do Direito Público no século XIX (Duguit, Jèse, Bonard), é formulada uma concepção sistemática que permite uma unidade teórica. O conceito de ato jurídico como ato autorizado, conforme normas de competência, permite um modelo hierárquico do ordenamento (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 191). Inobstante, merece destaque a ponderação feita por João Baptista Machado quanto à impossibilidade de a validade da norma jurídica fundar-se no fato (decisão) mediante o qual ela se positiva. Há fontes de direito que não são positivadas, nem poderia sê-lo, por sua natureza; o legislador é limitado por princípios fundamentais de direito que estão fora do seu alcance, os quais predefinem o sentido possível das normas que ele põe e delimitam a sua liberdade conformadora, e esses princípios (p.ex. o princípio regulativo da legitimidade democrática), *sedimentados na esfera da cultura humana ao longo da história, se tem de fazer remontar, ainda que através de mediações várias, o fundamento último da validade das normas jurídicas*. Na relação entre direito e poder político, observa-se que o primeiro vincula o poder do Estado, mas, sendo ele norma socialmente contextualizada e condicionada, pressupõe a positivação de certos conteúdos variáveis, que se traduz em uma decisão política. Logo, *o direito nunca está por inteiro na livre disponibilidade do poder político, não depende da vontade arbitrária da própria maioria democrática; antes lhe é inerente um núcleo irreduzível de autonomia e independência ante aquele poder* - os princípios jurídicos fundamentais que decorrem da própria idéia de direito. A ação política, consubstanciada na positivação, tem que se justificar perante os postulados jurídicos, vale dizer, escolher e decidir em conformidade com o que é admissível no contexto das exigências fundamentais e irrenunciáveis de todo e qualquer direito (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 155-157).

²⁹⁰ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 227.

²⁹¹ O fazer ou não fazer ora encontra-se previsto em tipos previamente definidos pelo ordenamento jurídico, ora figura como liberdade jurídica ou permissão ao sujeito para optar por vários conteúdos dentro da órbita dos valores tutelados por aquele. Essa área reservada como possibilidade normativa de fazer ou omitir tudo o que não está proibido, nem é obrigatório, é um espaço juridicamente qualificado, pois não se trata de mera possibilidade factual de agir juridicamente irrelevante (segmento indiferente à dualidade exaustiva da licitude e da ilicitude). O juiz, ao deliberar sobre determinada ação ou omissão, deve declarar que, se não está proibida nem é obrigatória, está permitida. *E não há conduta permitida sem ser relacional, como toda conduta. Se é relacional, se é intersubjetiva, há sempre a possibilidade fática de o sujeito a quem se permite ser impedido face a outro sujeito de realizar a conduta permitida*. Nesse caso, a permissão não pode estar regrada por norma não jurídica (anomia), constituindo mera possibilidade factual de agir, porque o ordenamento não é indiferente à forma relacional (intersubjetiva) de conduta. Se é permitido fazer ou omitir o que não é proibido nem ordenado, a norma jurídica existe para conceder tal permissão como direito, impondo aos demais sujeitos o dever jurídico que não impedir a conduta. *Quando se diz que o que não está proibido, nem está obrigatório, está permitido, a zona restante do permitido abrange essa área do permitido dentro dos tipos normativos e o permitido como liberdade de fazer ou omitir, isto é, permissivo digamos multilateral. O permissivo é multilateral quanto aos possíveis conteúdos da conduta, mas bilateral porque reduz-se à dual possibilidade de fazer ou de omitir (...)* Abrange o conjunto de condutas às quais livremente se faculta quer a ação, quer a omissão. Podemos entender também por liberdade jurídica a faculdade de optar entre o exercício e o não-exercício de um direito subjetivo (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 212-214).

²⁹² VILANOVA, *As estruturas...*, p. 201-202.

normativa (tipificadora e abstrata) é simplificadora da multiplicidade intensiva e extensiva do real, contendo, o sistema deôntico do direito positivo - *sistema que tanto se abre para abranger a realidade, como depois, encerra-se no interior de si mesmo, construindo normas novas segundo sua dialética interna (segundo as regras de construção que representam a sintaxe do sistema)*²⁹³ -, uma finitude lógica.

Em sendo a completude sintática e semântica uma propriedade relativa à dinâmica (e não à estática) do sistema, a completabilidade traduz-se na possibilidade de haver uma norma jurídica para cada fato natural ou conduta relevante, de estrutura relacional, que reclama a indicação do que é proibido, obrigatório ou permitido. Não corresponde à perfeição (conotação axiológica) ou à imodificabilidade do sistema, nem à existência de previsão normativa genérica (tipificada na hipótese ou na tese das normas) para todos os casos concretos, porque nem sempre o ato jurisdicional encontra no sistema (ordenamento jurídico positivo) a norma (específica ou geral) em que o fato individual se amolda como fato espécie. Em determinadas circunstâncias, para elaborar o dever-ser concreto, a decisão judicial é integrativa.

O direito positivo é incapaz de abranger a multiplicidade quantitativa e qualitativa que a realidade social comporta (atualmente ou em momento historicamente superveniente),²⁹⁴

²⁹³ *Fato da natureza ou fato de conduta entram se há pressupostos ou fatos que os recolham, e entram na medida em que o sistema o estabelece. O tipo, que está na hipótese, é o conjunto de fatos que satisfazem a predicação, isto é, a conotação seletivamente construída. Por isso, o fato jurídico pode ou não coincidir com o suporte fáctico total.* “O fato natural insere-se tão-só na hipótese. O fato de conduta, este, justamente porque vai ser modelado deonticamente, pode estar na hipótese e só ele está na tese ou consequência da proposição normativa do Direito. Se entra para compor o fato jurídico, delineado na hipótese da proposição, é recolhido descritivamente. A hipótese de um descritor, ainda que o dado ou conteúdo da descrição seja fato já normativamente modelado. “Se o vendedor aliena coisa com vício oculto...” nesta hipótese, descreve-se algo que é prescritivo, porção do mundo jurídico. Por sua vez, em lugar de hipótese descritiva, toma o posto de prescritor: se alguém aliena coisa sua mediante a contraprestação do preço, deve ter a qualificação de vendedor. O tópico sintático (do descritor ou do prescritor) é relativo (o que é hipótese em uma proposição é tese noutra), e os elos da cadeia de proposições normativas vão se constituindo até a norma dita fundamental ou constitucional (que não mais pode ocupar o lugar de pressuposto de ulterior proposição normativa) (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 202-203).

²⁹⁴ (...) *o universo-da-conduta humana é série interligada de ações e omissões no contexto do espaço físico e do espaço social: é uma série quantitativamente indeterminável e qualitativamente inexaustiva. Há multiplicidade extensiva e intensiva no mundo social da conduta.* “Partindo disso, compreende-se que nem tudo desse universo poderá estar como termo-de-referência do sistema normativo. Agora, se na conduta fizermos corte abstrato entre o que é conteúdo da conduta e o que é forma, isto é, o modo de inter-relacionamento de uns homens com outros homens, corte operado sistematicamente e com inexcedível agudeza por um Simmel (com fim metodológico de conferir suporte autônomo à Sociologia), compreenderemos melhor que sentido tem dizer que o sistema de proposições normativas de um dado Direito positivo nunca alcança abranger a multiplicidade quantitativa e qualitativa da realidade social. O Direito positivo, dos possíveis conteúdos (fatos, fins, valores), seleciona somente alguns, isto mesmo segundo o processo tipificador (que não é característica apenas do Direito penal ou do Direito tributário, onde se requer mais certeza e precisão nos tipos). Os conteúdos, sem os quais a conduta, como forma de interação, inexistiria, são incontáveis e mutáveis. O fluxo do acontecer histórico elimina uns e acrescenta outros, com escassa ou às vezes nenhuma margem de previsibilidade. Mas o Direito é posto para responder a um estado-de-coisas e, muitas vezes, já fica inadequado. Sociologicamente, o

mas ele é completável, por recursos normativos próprios, ou permeável *aos fins tipificados que enchem de concreção as formas de conduta*.²⁹⁵ Ao emitir normas, o legislador age de modo contextualmente situado e limitado. O fim ou motivação individual realiza-se por meio de tipos objetivados e impessoais;²⁹⁶ a vida social irrompe, inovando, reformando ou transformando os modelos criados na legislação. Às vezes, a vontade estatal proíbe explicitamente alguns tipos não legais; às vezes, simplesmente omite-se, dando ensejo ao surgimento de outras modalidades de vinculação juridicamente relevante. A maior ou menor rigidez da tipologia legal depende do sistema jurídico.²⁹⁷

Além de integrarem o ordenamento jurídico proposições normativas gerais (que estabelecem o denominador comum, ao qual a concreção dos casos acresce outros aspectos)²⁹⁸ e proposições normativas individuais, o direito como um todo não existe estaticamente no texto ou contexto escrito, mas no plano da concreção. *A realização do Direito, como proposição geral, é sua individualização, que enriquece o núcleo conotativo do abstrato com os componentes do concreto*.²⁹⁹ Mesmo nos casos em que o legislador prevê uma norma geral, a sua aplicação - contenciosa ou não - é uma individualização (preenchimento do esquema abstrato da norma geral com dados da realidade fática), constituindo o ato judicial (de concreção) continuação do processo de produção normativa.³⁰⁰ A própria definição do círculo de semelhança que autoriza determinada analogia não se obtém por mero raciocínio lógico,

ritmo da mudança é mais acelerado em outros subsistemas sociais que no subsistema Direito (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 197).

²⁹⁵ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 197.

²⁹⁶ Kelsen afirma que a essência do direito não reside nos fins (ou seja, nos conteúdos religiosos, morais, estéticos, políticos), e sim nos meios para alcançá-los, neles compreendidas as formas de relacionamento entre os indivíduos (ou condutas como modos de interferência subjetiva). O direito não elimina os conteúdos finalísticos, mas tipifica-os. *O Direito tipifica os conteúdos das condutas, como tipifica as condutas mesmas. Insere aqueles e estas nas modalidades deônticas do obrigatório, do proibido e do permitido, repartindo-as com o sinal positivo da licitude e com o sinal negativo da ilicitude* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 198).

²⁹⁷ *A proposição normativa mais geral e abstrata, ainda que de conteúdo especificado, comporta-se como forma lógica cuja variável está quantificada universalmente a fim de que dela, por substituição, se tirem as incontáveis proposições individuais normativas, estas, sim, recobrando (ainda que não exaustivamente) a concreção dos casos da vida, a individuação que é característica do existencial* (R. Schreiber, *Logik des Rechts*, págs. 71-72) (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 207).

²⁹⁸ Se o ordenamento jurídico fosse composto exclusivamente por proposições genéricas, mediante conjuntos ou classes dentro dos quais os casos concretos situar-se-iam pela relação de pertencibilidade, bastaria a inferência dedutiva para extrair do geral a solução para o particular. E se o caso concreto não se enquadrasse inteiramente na norma geral, por conter algo imprevisível, o juiz, que não poderia se furtar de julgá-lo, criaria a norma individual fundada em algum tipo de argumento ou aplicaria um princípio geral implícito no sistema para construir a norma individual (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 215).

²⁹⁹ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 216.

³⁰⁰ *Tão-só em aparência o ordenamento é algo já feito e conclusivo; é, porém, algo se fazendo: as normas gerais não são completas, mas estruturas cujos quadros normativos vão-se completando, com outras normas integradoras (a Constituição com as leis, as leis com os regulamentos), entre as quais (normas integradoras ou completantes) se acham as normas individuais do ato sentencial* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 219).

sendo viabilizada por critérios teleológicos.³⁰¹ Ao inovar algo, quando aplica norma geral preexistente, ou criar a norma individual para o caso concreto, sem arrimo em norma geral prévia, mas com amparo em autorização legal (norma geral adjetiva e norma-de-competência), o juiz lida com uma totalidade em movimento, de rigor, incompleta, mas completável.³⁰²

Afastada a idéia de completude confiada exclusivamente à norma geral exclusiva, há, entre os casos inclusos expressamente e os casos excluídos, em cada ordenamento, uma zona intermediária de casos não-regulamentados *potencialmente colocáveis na esfera de influência dos casos expressamente regulamentados*³⁰³ e os meios aptos a penetrar nessa zona intermediária para resolvê-los.³⁰⁴

Nos sistemas jurídicos complexos, o pluralismo de fontes materiais (origem efetiva da norma) converge para a unicidade da fonte formal - o Estado como centro de irradiação normativa -, do qual as normas recebem a convalidação e a exigibilidade coercitiva necessárias para integrá-los. A existência de uma multiplicidade de normas, com pontos referenciais distintos e conteúdos conflitantes em um mesmo espaço de incidência, inviabiliza a estruturação de um sistema unitário e a própria Ciência do Direito.³⁰⁵ Não é por outra razão que, metodologicamente, o ordenamento jurídico é, para fins de aplicação do direito, um conjunto de proposições deonticas que, inter-relacionadas entre si, abarcam uma proporção da realidade físico-social,³⁰⁶ compondo um todo tendencialmente sistemático. Dada sua natureza valorativa, por derivação da noção de justiça, compreende uma ordenação teleológica ou axiológica, não no sentido de simples conexão de meios aos fins, mas de realização de fins e valores.³⁰⁷

³⁰¹ CANARIS, *Pensamento...*, p. 36.

³⁰² VILANOVA, *As estruturas...*, p. 219.

³⁰³ BOBBIO, *Teoria...*, p. 146.

³⁰⁴ Dada a natureza heterônoma (e não autônoma) do direito, a permissão de uma determinada conduta a um sujeito corresponde a uma proibição de turbação do exercício lícito daquela a outro, daí não se extraindo a idéia de que a relação intersubjetiva, por si mesma, seja jurídica, independentemente de norma qualificadora, pois trata-se de mera possibilidade no dado de fato ante a norma. *Um universo-de-conduta, dado no tempo e no espaço, historicamente concreto, busca conceptualmente no sistema de proposições jurídicas a sua previsão normativa* (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 220).

³⁰⁵ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 208.

³⁰⁶ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 209.

³⁰⁷ A utilização do conceito de sistema no contexto jurídico constitui uma tentativa de traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 66-67).

Embora a completabilidade do sistema³⁰⁸ (ou a possibilidade de supressão de lacunas) possa ser analisada sob vários ângulos (sociológico, político, filosófico e dogmático), é relevante, para os objetivos deste trabalho, a perspectiva dogmática.

No plano jurídico, o preenchimento de lacunas normativas realiza-se, via de regra, pela aplicação de métodos de heterointegração (seja pelo reenvio a outros ordenamentos jurídicos, anteriores ou vigentes, seja pelo recurso a fontes de produção normativa diversas da dominante (p.ex. costume e jurisprudência)) ou de autointegração (seja pelo uso da analogia, seja pela aplicação de princípios gerais de direito no âmbito do mesmo ordenamento jurídico).³⁰⁹ Apenas excepcionalmente, recorre-se a fontes materiais (dados metajurídicos) que extrapolam ou se situam fora do sistema normativo, porque predominante no direito contemporâneo os princípios da legalidade³¹⁰ e da igualdade.

Nem sempre a não explicitação ou o não detalhamento de certas circunstâncias no enunciado normativo decorre de uma indeterminação involuntária, erro ou omissão do legislador, que, conscientemente, reserva tal mister ao prudente arbítrio do juiz, dada a dificuldade de abarcar a totalidade da realidade humana em marcos normativos ou ordem coerente de previsões lógicas.³¹¹ Em tais casos, o próprio ordenamento jurídico habilita o juiz

³⁰⁸ (...) “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna (BOBBIO, *Teoria...*, p. 115).

³⁰⁹ Diante de um caso concreto, tanto a integração como a interpretação podem exigir procedimentos metodológicos complexos, com o recurso a inferências analógicas e a princípios e valores jurídicos gerais. Para delimitar os planos da estrita aplicação do direito *secundum legem* (interpretação) e da indagação e aplicação do direito *praeter legem* (integração), a doutrina indica dois critérios. Para uns autores, a indagação do direito *praeter legem* inicia-se no extremo limite que separa a interpretação extensiva (da norma jurídica) da aplicação analógica (da mesma norma). A primeira limitar-se-ia a estender a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito; ao passo que a segunda leva a aplicação a norma mesmo a situações que já nem sequer são abrangíveis no seu “espírito”. Para outros, entra-se no domínio da indagação e aplicação do Direito *praeter legem* logo que a situação a regular não seja susceptível de ser abrangida por qualquer interpretação da norma com uma correspondência, ainda que mínima, no enunciado ou fórmula verbal da mesma norma (teoria da alusão) (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 193).

³¹⁰ A justiça - como valor que permeia todo o ordenamento jurídico - é, por natureza, de caráter geral, porque obrigatória para todos. Nesse sentido, o direito positivo prefigura o que se revela justo na coletividade.

³¹¹ Ao discorrer sobre a ampla reforma implementada em 1968 no Código Civil argentino (Lei nº 17.711), Jorge Mosset Iturraspe destaca que um dos seus *leit motiv* é o recurso à equidade. Saliencia que a decisão de equidade permite a exclusão do caso das normas gerais, o desprendimento da aplicação estrita da norma que resulta em notória injustiça, a valoração de circunstâncias singulares, a apelação a circunstâncias, sem explicitação ou detalhamento, ou, ainda, a explicitação de circunstâncias que devem ser atendidas (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 57-58).

a construir a norma individual dentro de molduras previamente delimitadas.³¹² A semelhança que permite o recurso à analogia não constitui mero dado factual, mas dado factual juridicamente qualificado via processual, grau alcançado pelo núcleo generalizável da norma individual (da sentença), por força do próprio ordenamento.³¹³ A integração dos dados normativos não é coordenada por leis meramente lógicas, existindo, no interior do ordenamento jurídico, normas - de caráter cogente - que pautam o relacionamento entre elas e o emprego da inferência por analogia, do argumento a *contrario sensu*, dentre outros recursos. O juiz tem o dever jurídico, e não apenas moral, de julgar qualquer caso, ainda que para declará-lo sem correspondente norma positiva que imponha uma conduta obrigatória ou proibição. Logo, esse juízo é de natureza jurídica (e não ajurídico ou extrajurídico).

Não obstante, há casos excepcionais em que, diante da insuficiência dos métodos ordinários de integração, o juiz deve valer-se da equidade - que implica a valorização de aspectos relevantes da situação fática (elementos metajurídicos) - para construir a solução jurídica em concreto. A completude é algo mais do que uma exigência nos ordenamentos jurídicos que consagram o dever do juiz de julgar todas as controvérsias que se lhe apresentam, com base em uma norma pertencente ao sistema.³¹⁴ Se inexistir o dever de julgar todos os casos, o juiz poderá nada decidir, por entender o litígio juridicamente irrelevante; se não houver a obrigatoriedade de invocar uma norma do próprio sistema, na falta de um dispositivo legal ou de norma dedutível, ele poderá julgar segundo a equidade.

³¹² Há quem sustente que, em matéria indenizatória, a equidade exerce uma dupla função: a) faculta a imposição judicial do dever de reparar o dano causado por ato involuntário a quem, por tal razão, não se encontra legalmente obrigado a tanto, e b) atenuar a reparação, de regra plena ou integral (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 54). O direito positivo também pode conter norma geral (expressa ou implícita) que confere ao juiz o poder de criar norma com validade *erga omnes* (por exemplo, o direito trabalhista brasileiro). Em qualquer caso, o ato jurisdicional é ato de realização do direito pela individualização da lei.

³¹³ *Se a concreção do fato não encontra norma genérica em que se aloje, nem por isso o órgão jurisdicional deixa de julgar, isto é, de emitir o dever-ser para a situação individual, ou julgar arbitrariamente, sem norma fundante da decisão. O órgão judicante ou julga com base em regra geral, criando norma individual dentro do quadro da regra geral, ou julga - se tem o dever jurídico de julgar - sem regra geral prévia. Mas cria, ele próprio, essa norma geral que fundamenta sua sentença. Se o Direito regra a sua própria produção de normas, através de outras normas - normas procedimentais e de fundo - o órgão judicante participa dessa produção normativa. E o faz mediante norma do sistema. (...) O juiz, criando a norma individual para o caso, sem norma geral de conteúdo especificado para o caso *sub judice*, é o próprio ordenamento auto-integrando-se (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 217-218).*

³¹⁴ O Código Civil francês estabelece em seu artigo 4º que *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* (em tradução livre: O juiz que se recusar a julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça.). O Código de Processo Civil italiano, em seu artigo 113, prescreve que *Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità* (em tradução livre: Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”).

As regras estruturais do ordenamento disciplinam o ingresso de uma norma no seu subsistema prescritivo, dentro do qual obtém o seu reconhecimento jurídico.³¹⁵ A noção de fonte como modo de formação das normas jurídicas mostra-se apropriada ao direito legislado (monopólio estatal), cuja importância é crescente desde o século XIX.³¹⁶ Contudo, em relação ao costume, às regras da razão ou aos princípios éticos, existe o problema da identificação do direito para uma razoavelmente segura e certa aplicação. Em razão disso, *a noção de fonte*

³¹⁵ Uma norma revestida do caráter de lei é um elemento normativo do sistema do ordenamento jurídico e, como tal, se lhe reconhece eficácia normativa. *Quando, porém, dizemos que a lei é fonte do direito, tomamos a palavra “lei” no sentido de regra estrutural, isto é, de regra que institucionaliza a entrada de uma norma no sistema, dentro do qual está será reconhecida como legal ou lei no sentido estrito. A doutrina das fontes, nesses termos, ao consagrar a “lei” (ou a legislação, de modo geral) como fonte, está-se valendo (e até consagrando) uma regra de input que diz aproximadamente o seguinte: toda norma que se reveste do caráter de “lei” (fonte) deve ser considerada como pertencente ao ordenamento na forma de norma legal ou lei stricto sensu. O mesmo ocorre em relação às demais fontes (costume, jurisprudência, negócio jurídico) (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 193). Nesse ponto, é interessante destacar o conceito de regra de reconhecimento, elaborado por Hebert Hart (1907-1992), que, em certa medida, inspira a idéia da existência de pressupostos para a (re) sistematização de elementos metajurídicos no ordenamento normativo. Para o jusfilósofo, todo e qualquer ordenamento jurídico deve conter normas secundárias (que conferem poderes ou referem-se a outras normas). Um sistema formado exclusivamente por normas primárias (prescritivas de condutas) padece de uma insuficiência intrínseca para alcançar um nível de controle social, que impeça a imposição do direito por uma minoria, e estimula a transgressão de suas normas, por parte de quem não sinta o temor da aplicação da sanção (“pressão social difusa”). Além disso, dá ensejo a dúvidas acerca de quais as normas que efetivamente pertencem ao sistema, se elas estão ou não em vigor e em que medida entram em vigor, por ausência de uma referência a um texto legal dotado de autoridade suprema ou a um funcionário cujas declarações sejam suficientes para a definição da validade das normas. Para afastar a incerteza do sistema de regras primárias, é necessária a existência de uma regra de reconhecimento, que contenha critério ou critérios que apontem as normas a serem respeitadas pela pressão social que exercem. Essa pressão social traduz-se tanto na convicção de obediência (do ponto de vista interno) como na identificação da autoridade de um indivíduo ou órgão que imponha a sua obediência (do ponto de vista externo). Com efeito, a regra de reconhecimento funciona como padrão de validade de outras regras - de obrigação, de alteração ou câmbio (que outorga poderes aos indivíduos para criarem novas regras primárias) e de julgamento ou adjudicação (que atribui poderes aos indivíduos para proferirem decisões dotadas de autoridade) -, conferindo unidade e validade às normas que prescrevem deveres e reconhecem direitos como tais integrantes do sistema jurídico. Ela *está intimamente associada às demais normas secundárias, na medida em que tanto a introdução de normas no sistema como o exercício da jurisdição são aspectos do ordenamento jurídico que necessitam do reconhecimento da sua normatividade, ou seja, do preenchimento das condições da sua validade, da sua aptidão para se inserir no mundo do Direito* (AGUIAR, O denominado Positivismo..., p. 12-14). A esse posicionamento a doutrina contemporânea não poupa críticas, sobretudo porque, ao apontar como jurídicas as regras produzidas pelo Estado, o direito fecha-se sobre si mesmo, excluindo a possibilidade de ser identificado por elementos fáticos ou valorativos. Sobre o tema, ver BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2 ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 106-123.*

³¹⁶ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a equidade situa-se entre as fontes de direito de baixo grau de objetividade, ao lado das fontes negociais e da razão jurídica (doutrina, analogia e princípios gerais de direito). Discorrendo sobre o tema, salienta que o papel normativo da autonomia privada (fonte negocial) é amplamente reconhecido nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, não se incluindo, nessa categoria, os negócios jurídicos *secundum legem*, cuja força normativa deriva da lei, nem os negócios jurídicos *contra legem*, desprovidos de poder vinculante. Os negócios jurídicos *praeter legem* constituem verdadeira fonte normativa, que, no vazio da lei, inova e estabelece normas individuais vinculantes para as partes. Já a doutrina (*communis opinio doctorum* ou posições doutrinárias dominantes) não ostenta *status* de fonte no sistema romanístico, embora influa na interpretação do direito. *Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de standards jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de avaliações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos (...). Os standards não são normas, são fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos, mas sem a força de fonte de direito* (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 212).

*apóia-se em diferentes lugares comuns proporcionados pela sociedade moderna, como a soberania da lei, a liberdade contratual, a racionalidade ética, a historicidade do fenômeno jurídico.*³¹⁷ Dentre esses “lugares comuns”, destacam-se os valores segurança e certeza, a partir dos quais a dogmática propõe a classificação das fontes com base no maior ou menor grau de objetividade das normas em face de sua origem e modo de formação. Nessa perspectiva, a fonte legislativa tende a prevalecer às demais, por sua formalidade e formulação revestida de autoridade geral, reconhecida institucionalmente. Em seguida, figuram os costumes e a jurisprudência, com menor grau de certeza e segurança, e, por fim, as fontes negociais, a doutrina e a equidade.³¹⁸

Ao dispor que, nos casos não previstos em lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (art. 4º da LICC),³¹⁹ o ordenamento jurídico brasileiro admite a existência de lacuna na lei (constatável em relação ao sistema de prescrições legais), e não a no direito (identificável em relação à totalidade do ordenamento jurídico e seus subsistemas).³²⁰ Omissis o legislador no tocante à regulação de um determinado caso concreto, o juiz deve lançar mão de recursos não legislativos para suprir a deficiência normativa.³²¹

³¹⁷ Nesse aspecto, a teoria carece de um acabamento rigorosamente lógico. *Os lugares comuns* [de natureza tópica] são apenas fórmulas de procura e orientação do raciocínio, que se explicitam em funções dos problemas de decidibilidade (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 194).

³¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 194

³¹⁹ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil): Art. 4º. *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (grifei); Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC): Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito* (grifei).

³²⁰ A lacuna da lei é, via de regra, provisória e pode ser suprida em relação a outro subsistema; já a lacuna do direito refere-se à totalidade do ordenamento jurídico (e todos os seus subsistemas). A lacuna de conflito configura-se quando duas normas, no mesmo sistema, contrapõem-se e inexistente uma regra que permita decidir entre elas (uma de suas espécies é a lacuna técnica ou *intra legem*, que ocorre quando o legislador estabelece uma norma, sem fornecer as condições de sua aplicabilidade) (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 188-189).

³²¹ A integração da lacuna não se situa no nível legislativo, nem constitui delegação legislativa ao juiz, porque dela não resulta a criação de norma geral, mas individual, que só adquire aquele *status* por um processo de recepção por uma lei ou jurisprudência. *A integração pode colmatar a lacuna, mas não instaurar uma completude necessária, no sentido de garantir que todo comportamento possível tenha um status deôntico. A jurisdição integra as normas, mas a lacuna permanece. O juiz deve sempre decidir, em caso de lacunas, mas a circunstância dele julgar de facto e de iure não confere juridicidade ao comportamento não previsto. (...) A constatação e o preenchimento são aspectos correlatos, porém independentes. Correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação, e esta, os meios de colmatação. Assim sendo, a analogia é, ao mesmo tempo, meio para mostrar a “falha” e para completá-la. São independentes porque pode haver constatação de lacunas cujo sentido ultrapasse os limites de preenchimento possível (lacunas técnicas que só o legislador pode completar em certos ordenamentos jurídicos; no nosso, pela nova Carta, aquelas omissões legislativas podem ser preenchidas pelo Judiciário ante o mandado de injunção) e porque o preenchimento da lacuna, salvo disposição expressa, não impede a sua constatação em novos casos e circunstâncias (...). Os meios de integração são indicados pela própria lei (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 101 e 106-107).*

Na enumeração dos meios supletivos de supressão da lacuna da lei, o legislador estabelece uma ordem de prioridade.

O primeiro é a analogia,³²² que constitui um modo de raciocínio jurídico pelo qual se estende o conteúdo de uma norma positivada a situações³²³ que, a princípio, não se enquadrariam na moldura legal, haja vista a identidade de razões para a outorga de idêntico tratamento jurídico. A norma de decisão daí resultante caracteriza-se como norma jurisprudencial *praeter legem* (ou seja, que dispõe sobre situação não conhecida pela lei).³²⁴

³²² Para a lógica, os termos são *unívoco* (aqueles que se aplica a uma única realidade), *equivoco* (aquele que se aplica a duas ou mais realidades diversas) ou *análogo* (aquele que se aplica a realidades diversas, porém semelhantes). Com efeito, o análogo situa-se entre o unívoco e o equivoco, podendo ser classificado em três categorias distintas, *correspondentes às diversas espécies de analogia*: a) *analogia intrínseca ou de proporção própria* [quando o termo é aplicado a diversas realidades, que mantêm entre si uma relação de proporcionalidade, encerrando em si mesmo essa analogia]; b) *analogia extrínseca, de relação ou de atribuição* [quando o termo se aplica, em sentido direto e próprio, a uma realidade, mas se aplica também, por extensão, a outra realidade ou realidades, que mantêm com aquela relações de dependência (geralmente causais)]; c) *analogia metafórica ou de proporção imprópria ou figurada* [quando o termo tem uma significação direta e própria, mas se aplica também a outras realidades, em sentido figurado, em razão de uma proporção imprópria que se estabelece com o significado original] (LOURIVAL, *Lógica...*, p. 65-66). A integração por analogia implica aplicar a um caso não previsto a norma que rege outro semelhante, desde que exista a mesma razão para ele ser decidido de igual modo. Há, inclusive, quem diferencie *analogia legis* (quando se toma por base um caso similar) da *analogia iuris* (quando se toma por base matéria análoga). Já diziam os romanos que onde há a mesma razão da lei, cabe a mesma disposição (*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Quanto aos métodos, destacam-se duas correntes doutrinárias: a) a legalista, dogmática ou lógico-sistemática, que adota o método das construções jurídicas, mediante processos indutivos ou dedutivos, com apoio em textos legais, e b) a sociológica, que prefere, principalmente, o método da livre investigação científica (Geny e escolas afins), ou seja, para a elaboração da norma aplicável, o jurista deve buscar aquilo que decorre da natureza das coisas e é revelada por uma investigação livre (porque não atrelada a fontes formais) e científica (porque pautada por critérios objetivos e não subjetivos) (MONTORO, *Introdução...*, p. 431-433 e 436).

³²³ O ordenamento jurídico não estabelece, objetivamente, os critérios que permitem considerar-se semelhantes duas situações distintas. No processo intelectual-argumentativo de aplicação da analogia, há a constatação (empírica), por comparação, de que há algo em comum entre fatos diferentes e um juízo de valor que salienta a relevância da semelhança sobre as diferenças. Nele *não há inferências lógico-silogísticas, implicando uma seleção, um juízo avaliativo, por parte do órgão judicante, dos elementos relevantes. (...) o problema da aplicação analógica não está na averiguação das notas comuns entre o fato-tipo e o não previsto, mas sim em verificar se essa coincidência sob releva, em termos valorativos, de maneira a justificar plenamente um tratamento jurídico idêntico para os fatos ora em exame. (...) É necessário, portanto, que além da semelhança entre o caso previsto e o não regulado haja a mesma razão, para que o caso não contemplado seja decidido de igual modo*, porque o fundamento da analogia é a igualdade jurídica (a existência de razões relevantes de similitude). Ela exige sempre uma referência à finalidade (valoração dos objetivos e dos motivos) à qual se orienta, diferindo, nesse aspecto, da interpretação extensiva (que envolve a mera ampliação (linguística) do próprio enunciado normativo). Os argumentos comumente utilizados são: *argumentum a simili ad simile* ou *a pari* (a identidade não se estabelece entre fatos ou do fato com a lei, existindo uma semelhança de *ratio legis*), *argumentum a fortiori* (os aspectos, que trazem a tônica da semelhança de uma situação a outra, convêm ao segundo em grau distinto do primeiro - o argumento *a maiori ad minus* é aquele segundo o qual, se a lei autoriza o mais, implicitamente permite o menos; o argumento *a minori ad maius* é aquele segundo o qual se a lei proíbe o menos, com maior razão proíbe o mais) e *argumentum a contrario* (uma situação diversa de outra em vários aspectos também o será quanto à qualidade sob a qual existe a diferença). Para Maria Helena Diniz, os dois últimos não implicam qualquer raciocínio analógico, assim como a redução teleológica (que visa a tratar desigualmente o desigual, fazendo as diferenciações exigidas valorativamente, com base na *ratio legis*), que corresponde a uma interpretação restritiva e à interpretação prevista no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 112-115).

³²⁴ Ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que os precedentes jurisprudenciais têm força vinculante, o sistema de tradição romanística caracteriza-se pela não vinculação dos juízes inferiores às decisões dos tribunais

Nesse aspecto, não se confunde com a interpretação extensiva, que implica o alargamento do texto decorrente da própria *ratio legis*.³²⁵ O recurso à analogia é apontado como o primeiro meio de preenchimento de lacunas, *por uma razão de coerência normativa ou de justiça relativa (princípio de igualdade: casos semelhantes ou conflitos de interesses semelhantes devem ter um tratamento semelhante)*, e uma razão de certeza jurídica (uniformidade de julgados). Somente na falta de norma que regule um caso análogo, lança-se mão de outros meios integrativos.³²⁶

O segundo é o costume, cuja autoridade repousa na força conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores de normas (a que subjaz a convicção de sua obrigatoriedade), seguindo a sua formulação um procedimento difuso que, de certo modo, compromete sua objetividade.³²⁷

O terceiro é o princípio geral de direito, ao qual pode ser reconduzida uma pluralidade de normas dispersas pelos textos legais ou cuja adoção pelo direito positivo *se pode por vezes induzir do seu afloramento numa ou noutra solução estabelecida pela lei*.³²⁸ Consiste em uma diretriz que, implícita no ordenamento jurídico, é extraída da análise dos seus subsistemas e

superiores, dos juízes às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia e dos juízes e tribunais às próprias decisões, salvo expressa disposição legal em contrário. Em que pesem o respeito à lei e a proibição de decisão *contra legem* sejam regras estruturais do ordenamento jurídico, a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna constitui uma espécie de costume *praeter legem*. *Esse costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de uso jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes; em segundo lugar, sua convicção de necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões*. A uniformização da jurisprudência e as súmulas dos tribunais conferem uma força especial de orientação interpretativa. Em alguns casos (p.ex. no direito do trabalho), é permitida a constituição de normas gerais com base na equidade (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 211).

³²⁵ Na interpretação extensiva, a letra do texto fica aquém do espírito da lei, dizendo menos do que se pretendia dizer. Normalmente, ela assume a forma de extensão teleológica: *a própria razão de ser da lei postula a aplicação a casos que não são directamente abrangidos pela letra da lei mas são abrangidos pela finalidade da mesma*. Os argumentos utilizados para fundamentá-la são o argumento de identidade de razão (argumento *a pari*) e o argumento de maioria de razão (argumento *a fortiori*). *Segundo o primeiro, onde a razão de decidir seja a mesma, a mesma deve ser a decisão. De acordo com o segundo, se a lei explicitamente contempla certas situações, para que estabelece dado regime, há-de forçosamente pretender abranger também outra ou outras que, com mais fortes motivos, exigem ou justificam aquele regime* (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 186).

³²⁶ MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 202.

³²⁷ O costume é, comumente, definido como a prática social uniforme, constante, pública e geral, qualificada pelo reconhecimento de sua obrigatoriedade. Constituem, portanto, seus elementos: o *corpus*, que consiste na observância generalizada e uniforme, com certa duração, de determinado padrão de conduta em que está implícita uma norma, e o *animus*, que corresponde à convicção de se estar a obedecer a uma regra geral e abstracta obrigatória, caucionada pela consciência jurídica da comunidade (*opinio necessitatis*) (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 161). Ele pode ser: *secundum legem*, previsto na lei, que reconhece sua eficácia; *praeter legem*, quando se reveste de carácter supletivo, suprimindo a lei nos casos omissos, ou *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao da lei (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 116-120). O modo de sua produção difere da elaboração da lei, cuja edição reduz-se a um ato básico - a promulgação (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 206-207).

³²⁸ MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 164.

destina-se a orientar a sua compreensão, estabelecendo a relação entre as normas com o todo (regra de coesão).³²⁹

Ao pressupor a plenitude logicamente necessária do direito, a lei restringe a liberdade do juiz para decidir o caso concreto, impedindo-o de recorrer (ao seu livre arbítrio) a outros meios (p.ex. a doutrina ou a natureza das coisas),³³⁰ porque, para garantir a unidade e a coerência do sistema jurídico, os critérios de reconhecimento de normas não podem resultar de juízos meramente individuais, confiados à subjetividade de cada julgador.³³¹ A valorização de circunstâncias concretas, de cunho subjetivo ou objetivo (por exemplo, as relacionadas à índole da prestação, à entidade econômica de seu conteúdo ou à situação patrimonial das partes envolvidas), é admitida somente residualmente como critério na formulação da norma de decisão.³³²

³²⁹ Não há entre os juristas um consenso em torno dos princípios gerais do direito: para uns, correspondem aos princípios do direito natural (Del Vecchio e outros); para outros, são princípios editados pela equidade (Borsari, Giorgi, etc.), decorrentes da natureza das coisas (Geny, Espíndola, etc.), ditados, com caráter universal, pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Bevilacqua, etc.) ou, ainda, resultantes de cada sistema jurídico (Fadda e Bensa, etc.) (MONTORO, *Introdução...*, p. 413). Ao discorrer sobre o tema, Rubens Limongi França manifesta sua preferência pela qualificação dos princípios gerais de direito como autêntica forma de expressão da ordem jurídica (fonte normativa), salientando que, desde as origens da vida sócio-jurídica, e sob certos aspectos, eles serviram de base à elaboração das normas positivas. Observa que a legislação pátria refere-se a esses princípios, sem restringi-los a fontes estatais, o que significa dizer que devem ser deduzidos do ordenamento como um todo. A especificação de um princípio dessa natureza (essencial (ou estável) ou contingente (princípios do ordenamento, princípios do direito consuetudinário e princípios do direito das gentes)) deve ser realizada dentro de duas perspectivas fundamentais: a sistemática e a da formulação individualizada de cada princípio. Já a sua aplicação deve pautar-se pelas seguintes diretrizes: (a) a existência de omissão legislativa sobre o caso específico ou sobre matéria análoga e a impossibilidade de resolução do litígio com base no direito consuetudinário; (b) os princípios aplicáveis não são apenas aqueles que informam o ordenamento e os demais princípios contingentes como também os essenciais; (c) os princípios gerais contingentes devem ser considerados antes dos essenciais; (d) a ordem de aplicação desses princípios é a da generalização crescente, sendo que, em relação aos contingentes, os do sistema escrito preferem aos do direito consuetudinário e estes aos do direito das gentes, e (e) os *princípios essenciais, não obstante, constituem o fanal que deve iluminar o aplicador, mesmo quando lhe seja dado resolver a controvérsia, logo nos degraus primeiros da matéria* (FRANÇA, R. Limongi França. *Princípios Gerais de Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 14, 161, 185, 201-202, 227 e 240).

³³⁰ De acordo com o artigo 127 do Código de Processo Civil, o juiz não pode decidir exclusivamente com base na equidade, salvo nos casos previstos em lei.

³³¹ Nessa linha, inclina-se a doutrina de Hart (na obra *Conceito de Direito*), que sustenta que a *regra de reconhecimento, para poder existir, tem de ser considerada, também, de um ponto de vista interno como padrão público comum de decisão judicial correta*. Para ele, *o sistema é uma união complexa de regras primárias e secundárias - em síntese, regras de conduta e regras de competência - cuja validade não reside unicamente no fato de que as leis sejam obedecidas pela maioria da população, ciente das prováveis conseqüências advindas de sua eventual transgressão*. É necessária, para a subsistência do sistema, além da observância generalizada das normas de conduta válidas segundo os critérios últimos de validade, *uma aceitação oficial ou partilhada da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema*, bem como das regras de alteração e de julgamento. Nesse ponto, o positivismo de Hart distancia-se do positivismo de Kelsen (racionalismo dogmático), que afirma que a regra de reconhecimento - ao contrário das outras regras do sistema, cuja validade pode ser demonstrada por referência àquela (ou seja, a norma superior) - é assumida como uma hipótese (não uma norma posta, querida, mas uma norma pressuposta, pensada (uma condição lógica para a construção intelectual e racional do sistema, que se situa fora dele) (AGUIAR, O denominado Positivismo Sociológico..., p. 14-16).

³³² Para assegurar a unidade e a coerência do sistema jurídico - que garante o respeito aos valores consagrados na coletividade (incluindo a igualdade e a liberdade) pela generalidade, abstratividade e supremacia da lei -, é necessária a existência de critérios de reconhecimento da norma jurídica. No direito pátrio, o artigo 4º da Lei de

Nesse espaço, atua a equidade, cuja função integrativa tem lugar: a) nos casos especiais em que o legislador, deliberadamente, mantém-se omissos (lacunas voluntárias), e b) nos casos que, involuntariamente, escapam à sua previsão. A dificuldade é explicar a validade da norma de decisão criada judicialmente, para solucionar um caso diferenciado, quando não há proposição normativa geral supra-ordenada que lhe sirva de base. De regra, o ato decisório envolve um ir ao sistema global e dele extrair a norma individual (decisão),³³³ de modo que admitir que o juiz possa julgar sem lei, e mesmo contra ela, inovando para atender a exigências outras que não foram valoradas pelo legislador, significa reconhecer que o sistema conferiu-lhe competência para criar norma individual, sem relação lógica de subalternação ou pertinência a uma proposição normativa geral.³³⁴ Se tal autorização não há, a decisão judicial inovadora constitui mero fato, *inserindo-se na hipótese de outra norma que o tomasse como pressuposto de ilicitude: convertendo-se num caso de antijuricidade*; ou, para o sistema, não produz efeitos, o que importa em juridicizar (negativamente) o fato.³³⁵ Dito de outro modo, o órgão julgador age *contra* ou *praeter legem*, afrontando a repartição de competências estabelecida constitucionalmente.³³⁶

Introdução ao Código Civil (*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*) e no artigo 126 do Código de Processo Civil (*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*) enumera os meios de integração, de modo não exaustivo. Completa-o outras normas esparsas, tais como a que permite o juiz valer-se, excepcionalmente, das regras de experiência comum. Nos termos do artigo 335 do Código de Processo Civil (*Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*), ele procede à observação de fatos particulares, a partir de sua experiência, atribuindo-lhes significação, para, então, extrair uma regra em conformidade com o que ocorre ordinariamente.

³³³ No silogismo judicial, a premissa maior é extraída do sistema - em normas implícitas, logicamente implicadas nas normas explícitas; em normas fundamentais postas no seu interior, ou advindas de fontes externas, recepcionadas por normas de reenvio do próprio sistema ou pela margem de criação normativa reconhecida ao aplicador pelas normas gerais. A reconstrução formal da sentença (argumento inferencial-dedutivo) é posterior, compondo-se de um aspecto lógico-formal e de uma faceta axiológica (dados de fato, valores e atos de valoração).

³³⁴ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a Constituição é um repertório de regras de justiça. O princípio da solidariedade, por exemplo, é uma dessas regras. *Se para pertencer ao grupo, os cidadãos brasileiros têm um mínimo para sobreviver e buscar o dia seguinte, é necessária uma regra dizendo que quem precisa mais, vai levar mais*. Logo, o operador do direito não precisa apelar para uma discussão aporética, visto que poderá fazê-lo, conscientemente, para regras que estão no discurso ou no texto constitucional (LOPES, Uma conversa sobre Filosofia do Direito..., p. 6).

³³⁵ VILANOVA, *As estruturas...*, p. 210.

³³⁶ Em qualquer caso, o juiz preenche o quadro normativo da norma geral, dando continuidade ao processo de autocriação do direito. E, ao assim proceder, apóia-se em premissa maior: ou em uma norma geral que o autoriza a estender o núcleo normativo do julgado aos casos novos, ou em norma geral que o habilita a criar norma individual ou até, excepcionalmente, norma geral (com eficácia *erga omnes*), ou em norma costumeira ou mesmo legislada, ou, ainda, em norma geral de outro sistema jurídico, que é incorporada ao sistema normativo estatal mediante fonte formal prevista constitucionalmente. A identificação da premissa maior não é ato puramente lógico, pois pressupõe uma avaliação valorativa (das premissas aplicáveis o juiz escolhe a que

A equidade - como diretriz que pressupõe a relação da norma geral com a singularidade (decorrente de aspectos peculiares relevantes) do caso concreto - atua como instrumento para a superação de lacunas, mediante a construção da solução adequada às especificidades da situação fática, não alcançada pela norma geral, a partir da premissa de que o enunciado normativo descreve circunstâncias que se presumem estarem dentro da normalidade.³³⁷ Arelada à ordem jurídica positiva, é criadora ou integradora da norma legal no processo de elaboração pelo juiz da norma concreta e individualizada destinada a decidir a controvérsia. *Integra la norma genérica y abstracta con um “rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular”*.³³⁸ Para nortear a formulação da norma particular, o juiz recorre às idéias de igualdade e proporção, que se encontram na base do conceito de justiça.

A utilização da equidade como critério de decisão substitutivo é admitida em casos pontuais na legislação pátria. Para exemplificar, cite-se o artigo 2º da Lei de Arbitragem (Lei 9307/96), que assim dispõe: *A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes*. O legislador outorga às partes a faculdade de escolher, com ampla liberdade, a forma pela qual será realizada a arbitragem. Na mesma linha, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9099/95) permite ao juiz togado ou leigo conduzir o processo, segundo os mesmos critérios do juiz, e decidir por equidade. Do mesmo modo, o artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, trata da hipótese de omissão da lei ou do contrato, nos seguintes termos: *As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*.

Identificadas as diferentes funções desempenhadas pela equidade, resta diferenciá-la de outra figura afim: a boa-fé.³³⁹

considera mais justa, mais conveniente e mais adequada/oportuna para o caso concreto) (VILANOVA, *As estruturas...*, p. 221-222).

³³⁷ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 101.

³³⁸ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 49.

³³⁹ A equidade distingue-se dos bons costumes - que também podem ser invocados para a mitigação de rigores formais -, porque estes restringem, exteriormente à relação jurídica, a esfera da autonomia privada, delimitando a permissão de produção e fixação de efeitos jurídicos, sem prescrever o efeito ou a conduta a ser seguida. Jorge Cesa Ferreira da Silva observa que, enquanto a boa-fé prescreve uma forma de agir das partes, determinando, por si, efeitos e condutas, os bons costumes afastam os efeitos com eles incompatíveis (SILVA, *A boa-fé...*, p. 47). Neste estudo, não será aprofundada a análise conceitual dos bons costumes, tendo em vista os seus objetivos.

1.2 Equidade e boa-fé

Equidade e boa-fé³⁴⁰ não se confundem. Conquanto ambas constituam um paradigma para a inoportunidade de excessos, abusos ou vantagem desproporcional na relação jurídica contratual,³⁴¹ é preciso distingui-las, delimitando o âmbito de atuação de cada uma.

A expressão ‘boa-fé’ pode ser compreendida em uma acepção subjetiva, relacionada a um estado de consciência, à convicção íntima de obrar em conformidade ao ordenamento jurídico, à ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, à adstrição à literalidade do pactuado. A esse estado psicológico do sujeito, opõe-se a má fé, a falta de sinceridade, de fidelidade, de veracidade ou de franqueza.³⁴²

Na sua acepção objetiva, a boa-fé denota a exigência de cada pessoa ajustar a sua própria conduta a um modelo social ou *standard* jurídico, fundado na honestidade, na retidão, na lealdade, na probidade e na consideração das expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da coletividade, em especial no outro integrante da relação jurídica (estabilidade e segurança jurídica). Na sua aplicação, o operador do direito deve adotar como referencial um padrão objetivo de conduta, fundado na idéia de confiança³⁴³ e aferível em certo tempo e em certo meio social ou profissional, e os fatores concretos do caso (p.ex. o *status* pessoal e cultural das partes), sendo irrelevante, para esse fim, a intencionalidade das partes, a consciência individual de estar ou não violando direito de outrem ou determinada regra jurídica.³⁴⁴

³⁴⁰ Sobre a boa-fé, ver: MARTINS-COSTA, A *Boa-Fé...*; WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Madrid: Civitas, 1976; CORDEIRO, António Manuel Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, v. 1 e 2; AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos Contratos...*, p. 241-256, e FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Boa Fé Objetiva: uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito- PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 125-140, nov. 2003.

³⁴¹ Apenas para ilustrar, citem-se: BRASIL, STJ, 1ª Seção, REsp 976836/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/08/2010, DJe 05/10/2010; BRASIL, STJ, 4ª Turma, REsp 437607/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 355; BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 436853/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/05/2006, DJ 27/11/2006, p. 273; BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 348343/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/02/2006, DJ 26/06/2006 p. 130.

³⁴² A boa-fé subjetiva está associada à idéia de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, que repousa ou no próprio estado subjetivo da ignorância ou na equivocada aparência de certo ato. Secundariamente, em reforço ao princípio da obrigatoriedade do pacto, corresponde à vinculação ao que foi formalmente convencionado (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 148, 1998). Nessa linha: HIRONAKA, Contrato..., p. 124.

³⁴³ A confiança permite que o indivíduo projete sua atuação *conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia - mais do que espera - que não acontecerá* (SILVA, A *boa-fé...*, p. 49).

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 147-148.

Comumente são atribuídas à boa-fé objetiva três funções distintas: (a) a indicação do comportamento devido nos processos de interpretação e integração do contrato; (b) a imposição de limite ao exercício de direitos subjetivos, *sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos*,³⁴⁵ e (c) como fonte autônoma, a criação *de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional* em sua dinâmica.³⁴⁶ Nesse sentido, possibilita a compreensão da obrigação como uma totalidade de natureza processual.

³⁴⁵ Judith Martins-Costa ressalta que, para coibir comportamentos abusivos, o juiz pode valer-se das mais variadas normas, tais como as que vedam o abuso de direito, o enriquecimento sem causa e a ruptura do sinalagma contratual, ou, ainda, invocar razões de equidade. Contudo, tais possibilidades, além de dificultarem a sistematização dos precedentes jurisprudenciais, têm elevada carga subjetiva, o que justifica o recurso à boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 149).

³⁴⁶ Nos contratos, os deveres de prestação podem ser: (a) primários ou principais, que definem o conteúdo mais significativo da relação contratual, identificando-a, determinando o seu tipo e proporcionando ao credor uma prestação positiva ou negativa (p.ex. na compra e venda, a transferência da propriedade do bem, mediante o pagamento do preço); (b) secundários, que estão diretamente vinculados à prestação, mas sem particularidades que os individualizem, subdividindo-se em: (b.1) meramente acessórios da obrigação principal, por destinarem-se a preparar ou assegurar o seu cumprimento (p.ex. a conservação da coisa até a tradição ou o seu transporte), e (b.2) com prestações autônomas, caracterizando-se como sucedâneos da obrigação principal (p.ex. a o pagamento de indenização pela mora (hipótese em que coexiste com a prestação principal) ou pela impossibilitação culposa (hipótese em que substitui a prestação principal)); e (c) laterais, anexos ou instrumentais, derivados de cláusula contratual, disposição legal ou boa-fé objetiva, vinculados à idéia de cooperação e proteção de interesses recíprocos (deveres decorrentes do fato jurídico obrigacional, cuja finalidade imediata não é realizar ou substituir a prestação, com a qual mantêm apenas uma relação indireta ou qualitativa). A despeito da ausência de norma legal ou previsão contratual específica, a boa-fé objetiva integra o conteúdo negocial, estabelecendo deveres laterais, anexos ou instrumentais, que, orientados não diretamente ao cumprimento dos deveres principais (como no caso dos deveres secundários) mas ao exato processamento da relação obrigação, mediante a satisfação dos interesses envolvidos, incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, tais como: o de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens do outro contratante; o de colaboração para o correto adimplemento do contrato; o de informação, advertência e aconselhamento, e os de omissão e de segredo, tanto nos momentos da conclusão e do desenvolvimento da relação jurídico-contratual como nas fases pré e pós-contratual, dada a relação de confiança em que se assenta (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 149-150). A boa-fé pode validar juridicamente relações que, de rigor, não poderiam ser reconhecidas juridicamente perfeitas (p.ex. relações contratuais de fato ou atos existenciais), justificar a responsabilidade pré-contratual, gerar deveres não previstos pelas partes ou moldar o conteúdo normativo do vínculo, com a criação ou extinção de situações jurídicas subjetivas (ou seja, situações individuais e concretas nas quais uns se encontram frente a outras, tendo por base normas jurídicas) conforme o desenvolvimento dos fatos, fornece subsídios teleológicos para a interpretação do contrato, impor a qualificação positiva do adimplemento, tornando-o o mais satisfativo possível aos interesses do credor, resguardados os direitos e interesses do devedor, ou, ainda, impedir condutas posteriores à extinção da relação jurídica contrárias à confiança que a permeou (SILVA, *A boa-fé...*, p. 53-54). Apenas para exemplificar, citem-se como hipóteses de violação à boa-fé: (a) a conduta do sujeito que, antes da formalização do contrato, rompe injustificadamente as negociações fortemente entabuladas com a outra parte (que inclusive despendeu recursos para a elaboração de projetos, orçamentos, etc.), frustrando a expectativa (legítima) na sua conclusão (fase pré-contratual); (b) a conduta do sujeito que, em determinado momento, contraria a continuidade de sua própria atuação, exercendo um direito subjetivo que, presumivelmente, teria renunciado (proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, a impossibilidade de alguém ir contra a sua própria conduta anterior), e (c) a divulgação pelo sujeito a um novo contratante de segredos ou informações sigilosas relativas ao antigo contratante (fase pós-contratual) (SILVA, *A boa-fé...*, p. 48-49).

Como cláusula geral,³⁴⁷ a boa-fé objetiva permite o ingresso, no ordenamento jurídico positivado, de princípios valorativos, padrões de comportamento, deveres de conduta não previstos legislativa ou contratualmente, *direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos*, viabilizando a sua permanente ressystematização.³⁴⁸ Pela aplicação do critério de relevância jurídica nela incorporado, o juiz seleciona fatos ou comportamento, confrontando-os com um certo parâmetro, e define o significado do enunciado normativo e respectivas conseqüências jurídicas não predeterminadas. Os elementos utilizados para a delimitação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé não são necessariamente jurídicos, podendo ser extraídos das esferas social, econômica ou moral e agregados ao ordenamento jurídico pela fonte jurisprudencial.³⁴⁹ Em razão do seu caráter normativo, os seus efeitos não advêm de outras fontes que não a sua própria incidência.³⁵⁰

³⁴⁷ As cláusulas gerais constituem, na definição de Judith Hofmeister Martins-Costa, *uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado (...), foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. (...) Por vezes - e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas - o seu enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas* (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 132). Trata-se de uma *disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluída" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da ratio decidendi, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico* (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 135). *Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária* (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 136).

³⁴⁸ MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 132.

³⁴⁹ *Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta constitui um modelo jurídico complexo e de significação variável. É complexo porque, emoldurado em determinada fonte legislativa, tem a sua fattispecie completada por meio da concreção de elementos cuja origem imediata estará situada na fonte jurisprudencial, possuindo significação variável posto alterar-se, esta, "em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradadas". Um valor moral ou um determinado padrão de comportamento assim reconhecido como vinculante*

Ao incidir no âmbito das relações jurídicas negociais, a boa-fé objetiva confere uma nova feição ao contrato, que transcende a idéia de mero instrumento de auto-regulamentação de interesses contrapostos ou de composição de interesses antagônicos, tornando exigível das partes contratantes uma postura de colaboração na persecução da finalidade contratual comum. O complexo de deveres que nele se incorporam revela que *em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração.*^{351 352}

À semelhança de outras cláusulas gerais previstas no ordenamento jurídico, a boa-fé confere uma certa mobilidade ao sistema,³⁵³ permitindo a inclusão, em uma mesma hipótese normativa, de uma ampla variedade de casos, dada o reduzido grau de tipicidade³⁵⁴ e a elevada abertura semântica do seu enunciado. Por não regular previamente, de modo completo e exaustivo, determinada situação fática, o seu conteúdo é construído progressivamente pela jurisprudência, mediante o envio do juiz para critérios aplicativos determináveis ou situados em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes vigentes em determinado contexto social. Com efeito, permite-se-lhe criar normas jurídicas com alcance geral (ou seja, para além do caso concreto). Pela reiteração dos casos e ratificação da *ratio decidendi* dos julgados, são especificados o sentido da cláusula geral e a dimensão de sua normatividade.

no mundo extra-jurídico e retirado da prática da sociedade civil, se considerado por si só, não é, por evidente, norma juridicamente aplicável. Contudo, mediado pela fonte jurisprudencial, constituirá o conteúdo - e, portanto, o critério de aplicabilidade - dos modelos previstos nas cláusulas gerais (fonte legislativa) (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 138-139).

³⁵⁰ Quanto à distinção entre a integração da cláusula geral e o juízo de boa-fé, recomenda-se a leitura da obra: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 329-343 e 369. Nela a autora afirma que a resposta alcançada topicamente pela atuação da cláusula geral da boa-fé passa a integrar a experiência jurídica (função ressystematizadora), o mesmo não ocorrendo em relação à equidade-corretiva, dada a excepcionalidade do caso concreto.

³⁵¹ HIRONAKA, Contrato..., p. 124.

³⁵² A boa-fé, como determinante de um padrão de conduta de observância obrigatória, estabelece deveres que integram o negócio jurídico, mesmo que não expressamente. Nesse sentido, difere da hermenêutica integradora, que *se refere à explicitação da vontade das partes quando da constituição do negócio, restringindo-se aos limites da autonomia privada* (SILVA, *A boa-fé...*, p. 47-48).

³⁵³ Contrapõe-se à vantagem da cláusula geral de tornar o direito legislado receptivo e amoldado à dinamicidade da vida social a desvantagem de provocar certa incerteza quanto à efetiva dimensão dos seus contornos, pelo menos até a consolidação jurisprudencial. *O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites* (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 135).

³⁵⁴ “Tipicidade” está relacionada à técnica de regulamentação da casuística (por *fattispecie*), ou seja, aquela que contempla a descrição da *hipótese legal* (enquanto somatório dos pressupostos que condiciona a estatuição) que *circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria* (ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 188). A prefiguração pelo legislador do comportamento a ser considerado e respectiva valoração restringe a atuação do operador do direito na definição do sentido e alcance da norma legal, que recorre ao raciocínio por subsunção (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 297-298).

Tal proceder não se dá de modo arbitrário, mas vinculado, por meio de reenvio a certas pautas de valoração do caso, já indicadas em outras disposições normativas do sistema ou objetivamente vigentes no meio social.³⁵⁵ Conquanto a sua função primária seja de caráter individualizador, conduzindo à solução do caso concreto, a cláusula geral da boa-fé tem uma função secundária, de cunho generalizador,³⁵⁶ que é *a formação de instituições "para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito"*.³⁵⁷ Além disso, ela pode atuar como elemento de conexão - permitindo ao juiz construir, no momento decisório, uma fundamentação relacionada a casos precedentes - ou, ainda, como elemento de integração intrasistemática entre as disposições normativas do mesmo diploma legal ou de integração intersistemática entre disposições normativas esparsas no ordenamento jurídico.³⁵⁸

Idênticas funcionalidades não se reconhecem à equidade, que se volta para o singular, o particular, o específico do caso concreto, sem criar norma vocacionada à generalização. Ao contrário da boa-fé objetiva - que estabelece um padrão de conduta que, por reiteração, tende a generalizar-se, estendendo a outros casos os deveres por ela estabelecidos, independentemente da vontade das partes (sistematização de elementos metajurídicos no interior do ordenamento jurídico) -, a equidade não tem conteúdo prescritivo que se projeta para além da relação jurídica concreta.³⁵⁹

Delimitado o âmbito de atuação da equidade, examinemos a sua aplicação no direito contratual.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 134.

³⁵⁶ Exemplificativamente: BRASIL, STF, Pleno, MS 24268, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, j. 05/02/2004, DJ 17/09/2004, p. 53; BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1080678/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07/10/2010, DJe 15/10/2010; BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1192609/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 07/10/2010, DJe 21/10/2010; BRASIL, STJ, 2ª Turma, REsp 1155273/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28/09/2010, DJe 15/10/2010.

³⁵⁷ A cláusula geral da boa-fé deu origem aos institutos da *supressio* e da *surrectio* e à doutrina da responsabilidade pré-contratual atual (MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 140).

³⁵⁸ MARTINS-COSTA, O Direito Privado..., p. 140-141.

³⁵⁹ A título ilustrativo: BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 140437/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/06/1994, DJ 03/02/1995, p. 1024; BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 58004/SP, Rel. Min. Cândido Motta, j. 02/05/1966, DJ 05/10/1966; BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 52296, Relator(a): Min. Luiz Gallotti, j. 18/07/1963, DJ 01/08/1963, p. 2425; BRASIL, STF, 2ª Turma, AI 23601, Rel. Min. Victor Nunes, j. 22/08/1961, DJ 15/09/1961, p. 1947; BRASIL, STJ, 4ª Turma, REsp 780757/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01/12/2009, DJe 14/12/2009; BRASIL, STJ, 1ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1032454/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/10/2009, DJe 16/10/2009.

2 A equidade no direito contratual

A autonomia privada,³⁶⁰ como expressão da liberdade do homem no âmbito do direito privado, constitui um dos pilares do Estado de Direito Democrático.³⁶¹ A existência de um espaço (mínimo e irredutível) reservado à sua livre atuação, além de essencial ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades,³⁶² contribui para a constante adequação e renovação do ordenamento jurídico,³⁶³ na medida em que permite a conformação das prescrições normativas às vicissitudes do convívio social,³⁶⁴ conferindo-lhe mobilidade.³⁶⁵ A efetividade de todo e qualquer complexo normativo³⁶⁶ pressupõe a sua constante referibilidade ao ambiente em que incidem suas prescrições,³⁶⁷ e, nesse contexto, o poder de autoregramento

³⁶⁰ A expressão “autonomia privada” está atrelada à idéia de poder de criar normas jurídicas particulares (fonte normativa) para regerem certos atos praticados pelo próprio sujeito (negócios jurídicos, principalmente os de natureza bilateral (contratos)), ou seja, um modo de manifestação de normas jurídicas, ainda que particulares (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238). A locução “autonomia da vontade” sugere a vinculação do poder normativo, reconhecido ao particular, à sua vontade real ou psicológica no exercício da liberdade negocial, concepção que, com o declínio do voluntarismo jurídico, foi abandonada.

³⁶¹ O Estado de Direito Democrático compreende uma estrutura que não se restringe à união formal de elementos do Estado Democrático e do Estado de Direito, por irradiar os valores da democracia (pluralismo, liberdade, igualdade e direito das minorias) sobre todos os elementos do Estado, assegurando a participação efetiva do povo na vida da sociedade (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 119-120). Nesse modelo estrutural, é fundamental assegurar não só o núcleo da liberdade - individual e coletiva - como também instituir um poder capaz de coordenar a dinâmica dos segmentos sociais e implementar decisões que viabilizem a realização de determinados fins gerais (um mínimo de ordem e o estímulo ao máximo progresso). No plano coletivo, esse poder possui contornos políticos e vem limitado por meio de técnicas distintas, mesmo quando conquistado democraticamente (legitimidade): divisão territorial (descentralização, federalismo), divisão funcional (separação dos Poderes do Estado como forma clássica) e declaração de direitos e garantias fundamentais (relacionados à esfera de autodeterminação individual infensa à interferência do poder político). A atribuição das funções estatais a órgãos independentes e especializados não visa a incrementar a eficiência do poder político (divisão de trabalho), mas contê-lo, em ordem a permitir o desenvolvimento individual e coletivo da pessoa.

³⁶² Sobre o tema, ver nota n. 17 *supra*.

³⁶³ Por caracterizar-se como uma totalidade unitária, coesa e completável, o ordenamento jurídico comporta certa flexibilidade, mobilidade e atualização. A respeito do caráter sistemático, ver nota n. 249 *supra*.

³⁶⁴ Uma reflexão sobre a autonomia privada implica a análise da própria concepção do direito, que, para muitos, encontra-se em fase de ressystematização, caracterizada pela busca de novos paradigmas, ante a insuficiência dos modelos tradicionais. A problemática da relação entre poder normativo dos particulares e norma legal conduz a concepções doutrinárias diversas, conforme a maior proeminência dos interesses particulares ou dos interesses gerais da coletividade, realçados pela objetividade do enunciado normativo. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 7-26, out/dez. 1988, p. 8). O tema está vinculado ao problema das fontes do direito e transcende o campo do direito privado, o que impõe sua limitação, neste trabalho, à matéria civilística, haja vista o objetivo de analisar a eficácia e os limites da autonomia privada frente à atuação jurisdicional do Estado.

³⁶⁵ Sobre a idéia de mobilidade do sistema jurídico, ver: CANARIS, *Pensamento Sistemático...*, p. 127-148.

³⁶⁶ A respeito dos conceitos de ordenamento jurídico e sistema, ver nota n. 249 *supra*.

³⁶⁷ Abandonada a idéia, outrora vigente, de ordenamento jurídico como mero somatório de disposições normativas geometricamente organizadas no espaço, prevalece a concepção dinâmica do fenômeno jurídico, a refletir-se na estruturação e na funcionalidade de seus elementos. Mais do que isto: transposta a idéia de força

exercido pelos particulares desempenha uma função “atualizadora” de inequívoca importância no ordenamento jurídico.³⁶⁸

Compreendida como sinônimo de autodeterminação, auto-regulação e auto-vinculação, a autonomia privada *é definida como um poder criador ou fonte de direito ou, ao menos, de produção de efeitos que incidam sobre a própria esfera jurídica, num domínio (relativamente) subtraído à tutela do Estado.*³⁶⁹ Em sentido amplo, abrange as liberdades relativas ao negócio jurídico (especialmente do contrato), à associação, ao testamento e à propriedade; e, em sentido restrito, a liberdade negocial ou contratual.³⁷⁰

As concepções doutrinárias sobre a autonomia privada podem ser agrupadas em duas vertentes principais: uma de cunho voluntarista e outra de natureza normativista.³⁷¹ Para os adeptos da visão kantiana do direito (século XVIII), consiste em um poder absoluto da

normativa da Constituição - motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade -, construída por Konrad Hesse, para o plano das normas jurídicas em geral, é inequívoca a correlação entre a ordem jurídica e a realidade social. A possibilidade de realização da norma jurídica depende de elementos da realidade (sociais, políticos e econômicos), sendo indispensável o apoio e a defesa na consciência geral. As normas jurídicas não suprem a ausência de substrato econômico e social em cada regime, daí a importância de existir um rol de princípios fundamentais, cujo conteúdo específico possa ser desenvolvido ao longo da história. A compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica (organização, segurança e liberdade), definida não pelos fatos mas pela comunidade (e às vezes até contra os fatos), é fundamental para a realização de sua pretensão de eficácia. A abundância legislativa e as constantes revisões e modificações legislativas abalam a confiança na força normativa e no valor do ordenamento jurídico. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991).

³⁶⁸ Em um ordenamento jurídico que contenha mecanismos de captação e ressystematização de elementos metajurídicos, a autonomia privada exerce papel fundamental na constante atualização de suas normas, atendendo à exigência de sua adaptabilidade à realidade subjacente. Em sistemas abertos, a importância das fontes extralegislativas é amplamente reconhecida, o que permite a absorção dos pluralismos sociais, políticos ou jurídicos, expressos em correlatos subsistemas (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 8). Para o aprofundamento do tema, ver: CANARIS, *Pensamento...*, p. 9-13 e 103-126, e LUHMANN, Niklas. *L'unité du système juridique*, *Archives de Philosophie du Droit*, v. 31, p. 163-187, 1986.

³⁶⁹ ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, p. 7-8.

³⁷⁰ Inicialmente, o manuseio dos instrumentos jurídicos estruturados sobre a liberdade humana só era facultado aos que possuíam um certo grau de liberdade, que lhes permitia invocar a proteção legal, inspirada no pressuposto indispensável daquela. Com a liberdade de trabalho conquistada na Idade Moderna, todos passaram a ter acesso ao instrumento da liberdade negocial, porque ela conduzia à liberdade para a vida civil em geral (NERY, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 236).

³⁷¹ Ao analisar os fundamentos filosóficos da autonomia privada, Ricardo Lorenzetti afirma que a soberania da vontade é concebida, inicialmente, como um princípio de direito natural, anterior à própria organização do Estado. Essa pré-estatalidade, contudo, não impede um controle mínimo, pois se reconhece estar vinculada à auto-responsabilidade. Posteriormente, a idéia de soberania pré-estatal vem a ser substituída pela de delegação do Estado à autonomia privada, que, conseqüentemente, pode ser controlada em seus excessos. Nessa fase, o controle é, ainda, meramente formal. Mais adiante, considera-se não existir fundamento na vontade, e sim no intercâmbio, nas expectativas criadas e na confiança depositada. Com efeito, necessária faz-se a investigação da causa, a correspondência entre as prestações. Por último, firma-se o entendimento de que o contrato é um instrumento para a ordem social e econômica (visão utilitarista). Nos extremos dessa evolução, encontramos duas teses contrapostas. A primeira voluntarista, clássica, partidária do consensualismo puro e oposta à intervenção. O direito contratual tem a função de facilitar (dispondo, supletivamente, sobre o que as partes não haviam previsto), e a lei, uma função formal de impor regras que garantam o justo jogo (já que a justiça é irrealizável). A segunda tese é obrigacionista e postula a regulação do contrato por meio de obrigações representativas de valorações coletivas que se impõem aos contratantes. O direito é um corretivo das aspirações individuais (legislação intervencionista) (LORENZETTI, Ricardo. *Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 5-17, abr./jun. 1995).

vontade - principal elemento formador do ato jurídico e definidor de seus efeitos, bem como fundamento de sua força obrigatória. A base da relação negocial está na vontade do declarante - que, por si e independentemente da observância de certas fórmulas preestabelecidas, produz vínculo jurídico -, e o sentido que se deve lhe emprestar é aquele que o seu autor lhe confere.³⁷² Para os defensores da idéia de que é o Estado que cria os direitos subjetivos, determinando o ordenamento jurídico os seus efeitos jurídicos,³⁷³ o negócio jurídico - como fruto do exercício do poder normativo privado (figurando o contrato como sua espécie por excelência) - é um fenômeno do próprio ordenamento jurídico estatal, pressuposto de fato para a incidência da norma jurídica que estabelece as conseqüências jurídicas, atribuindo caráter vinculante às obrigações dele emergentes³⁷⁴ (o contrato (como regramento privado) e

³⁷² A teoria da vontade, à qual se filiam os autores germânicos responsáveis pela propagação do conceito de negócio jurídico, influencia a construção teórica geral de Savigny, que tem o jusracionalismo como fundamento ético-filosófico de sua doutrina (aliás, por influência do jusracionalismo, a exaltação da vontade em face da realidade exterior da declaração também domina a doutrina francesa). Por influência kantiana, ele concebe a relação jurídica a partir da idéia de limitação da liberdade de um pela liberdade do outro. Nesse sentido, a autonomia da vontade consiste não em mera ausência de influências exteriores, mas na possibilidade de agir com base na vontade (o único elemento importante, que, por ser interno, necessita de um sinal (a declaração) para que seja reconhecido pelos outros). Para o jurista, a perfectibilização do negócio jurídico pressupõe a vontade, a declaração e a correspondência entre ambas. Inexistindo a coincidência entre esses elementos, o negócio jurídico é nulo. Segundo essa concepção, os efeitos jurídicos do negócio jurídico derivam diretamente da vontade (causa eficiente), estando nela contidos, sem qualquer interposição do ordenamento jurídico (noção que, levada ao extremo, ou impede a celebração de negócios jurídicos ou conduz a ficções em determinadas circunstâncias, haja vista a impossibilidade de leigos - e até juristas - preverem e desejarem todos os efeitos jurídicos de um ato). Esse posicionamento - que inadmite a intermediação da ordem jurídica entre a declaração volitiva e a produção de efeitos - não se confunde com aquele sustentado pelos jusnaturalistas - segundo a qual o indivíduo é o único criador de efeitos jurídicos -, porque o poder de agir com autonomia resulta de uma autorização da ordem jurídica, que, após a autorização, não mais intervém. Com a investigação psicológica jurídica de Zitelmann, desenvolvida em meados do século passado, os adeptos da teoria da vontade reduzem a vontade a um dado naturalístico-psicológico, tornando secundária a sua referência direta como modo de realização da autonomia ética do indivíduo. Em substituição, ganha relevo a análise psicológica do processo de ação. Inobstante, essa teoria não resiste às críticas que lhe são endereçadas por alguns autores, por não valorizar os interesses do destinatário da declaração volitiva (justiça equitativa) e do tráfico jurídico (exigências da atividade econômica), dando ensejo ao predomínio absoluto dos interesses do declarante (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 20-23, 45 e 50-52).

³⁷³ Em reação ao voluntarismo, desenvolve-se a doutrina segundo a qual os efeitos decorrem da ordem jurídica ou, em outra versão, entre a vontade e a causa dos efeitos interpõe-se a ordem jurídica, que retira daquela a força eficiente. Na pandectista alemã, por exemplo, surge a teoria dos efeitos práticos, que exige não a vontade dos efeitos jurídicos, mas a intenção dirigida aos efeitos econômicos ou sociais. Nesse sentido, promove, por aproximação, a moderação da teoria dos efeitos jurídicos, dando origem à teoria dos efeitos prático-jurídicos, que, sem prescindir de uma intenção específica, considera suficiente a volição dos efeitos jurídicos na sua consideração prática, com uma mera representação. E, entre essas concepções extremadas (de um lado, a que atribui à vontade o poder de produção direta de efeitos e, de outro, a que reduz o negócio jurídico a um elemento de previsão da ordem jurídica, resultando a vinculação da parte do mero preenchimento de um suporte fático estabelecido abstratamente), outras orientações são acolhidas (p.ex. teoria da delegação, teoria da condição, etc.), dentre as quais a que afirma que o negócio jurídico produz efeitos em virtude de uma atribuição legal, situando-se entre a investigação dos fatos e a subsunção (posição original de Larenz), e a que vislumbra na declaração um *a priori* lógico do direito, cuja força depende de um reconhecimento pela ordem jurídica (nova posição de Larenz) (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 46-47 e 50-52).

³⁷⁴ Nesse ponto, é oportuno referir a concepção kelsiana no sentido de que o negócio jurídico é um ato normativo, em que a vontade constitui mero ponto de referência para a imputação de efeitos jurídicos, e não uma vontade psicológica. Norma superior estabelece os efeitos do negócio, conferindo aos particulares a

as normas públicas formam uma unidade coesa).³⁷⁵

A despeito da existência de algumas diferenças conceituais, ambas as correntes envolvem a questão do fundamento da produção de efeitos do negócio jurídico (a supervalorização do papel da vontade na produção de efeitos jurídicos (vontade como causa eficiente destes) ou a minimização da vontade, com o reconhecimento de que o negócio jurídico limita-se a preencher uma previsão normativa, tendo efeitos vinculativos), evidenciando a relação entre um poder (como possibilidade) e um efeito jurídico (como resultado), bem como a interligação indissociável entre autonomia e vontade (real ou declarada) como fator de legitimação ou fundamento. Uma posição intermediária que admita a existência de uma norma de reconhecimento - em termos gerais (e não na via estreita da tipificação legal) - do negócio jurídico, fixando certas balizas para o seu conteúdo, não compromete a essência da autonomia privada³⁷⁶ e tem o condão de assegurar o respeito aos valores consagrados no ordenamento jurídico.

Relativamente à vontade como elemento do negócio jurídico, inúmeras teorias são desenvolvidas pela doutrina.

As ditas juracionistas oscilam entre a valorização do seu papel como fundamento da vinculação (voluntarismo), acentuando a prevalência dos interesses do declarante, e a exigência de proteção da confiança do destinatário da declaração volitiva, com a vinculação objetiva do declarante (teoria da declaração), tendo em vista o que aquele pode e deve extrair da declaração, cessando tal tutela - e, portanto, a vinculação do declarante ao sentido objetivo daquela - se a sua verdadeira intenção for reconhecível.³⁷⁷

Ante a insuficiência dessas concepções - que, sem atribuir um significado objetivo e

possibilidade de normatizar suas relações jurídicas e reconhecendo ao negócio a qualidade de fato produtor de direito (KELSEN, *Teoria pura do Direito*, p.123 e seguintes).

³⁷⁵ A insuficiência das soluções propostas pelo voluntarismo, aliada a uma nova configuração da estrutura sócio-econômica decorrente do desenvolvimento industrial, conduz à relativização do princípio da vontade, que não protege as expectativas do destinatário da declaração e gera insegurança no comércio jurídico. Surge, então, a teoria da declaração, segundo a qual, para o negócio jurídico, é determinante o sentido objetivo e geral da declaração, não podendo a parte invocar qualquer elemento interno para desvincular-se do compromisso assumido. Alguns pontos de vista dessa teoria aproximam-se mais ao princípio da confiança, tendo em vista a preocupação de tutelar as expectativas concretas de terceiros, acentuando-se o valor autônomo da realidade objetiva da declaração. Afastada a idéia de mera exteriorização, meio de conhecimento ou de prova da vontade, a declaração como comportamento a partir do qual terceiro pode inferir um sentido negocial tem um significado objetivo, aferível em uma perspectiva exterior. A falta de vontade não é invocável, salvo se reconhecível. Para fundamentar essa nova concepção (em favor do destinatário da declaração e da segurança no tráfico jurídico, com ampliação do campo da vinculação negocial), os autores utilizam-se das noções de ficção, de imposição da natureza das coisas e de proteção da boa-fé de terceiros (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 25-29).

³⁷⁶ PINTO, *Declaração tácita...*, p. 52.

³⁷⁷ É possível vislumbrar uma ligação entre os temas antes abordados: os adeptos da teoria dos efeitos jurídicos concedem maior peso à vontade ou à declaração como fundamento para a produção dos efeitos jurídicos do negócio jurídico, ao passo que os defensores da teoria dos efeitos práticos explicam a produção desses efeitos pelo direito objetivo (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 29 e 49).

geral à manifestação volitiva das partes, atêm-se à posição de um ou outro contratante -, a teoria da responsabilidade sustenta a existência de certos deveres correlatos ao exercício da autonomia (o declarante é responsável pelo sentido objetivo da declaração e pela falta ou vício de vontade), censurando a iniciativa do declarante de invocar a má formação da vontade, não objetivamente reconhecível, ou de conferir um sentido subjetivo à declaração que não pode ser reconhecido por outrem. Pautando-se, a imputação de responsabilidade, pelo critério do sentido objetivo da conduta, é exigível, para esse fim, a culpa do declarante, a fim de que a objetivação da responsabilidade e a valoração do significado geral da declaração (e não do sentido que o declaratário pode e deve compreender) não conduzam a soluções extremas. A noção de auto-responsabilidade atrela-se à de autodeterminação, constituindo os pilares do negócio jurídico (vinculação independentemente da vontade).³⁷⁸

Com o intuito de superar a dualidade entre declaração - como fato social pertencente ao mundo exterior, com significado objetivo e próprio - e vontade - como fato psíquico do mundo interno -, em que aquela constitui a exteriorização desta, a teoria da validade concebe a declaração não como manifestação ou revelação de uma intenção, com caráter cognitivo, e sim um ato emocional ou volitivo. Nesse sentido, não contém uma pretensão de verdade, mas de validade. É um ato social de comunicação humana, que confere significado autônomo ao conteúdo proposicional da declaração.³⁷⁹

Ampliando o campo de atuação do negócio jurídico, outras concepções objetivas também são aventadas, para, minimizando a relevância dos elementos internos, abranger as hipóteses em que não há como identificar qualquer vontade. Apenas para exemplificar, cite-se a que defende ser a declaração negocial um ato social que gera certas expectativas no outro (ato exterior de comunicação entre seres humanos ou comportamento social típico), pelo que

³⁷⁸ Segundo Paulo Mota Pinto, a aplicação de uma pura teoria da responsabilidade pode gerar duas consequências distintas: a vinculação do declarante, sem necessidade de proteção de expectativas fundadas na declaração, ou a irresponsabilidade do declarante, apesar de o declaratário merecer proteção. Todavia, uma teoria que se funde exclusivamente na responsabilidade pela culpa do agente, ou seja, centrada na atuação deste, sem consideração da posição do destinatário da declaração, revela-se insatisfatória. Por essa razão, a teoria da responsabilidade deve acolher a tutela da confiança, que atende ao destinatário e ao seu merecimento de proteção (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 32-34).

³⁷⁹ A teoria da validade foi elaborada por Karl Larenz, a partir da idéia de que a declaração de vontade traduz-se em um ato de “pôr-a-valer” consequências jurídicas, que serve ao valor da autodeterminação da pessoa. Como ato social de comunicação humana, o sentido do enunciado da declaração deve poder ser atribuído ao declarante, a partir das possibilidades de compreensão do declaratário. Observa, porém, Paulo Mota Pinto que, apesar de a unitariedade do ato superar a dicotomia entre declaração e elemento interno a exteriorizar, a teoria parece contemplar um aspecto subjetivo e outro objetivo no ato de validade. Nesse sentido, não resolve o conflito teleológico subjacente à polêmica entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, embora proponha um modo de compreender a produção de efeitos, contribuindo com a noção de imputação da declaração. Para a determinação do sentido normativo de validade (a *Geltung*), podem continuar a ser decisivos factores internos, volitivos, como se vê pela qualificação da declaração de vontade como “acto volitivo”. Propõe (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 35-38).

é vinculante, apesar da ausência de vontade interna; a que abstrai todos os elementos subjetivos, inclusive a consciência da declaração ou a vontade de ação, afastando a imputação de efeitos ao agente, paralelo ao negócio jurídico; a que equipara a declaração negocial e o negócio jurídico a atos de entendimento ou de comunicação, cujos elementos internos têm um papel secundário, não delimitador do domínio do negócio (caráter performativo da declaração negocial);³⁸⁰ e, ainda, a que, reconhecendo a impossibilidade de definir-se um único critério para delimitar o domínio negocial, sustenta que o negócio jurídico só pode ser compreendido pela ponderação de diferentes elementos integrados em um sistema móvel, no qual se conjugam, em várias graduações, a autonomia privada (como valor da autodeterminação da pessoa humana), a proteção da confiança e da segurança do tráfico jurídico e a justiça contratual (teoria combinatória).³⁸¹ A mobilidade do sistema decorre do modo como se combinam esses elementos, que pode variar concretamente:

(...) quanto mais auto-determinação, cujo grau máximo seria o da declaração sustentada inteiramente pela vontade ponderada e esclarecida (a possibilitar uma maior “garantia de justiça” contratual, a qual seria, portanto, igualmente graduável), tanto menos necessário seria, para o surgimento de uma vinculação, o elemento da segurança do tráfico ou da equivalência. Diminuindo o grau de auto-determinação, para o surgimento de uma vinculação teria de existir uma intensificada tutela da confiança ou da segurança do tráfico, bem como um controlo acrescido da “equivalência”.³⁸²

Em que pese não definam, satisfatoriamente, o domínio negocial, essas teorias contribuem para a reflexão acerca dos limites da atuação estatal no regramento contratual - o ponto de maior relevância neste estudo. A equiparação absoluta entre autonomia privada e autonomia da vontade caracteriza o modelo liberal de sociedade, que se funda nos binômios

³⁸⁰ Depois de reconhecer a insuficiência da teoria do ato social, por não esclarecer se, para o direito, basta a exterioridade do comportamento, ou se a ordem jurídica vincula certos efeitos jurídicos a uma atuação autodeterminante somente quando presente algum elemento volitivo, Paulo Mota Pinto destaca a versão de Demetrios Bailas, segundo a qual a declaração de vontade constitui uma exteriorização lingüística (e não da vontade), pela qual o agente realiza algo (vende, compra, etc.). Outros autores seguem essa mesma linha de argumentação, como, por exemplo, Ferreira de Almeida, que, erradicando a vontade da teoria do negócio jurídico, encara a declaração negocial como um ato de comunicação (ato performativo), enfatizando a noção de compreensão. A despeito disso, persiste o problema dos limites do negócio jurídico, o qual reclama a distinção entre comportamento juridicamente eficiente e juridicamente indiferente. Assim, um *enunciado seria performativo para o Direito se a um seu significado correspondesse um efeito jurídico, segundo determinadas regras*. Essa concepção, contudo, não resolve uma questão: se são certas regras que definem a relação entre o significado e os efeitos, *qual é o aspecto relevante segundo essas “regras constitutivas”* - um elemento volitivo e interno, a culpa ou responsabilidade do declarante, a confiança do declaratário ou a necessidade do tráfico jurídico? (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 40-42).

³⁸¹ Embora enfrente a questão dos limites e critérios para a definição do negócio jurídico e a da relação entre o conteúdo negocial e a justiça contratual, oferecendo possibilidades diferenciadoras e integradoras dos pontos de vistas relevantes, a teoria combinatória não leva em consideração os limites resultantes do direito positivo (como, por exemplo, a exigência da consciência da declaração), nem supera as dificuldades decorrentes da ausência de um critério de delimitação unitário (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 45).

³⁸² PINTO, *Declaração tácita...*, p. 43-45.

vontade-liberdade e igualdade-justiça,³⁸³ a relativização da vontade é a nota típica do modelo contemporâneo, delineado a partir do final do século XIX, com o propósito de coibir abusos e regular as atividades oriundas do poder de monopólios econômicos.³⁸⁴

Por não abarcar a totalidade das situações jurídicas potencialmente factíveis, o ordenamento jurídico contempla mecanismos que balizam o exercício da liberdade contratual: as normas de ordem pública, os bons costumes (que resguardam alguns setores da fenomenologia jurídica) e certas estruturas destinadas à delimitação dessa liberdade,³⁸⁵ para a proteção do contratante prejudicado pela existência de desigualdade das partes e desequilíbrio econômico.³⁸⁶

O poder normativo dos particulares não atua de modo estático, isolado e autônomo; antes, coexiste e interage, dialeticamente, com os Poderes legiferante e jurisdicional do Estado, aos quais incumbem promover, via própria, a adequação de regras convencionadas aos valores e objetivos de toda coletividade (fator de legitimação), bem como às exigências sociais.³⁸⁷

³⁸³ A crença no equilíbrio econômico natural baseado na vontade individual - típica do modelo liberal - constitui a essência das concepções oitocentistas sobre o negócio jurídico que influencia as gerações seguintes (Savigny, Windscheid, Zitelmann). Nessa linha, por exemplo, o conceito elaborado por Larenz: *La expresión autonomía de la voluntad (...) hace referencia a un instituto de Derecho Material, en virtud del cual las partes tienen la libertad de contratar o no, de decidir con quien contratan y de determinar el contenido de sus convenciones, siempre, por supuesto, sujetas a los límites impuestos por el ius cogens material del Derecho que resulte aplicable según las normas del foro* (HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Autonomia de las partes en las leyes de los Estados de America Latina. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, número especial, dez. 2007, p. 105). Contudo, as referências sócio-econômicas do modelo liberal não resistem ao confronto com a realidade da massificação dos contratos e a desigualdade entre as partes nos níveis de informação e de poder econômico. *Algumas figuras - como os contratos colectivos de trabalho, os contratos de sociedade (ou, generalizando, “contratos de organização”), os contratos de adesão e os contratos econômicos - não se mostram adaptados à regulação inespecífica do contrato, forçando a uma intervenção do Estado-legislador (...). O próprio cenário econômico da autonomia privada (mercado) foi sendo sujeito a riscos tais de descaracterização que se tornou imprescindível limitar a liberdade de celebração contratual, proibindo ou impondo a efectivação de certos contratos como garantia da concorrência* (ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, p. 9-10).

³⁸⁴ Os fatos, os homens e a realidade social mudam; mas o contrato mantém-se como um instrumento essencial da organização social. *Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma de consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época* (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira*. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 118-119).

³⁸⁵ A autonomia privada expressa-se pela liberdade contratual - possibilidade de fixar os termos e as condições da contratação - e pela liberdade de contratar - possibilidade de decidir se contrata ou não e com quem (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 226-227).

³⁸⁶ Rosa Maria de Andrade Nery prefere utilizar a expressão “subordinação estrutural” à “hipossuficiência”, para referir-se à situação mais frágil do consumidor, em razão da concentração e da internacionalização dos mercados (NERY, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 227).

³⁸⁷ Inobstante a existência de padrões valorativos difusos em decorrência do pluralismo social, político, econômico e cultural, há concepções morais consensuais e espaço para a tomada de decisões de ampla aceitação

Na esfera do direito contratual, a interferência estatal no regramento estatuído pelos particulares - ou seja, no instrumento jurídico que articula a interação intersubjetiva - comporta variados graus de intensidade, conforme a natureza dos interesses envolvidos ou a posição jurídica das partes.

Ao operador do direito está afeta a tarefa de conformar o contrato aos objetivos considerados justos e desejáveis para a sociedade, ampliando o paradigma tradicional.³⁸⁸ O legislador prescreve modelos de conduta obrigatórios tanto para o momento nomogênico da atuação normativa privatista como para o desenvolvimento das relações jurídicas dela decorrentes, traçando parâmetros para a sua configuração. Nesse aspecto, a atividade legislativa amolda e complementa a autonomia privada e até sobrepõe-se a ela, quando atribui força cogente a certas normas qualificadas pelos atributos da inderrogabilidade e irrenunciabilidade pela vontade de seus destinatários, em face da maior relevância do interesse público tutelado. O juiz, por sua vez, tem por missão resolver os conflitos derivados do exercício desse poder normativo, impondo soluções de modo coercitivo, ainda que impliquem a modificação do avençado pelos particulares.

A compreensão do modo como a intervenção estatal opera concretamente pressupõe a definição do conteúdo e da extensão da autonomia privada e a noção de obrigação como relação jurídica³⁸⁹ que se projeta no tempo e no espaço,³⁹⁰ transcendendo a simples prestação

social. Ao invés de definir a justiça, alguns juristas elaboram uma teoria de valores para aferir as expectativas em conflito ou superposição parcial recíproca. Contudo, essa teoria de valores não define a relação ideal entre os homens, nem esta deve ser considerada em relação ao fim ou propósito do direito. *Radbruch sostiene que la justicia, en el sentido de relación ideal entre los hombres, la moral en el sentido de desarrollo ideal del carácter del individuo, y la seguridad en el sentido de garantizar a los hombres la libertad contra la agresión de cualquiera de los demás y la buena fe por parte de los demás en el general intercambio de la sociedad, están en irreductible antinomia. Cualquiera de estos fines, llevado a su total desarrollo lógico niega los demás. No podemos perseguir exclusivamente uno cualquiera de ellos que no sea en detrimento de los otros ni podemos unificar los tres en una sola idea* (POUND, *Justicia...*, p. 19).

³⁸⁸ LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 237.

³⁸⁹ Em sua concepção clássica, a relação jurídica nasce de um fato jurídico e estrutura-se com dois ou mais sujeitos, um objeto, um vínculo e um conjunto de normas que estabelecem uma garantia (jurídica). Nesse sentido, a obrigação é uma relação jurídica, dotada de um objeto específico, qual seja, a prestação. Essa definição, contudo, não explica outros fenômenos decorrentes do fato jurídico que dá origem à relação obrigacional (por exemplo, a existência de deveres - não diretamente relacionados à prestação que a tipifica -, cujo descumprimento configura inadimplemento contratual). Dada a sua natureza complexa, ela compreende os deveres da prestação (principais e secundários), os deveres laterais de conduta, direitos potestativos, faculdades, ônus etc., os quais estão interligados entre si, formando um modelo estruturalmente unitário (SILVA, *A boa-fé...*, p. 56-58 e 61 e 64-65).

³⁹⁰ A relação obrigacional como totalidade desenvolve-se no sentido do atingimento de um fim, que a orienta e constitui o fundamento de sua unidade e existência. O caráter processual permite a adequação do seu conteúdo às alterações circunstanciais que são relevantes para o alcance do seu objetivo (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5). A consecução do adimplemento ou a realização dos interesses envolvidos na relação, vinculados direta ou indiretamente à prestação e à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação jurídica, são mais relevantes *do que a absoluta e perfeita realização de cada um dos passos do percurso temporal*, os quais têm sentido como meio, e não como razão em

convencionada e sujeitando-se às inconstâncias e eventualidades do mundo circundante que repercutem, substancialmente, no cumprimento da avença. A dinâmica do mundo contemporâneo reclama o constante aperfeiçoamento (evolução) ou adaptação do ajuste à realidade fática subjacente.³⁹¹ Em certas circunstâncias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do pacto e de sua aptidão para alcançar os fins perseguidos impõe-se como exigência social, econômica ou política, que transcende a perspectiva estritamente individual de cada contratante. O referencial balizador dessa intrincada simbiose - particular-legislador-juiz - é a exigência social de harmonização de interesses e otimização das forças produtivas, incidindo o princípio-garantia³⁹² da intangibilidade do pacto³⁹³ e a sua força vinculante como limites à atuação estatal interventiva.

A mudança de paradigma reclama a redefinição do papel do Estado no domínio privado, conferindo atualidade ao tema relativo à equidade em matéria contratual, enquanto peça-chave para a promoção da justiça. Conquanto seja presumível que o pactuado, porque desejado, é o justo e, nesse aspecto, vinculante para as partes,³⁹⁴ há situações em que a

si mesmo (SILVA, *A boa-fé...*, p. 66). Outrossim, a visão processual e holística da relação jurídica permite a valoração do momento prévio à pactuação, do momento da execução e do momento posterior à realização da prestação, bem como a identificação de situações (denominadas contratos relacionais) em que há vínculo, mas não necessariamente de natureza contratual em sentido estrito (p.ex. parcerias econômicas furtivas e momentâneas); em que *o vínculo oficialmente já acabou, mas há relacionamento posterior, como em um contrato cumprido, não renovado, mas novado ou mesmo reescrito; (...) em que existem vários contratos, com várias e diferentes pessoas jurídicas, como os contratos com bancos múltiplos (...) ou um contrato com quatro pessoas diferentes – banco, corretora, financeira, seguradora, ou fornecedora de serviços outros -, tudo em um só relacionamento finalístico de consumo; (...) um contrato de troca real, em que há na teoria um contrato unilateral clássico, como no mútuo, destacando a reciprocidade intrínseca das prestações, dos direitos e deveres principais e anexos, faz com que o nexo (finalnexus) que liga a prestação oficialmente única e a contraprestação escondida (pagamento de juros pelo capital colocado a disposição e o tempo) reapareça, criando um sinalagma fantasma, uma bilateralidade real, bilateralidade relacional, ousada e absolutamente não clássica* (MARQUES, *Comentários...*, p. 153).

³⁹¹ No processo de criação legislativa, a lei não consubstancia um ato de soberania estatal abstrato, dissociado da realidade social, por resultar de um acordo prévio de grupos politicamente organizados, dependendo, a sua eficácia, do consenso social que é capaz de aglutinar em torno de si. Não raras vezes, há a necessidade de aperfeiçoamento do sistema jurídico, mediante a exclusão das regras que perdem sua justificação fática, até então mantidas por razões históricas, ou a atualização de outras que se mostram dissonantes da realidade concreta. Nessa perspectiva, a modificação legislativa pode vir a alcançar relações jurídicas contratuais em curso, que, por sua projeção temporal, são suscetíveis às adaptações propostas pelo legislador.

³⁹² Sobre o conceito de princípio-garantia, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.131.

³⁹³ No ordenamento jurídico brasileiro, a garantia da irretroatividade está prevista, explicitamente, nos artigos 5º, inciso XXXVI (*XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*), e 150, inciso III (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; (...)*), ambos da Constituição Federal, e no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*).

³⁹⁴ A equiparação do contrato à lei (as convenções são a lei ou têm força semelhante à de lei, porque o querido e convencionado é justo) restringe a liberdade de interpretação do juiz e do seu poder de revisão, porque, a pretexto de garantir a independência dos Poderes, não se lhe reconhece o poder de julgar a justiça e a moralidade intrínseca do contrato. Ao juiz, incumbe assegurar a vigência das normas pactuadas, que consagram o respeito à

adequação do regramento normativo delineado pelos contratantes à realidade social faz-se necessária.³⁹⁵ Nesse domínio, o “justo” é aquilo que mais se aproxima do ponto de equilíbrio que permite o atingimento do fim que polariza a relação contratual, dentro de um contexto de normalidade (consideradas as justas expectativas individuais e sociais).

Em uma concepção de obrigação como um complexo unitário de direitos e deveres que se projetam no tempo e no espaço, refutando a unilateralidade excessiva ou a ausência de simetria na engenharia contratual, o equilíbrio intrínseco da relação em sua totalidade depende da conjugação de múltiplos fatores: a reciprocidade, quando exigível uma correlação entre as prestações assumidas no programa delineado pelas partes (sinalagma³⁹⁶), traduzindo um perfil quantitativo, qualitativo e formal ligado à simetria contratual;³⁹⁷ a comutatividade, como um critério assecuratório de vantagens mútuas (em contratos dessa natureza) ou da adequação dos riscos e ônus impostos aos contratantes; a equivalência material, na busca da igualdade dos

palavra dada e à força obrigatória dos contratos, não lhe sendo dado ponderar circunstâncias particulares. *Contratar es prever; el hombre es libre de hacer o no, y si contrata se somete a las cláusulas libremente establecidas. La ley no puede crear un “derecho de clases”, desconociendo la igualdad ante la ley que tiene jerarquia constitucional (...)*. Os critérios utilizados pelo legislador para distinguir situações diversas são objetivamente estabelecidos no texto legal (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 61-63).

³⁹⁵ Na concepção clássica, a vontade livre está na base do contrato e é o fundamento de sua força obrigatória, além de critério para a interpretação judicial. O poder da vontade constitui expressão da liberdade humana, e a vontade juridicizada, objeto de manifestações volitivas concordes entre si, gera um contrato, com força vinculante. Embora a autoridade das razões desse dogma tenha desaparecido, remanesce a vitalidade de suas conclusões. Ressalve-se, porém, que, existindo superioridade técnica de uma das partes, considera-se a outra em situação de inferioridade jurídica, devendo ser assegurada, pela interpretação, a equivalência da relação de troca própria do negócio. Nessa linha, o *Rerum Novarum* (Leão XIII) e o *Populorum progressio*, n° 59 (Paulo VI), que reconhecem que o consentimento de partes que se encontram em situações demasiadamente desiguais não é suficiente para assegurar a justiça do contrato (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 61-63).

³⁹⁶ Para a doutrina em geral, a noção de sinalagma contratual está estreitamente vinculada à idéia de equivalência material de prestações recíprocas. Com base na concepção aristotélica de justiça comutativa, os autores identificam, nos contratos ditos comutativos, a existência de um sinalagma genético, que corresponde à igualdade que deve existir no momento da celebração do contrato, e um sinalagma funcional, que diz respeito à igualdade durante a execução do contrato (BRITO, Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 142). Todavia, a complexidade das relações jurídicas de natureza contratual impõe que se atribua ao termo uma abrangência mais ampla. Sinalagma é um elemento estrutural do contrato, a *dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações co-respectivas, é o nexa final que, oriundo da vontade das partes, é moldado pela lei*. Como bem destacado na obra coletiva *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, não significa apenas bilateralidade, mas sim um modelo de organização das relações privadas, que assegura o equilíbrio contratual. Etimologicamente, a palavra grega expressa *contrato ou convenção e só no direito romano, e em sua interpretação na Idade Média, passou a ser considerada sinônimo de bilateralidade perfeita nos contratos* (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-149). A noção de sinalagma contratual está estreitamente vinculada à idéia de equivalência material de prestações recíprocas. Com base na concepção aristotélica de justiça comutativa, a doutrina identifica, nos contratos comutativos, um sinalagma genético, que se refere à igualdade que deve existir no momento da celebração do contrato, e um sinalagma funcional, que diz respeito à igualdade durante a execução do contrato (BRITO, Onerosidade excessiva..., p. 142)

³⁹⁷ A justiça contratual reclama o equilíbrio não só econômico como também em todos os aspectos do contrato, *inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica* (MARQUES, *Comentários...*, p. 149).

valores e encargos nas prestações correlativas, cuja instrumentalização é de caráter predominantemente objetivo e qualitativo; a proporcionalidade, a incidir não só quanto aos deveres de prestação como também na relação de causalidade entre meios e fins (aplicação de sanções); a proibição do enriquecimento sem causa; a função social do contrato e a igualdade. O princípio de justiça contratual incorpora juízos éticos que, repercutindo em comportamentos e no conteúdo de obrigações, superam a noção restrita de equivalência de prestações, alcançando, inclusive, contratos unilaterais (ou benéficos), que atribuem encargos a apenas uma das partes,³⁹⁸ ou, ainda, aleatórios (o equilíbrio entre as posições das partes envolve não só a questão da equivalência material das prestações como também a de sua utilidade e a da margem de risco assumida por cada contratante).

A solução adequada ao caso concreto depende da correta identificação da espécie contratual considerada,³⁹⁹ na medida em que o espaço para a valoração das singularidades do caso concreto na solução de litígios (equidade) varia conforme a intensidade da participação

³⁹⁸ MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 393. Sobre a unilateralidade dos negócios jurídicos em geral, consultar: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXI. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 5-8.

³⁹⁹ Classificar implica repartir um conjunto de elementos, unidades ou objetos em classes/grupos coordenados ou subordinados, com base em critérios previamente estabelecidos. A atividade classificatória pressupõe a divisão e/ou combinação ordenada de coisas e a escolha de padrões básicos que orientem essa ordenação. A definição desses critérios não resulta de mero ato de vontade ou de livre disposição do sujeito cognoscente, mas de um juízo valorativo (racional), que se refere a uma determinada realidade (anterior lógica e ontologicamente ao sujeito), a partir de uma intencionalidade específica (a pretensão de apreender uma realidade externa a si próprio e ao seu aparato cognitivo). Eles devem *abranger, entre outros, o número de categorias estabelecidas, as diferenças que justificam a inclusão ou exclusão de cada objeto em determinada categoria, bem como a ordem de hierarquia entre as distintas categorias identificadas. (...) a eleição de um critério classificatório envolve sempre um juízo intelectual que necessite de uma correspondente justificação racional escorada em algum elemento objetivado (externo ao sujeito que classifica) (...). Além disso, a justificação racional dos critérios que compõem uma classificação deve estar apta a ser compartilhada por aqueles que se dedicam ao mesmo campo de conhecimento, o que impõe venha ela a estabelecer parâmetros mínimos de consenso dentro da comunidade científica* (FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33-35). A despeito da ausência de uniformidade quanto aos critérios de classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* (categoria que abrange todos os acontecimentos (naturais, sem a interferência do homem, ou humanos, relacionados com a vontade do homem) que, de forma direta ou indireta, acarretam efeitos jurídicos), em geral, o contrato é apontado como espécie de negócio jurídico, assim entendido como o ato jurídico (ou seja, um evento emanado de uma vontade humana) no qual *existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (...)*. Tanto o testamento (negócio jurídico unilateral) como o contrato (negócio jurídico bilateral) geram efeitos jurídicos, porque essa é a intenção dos declarantes da vontade (intuito negocial). Já o ato jurídico não negocial só produz os efeitos jurídicos previamente determinados pela lei, ainda que, para a sua prática, atue a vontade humana. Observe-se que, ao contrário do Código Civil brasileiro de 1916, que se limitou a definir o ato jurídico, sem mencionar o termo “negócio jurídico”, o Código de 2002 contempla-o expressamente no Título I do Livro III (Dos fatos jurídicos) e no artigo 185 (*Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior*). Essa terminologia tem origem na doutrina alemã e foi incorporada por diversos países (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 323-325). Enfatize-se, ainda, que a locução ‘ato-fato jurídico’ é utilizada para designar o fato jurídico qualificado pela atuação humana, quando irrelevante a existência ou não da intenção de praticá-lo. Sobre o tema, ver: MIRANDA, *Tratado...*, Tomo II, p. 372-373.

do contratante na composição do regramento contratual.⁴⁰⁰

2.1 As espécies contratuais

Nas primeiras décadas do século XX, por influência da pandectística alemã, as expressões “negócio jurídico”⁴⁰¹ (como espécie do gênero constituído pelos atos jurídicos em

⁴⁰⁰ A relevância da espécie contratual para a definição do conteúdo do regramento aplicável à relação jurídica contratual é retratada em precedente oriundo do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em cuja ementa restou consignado que a regra da interpretação mais favorável ao consumidor justifica-se pelo fato de não ter participado da elaboração das cláusulas contratuais a que aderiu, tendo a finalidade de lhe assegurar uma posição contratual mais cômoda (BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 436853/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/05/2006, DJ 27/11/2006, p. 273).

⁴⁰¹ No direito romano, o termo *negotium* designa uma atividade apenas material (de fato), sem conotação técnica de declaração de vontade. As primeiras referências à concepção atual de negócio jurídico são atribuídas a autores jusracionalistas e ao *usus modernus pandectarum*. O conceito geral, posteriormente adotado pela doutrina alemã oitocentista, é elaborado somente no século XVIII (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 17). Ao discorrer sobre o negócio jurídico, a doutrina adota uma posição que ora tende a enfatizar a sua gênese (ato de vontade que visa a produzir efeitos), dando destaque à vontade que lhe dá origem, ora inclina-se a valorizar a sua função (preceito (ou norma jurídica concreta) que extrai a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma visão escalonada de normas), conferindo relevância ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (auto-regramento da vontade). Tais definições, contudo, são insuficientes, porque ou abrangem mais do que o definido (p.ex. os atos ilícitos não negociais realizados por alguém que deseja os efeitos previstos na lei, cuja vinculação tem origem legal), ou deixam de abarcar todo o definido (p.ex. a hipótese de conversão substancial em que o negócio efetivamente e realizado é ineficaz, porém contém os pressupostos para que seja eficaz como outro negócio, não previsto nem desejado, havendo razões para presumir-se que as partes, caso soubessem da ineficácia daquele, desejariam este outro; a de contrato firmado sob coação absoluta, entre outras). As dificuldades conceituais potencializam-se quando há a necessidade de extremar a declaração negocial tácita em face de outras hipóteses não negociais e de outras modalidades de declaração negocial (declaração expressa, atuações de vontade e declaração pelo silêncio). Para Antônio Junqueira de Azevedo, tanto a corrente voluntarista como a objetivista pecam pelo unilateralismo, seja por supervalorizar a vontade como elemento subjetivo de difícil apreensão objetiva, seja por acolher uma transformação artificial do negócio jurídico em norma, tendo o próprio Betti admitido que o conteúdo negocial adquire *status* de preceito jurídico, por um processo de recepção do ordenamento jurídico (e não por si só). Os voluntaristas descrevem o negócio jurídico em uma perspectiva psicológica (a vontade interna ou real do declarante, assumindo a sua exteriorização (declaração) um caráter acidental ou secundário), fundados no dogma da vontade, quando esta não é elemento necessário para a existência, e sim para a validade e a eficácia da vinculação jurídica, existindo, inclusive, situações em que a manifestação de vontade não é, na sua essência, livre no campo contratual. Os partidários da corrente objetivista (Bulow, Henle, Larenz e Betti) defendem o predomínio da declaração objetiva sobre a vontade objetiva, em prol da proteção do comércio jurídico (os interesses individuais exteriorizados na declaração de vontade são tutelados na medida em que o ordenamento positivo os reconhece como tais), constituindo o negócio jurídico um meio reconhecido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, ou seja, *um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante*. Todavia, excluem desse universo aqueles que são nulos ou anuláveis. Em razão disso, o autor propõe uma análise estrutural do negócio jurídico: como categoria (ou fato jurídico abstrato), consiste em *uma manifestação de vontade* [declaração volitiva] *cercada de certas circunstâncias* (as circunstâncias negociais) *que fazem que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos*; como fato jurídico concreto, compreende uma *declaração de vontade*, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como *queridos*, *respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide*. Trata-se de um ato cercado de circunstâncias que o fazem ser visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos, devendo existir uma correspondência entre os efeitos atribuídos pelo ordenamento jurídico e os efeitos manifestados como queridos pelas partes. Substituída a perspectiva psicológica por uma visão social, o negócio jurídico deixa de ser examinado pela ótica estreita da vontade do contratante, pois,

sentido estrito) e “declaração de vontade” - em substituição aos termos “contrato”⁴⁰² ⁴⁰³ e “consentimento”,⁴⁰⁴ respectivamente - designam a manifestação de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos consistentes na criação, modificação ou extinção de direitos subjetivos.

respeitados certos pressupostos (de existência, validade e eficácia), o ordenamento atribui-lhe efeitos jurídicos, em correspondência aos efeitos manifestados como desejados. Essa concepção estrutural permite resolver duas questões complexas: o papel da vontade e o papel da causa, que, para Antonio J. de Azevedo, não fazem parte do negócio jurídico, embora constituam meios de sua correção (que evitam efeitos não queridos (subjetivamente pelo agente (vontade) ou objetivamente pela ordem jurídica (causa)). Observa, ainda, que a caracterização do negócio jurídico como ato lícito, proposta pela doutrina e pela legislação, não prima pelo rigor lógico, porque ser lícito ou ilícito é qualificação que se atribui a fatos jurídicos, conforme a sua aprovação ou não pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, não constitui um elemento de sua estrutura (ou conceito) (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-22).

⁴⁰² A concepção moderna de contrato é introduzida pelo Código Civil Francês, sob a inspiração das doutrinas de Domat e Pothier. Desvinculado racionalmente dos precedentes romanos, a partir de uma visão voluntarista, é definido como instrumento idôneo à realização de um direito formalmente igual para todos, mediante a individualização da vontade humana como fonte primária de efeitos jurídicos. Já a noção de negócio jurídico surge no bojo de um processo de extrema generalização e abstração, promovido pela doutrina pandectista alemã. Idealizado como instrumento ideológico que, funcionalizando os interesses da burguesia, justifica a necessidade de o Estado abster-se de interferir na dinâmica negocial gerenciada pelos particulares, pressupõe o poder eficiente de uma vontade racional, assentado na identificação dos participantes e na consciência dos efeitos a produzir. Nesse contexto, a tutela jurídico-estatal limita-se a propiciar a estruturação das relações jurídicas, afastando eventuais obstáculos ao livre exercício da autonomia.

⁴⁰³ Para alguns autores, a distinção entre negócio jurídico e contrato está fundada na maior ou menor amplitude de um e outro. O primeiro designa a manifestação de vontade que, dentro dos limites prescritos em lei, estabelece os efeitos jurídicos da vinculação jurídica que ensejará e destina-se a ser conhecida por outrem. Por gerar expectativas no espírito de outrem, não pode ser traído por atos posteriores daquele ou de terceiros (MIRANDA, Custódio da Piedade Ulbanino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 21-22). Nascido com a idéia de autonomia de vontade, o segundo é definido restritivamente e supõe a existência de prestações (obrigações de dar ou fazer) (MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação na Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, 1992, p. 127-154). Para Juan Luis Miquel, o negócio jurídico é unilateral, quando fruto da manifestação de vontade de uma só parte (*ex uno latere*), e bilateral ou plurilateral, quando resulta da manifestação de vontade de duas ou mais partes (*ex duobus vel pluribus lateribus*); o contrato é sempre bilateral. A unilateralidade ou a bilateralidade do negócio jurídico diz respeito a um qualificativo relacionado ao número de manifestações de vontade que nele intervém; quando referidas ao contrato, tem em vista a circunstância de as obrigações que deles derivam estarem a cargo de uma ou de ambas partes (classificação quanto à estrutura interna do negócio) (*Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 113-114). Sobre a origem da idéia de vinculação jurídica dessa natureza, ver: MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de Contrato na História dos Pactos. *Revista Organon*, Porto Alegre, v. 6, p.19, 1992.

⁴⁰⁴ Embora constitua, no psiquismo do agente, um estímulo interno que conduz à prática do ato, a vontade só tem relevância jurídica quando exteriorizada. O modo pelo qual se expressa é variado: forma verbal ou escrita, gestos ou comportamentos significativos, existindo, ainda, casos em que o próprio silêncio (ou a ausência de manifestação de vontade), por consubstanciar uma atitude do sujeito, possui sentido próprio juridicamente relevante (p.ex. artigos 111 e 432 do Código Civil brasileiro de 2002). Em que pese alguns autores vislumbrem nos termos ‘manifestação’ e ‘declaração’ diferenças conceituais (esta, a vontade direcionada a uma determinada pessoa, resultando o “consentimento” de duas declarações volitivas convergentes; aquela, qualquer forma de exteriorização da vontade), nas declarações volitivas, distinguem-se dois elementos principais: a declaração propriamente dita (elemento externo ou o comportamento que traduz o conteúdo da vontade) e a vontade (elemento interno ou o impulso que se projeta no mundo exterior). Para Manuel A. Domingues de Andrade, o elemento interno subdivide-se em: vontade da ação (aquela que é desejada), vontade da declaração (aquela que se traduz em uma conduta consciente e voluntária, mas sem o desejo de atribuir o significado consubstanciado no negócio jurídico) e vontade negocial (aquela que se manifesta com o intuito de realizar determinado negócio), podendo ela, em quaisquer dessas modalidades, não coincidir com o elemento externo (vício do negócio jurídico) (VENOSA, *Código Civil...*, p. 117-118).

Posteriormente, o negócio jurídico adquire autonomia substancial e, conseqüentemente, *status* de categoria jurídica, perspectivada como manifestação volitiva qualificada (declaração de vontade), resultante de uma atuação no exercício da autonomia privada (cunho negocial).⁴⁰⁵ Após sucessivas operações de depuração conceitual (primeiro, pela identificação dos fatos que não são atos jurídicos, depois dos atos jurídicos que, pela negativa, não são negócios jurídicos e, finalmente, dos negócios jurídicos que não são contratos), o contrato passa a constituir espécie desse gênero.

A par das dificuldades de delimitação em relação à categoria dos atos jurídicos (ou atos jurídicos não negociais) e a certas situações que, na tradição romanística, são qualificadas como ‘quase-contratos’,⁴⁰⁶ a noção de contrato como espécie de negócio jurídico firma-se na doutrina e na legislação de inúmeros países. A ausência de uniformidade de critérios para o exame de sua estrutura⁴⁰⁷ não compromete a análise da atuação do Poder Judiciário como

⁴⁰⁵ Ao discorrer sobre o problema da autonomização em face dos atos jurídicos propriamente ditos, Paulo Mota Pinto destaca que a noção de negócio jurídico é alvo de inúmeras críticas pela imprecisão de fronteiras. Alguns autores portugueses preferem manter, na linha da doutrina francesa, a dicotomia entre fatos jurídicos e atos jurídicos. A despeito disso, o negócio jurídico consolida-se na doutrina nas primeiras décadas do século XX (*Declaração tácita...*, p. 13).

⁴⁰⁶ Relacionada com a existência de situações não enquadráveis no conceito de contrato, está a questão da admissibilidade de fundamentos não negociais de vinculação, mas com efeitos próximos do negócio jurídico, que não configuram fato ilícito ou hipótese de responsabilidade civil. Sobre o tema, ver: PINTO, *Declaração tácita...*, p. 64.

⁴⁰⁷ A doutrina diverge não só em relação aos critérios como também à denominação dos caracteres estruturais do negócio jurídico (categoria jurídica na qual se incluem os contratos): elementos (que, semanticamente, designam tudo o que se insere na composição de algo), pressupostos (as circunstâncias ou os fatos que constituem antecedentes necessários de algo) e requisitos (as condições necessárias para o alcance de determinado objetivo ou o preenchimento de certo fim). No sistema tradicional de classificação, a noção de elemento é adotada para qualificar o negócio jurídico: são *essenciais* genéricos (os pertinentes a qualquer negócio jurídico - ou seja, o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei, mencionados como requisitos de validade pelo legislador (artigo 104 do Código Civil brasileiro de 2002)) e os específicos (os relativos a um determinado negócio jurídico), *naturais* (as conseqüências que decorrem do próprio negócio jurídico, independentemente de expressa menção - p. ex. na compra e venda, a garantia pelos vícios redibitórios e pelos riscos da evicção) e *acidentais* (os que se acrescentam ao negócio jurídico, para modificarem alguma de suas características naturais - p. ex. a condição, o termo e o encargo). Nesse contexto, a vontade (ou declaração) é apontada como elemento, pressuposto ou requisito fundamental dele, tendo em vista a possibilidade de o negócio jurídico ser analisado nos planos da existência, da validade e da eficácia. Com relação à causa (ou ao motivo juridicamente relevante) do negócio jurídico, é controvertida a sua condição (ou não) de elemento de validade deste. Sem mencioná-la expressamente, salvo em situações especiais (p.ex. artigos 90 e 140 do Código Civil de 1916 e artigos 461 e 876 e seguintes do Código Civil de 2002), tanto o legislador civil de 1916 como o de 2002 optaram pela utilização do termo “objeto” em sentido amplo. A respeito do tema, os juristas dividem-se entre os que consideram a causa como elemento essencial e os que a concebem como elemento dispensável. Entre os causalistas, há os que adotam uma concepção subjetivista (a causa compreende as representações psicológicas que induzem as partes à conclusão do negócio jurídico ou o fim próximo para esta) e os que defendem uma concepção objetivista (a causa é o elemento distintivo do negócio jurídico ou a função econômico-social de cada figura negocial). As duas correntes chegam aos mesmos resultados, distinguindo-se apenas quanto às perspectivas de análise (os objetivistas encaram o negócio jurídico em si próprio, *abstraindo-o da representação psíquica das partes*) (VENOSA, Silvío de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110-111 e 116-117).

terceiro interveniente na relação jurídico-contratual.⁴⁰⁸ A extensão do poder do juiz de modificar o regramento contratual após a estipulação das normas destinadas a regerem a relação obrigacional derivada do contrato depende da concepção do poder normativo reconhecido aos particulares e da força integrativa da legislação vigente no ordenamento jurídico.⁴⁰⁹ Por reproduzir, no campo das relações contratuais, os arranjos institucionais estabelecidos entre as forças econômicas e políticas que contracenam no cenário nacional,⁴¹⁰ traduzindo o modelo econômico positivado no texto constitucional, a extensão desse poder jurígeno varia no tempo⁴¹¹ e no espaço.

O incremento da complexidade das relações sociais estimula a proliferação das formas atípicas em substituição aos modelos contratuais típicos,⁴¹² sem o abandono dos ideais de justiça e segurança jurídica, que consubstanciam os elementos estruturantes do Estado de Direito.⁴¹³ Enquanto os atos negociais *secundum legem* (p.ex. contratos típicos) extraem sua força normativa da lei, os *praetem legem* (p.ex. contratos atípicos) inovam no vazio da lei, criando normas vinculantes para as partes, com fundamento em uma regra estrutural (a autonomia privada), não tendo os *contra legem* força para obrigar.⁴¹⁴

Nesse contexto, a atuação do Estado no campo do direito privado transforma-se por

⁴⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 20-31.

⁴⁰⁹ Segundo Paulo R. Ribeiro Nalin, o contrato é reflexo das influências sócio-econômicas de sua época. Ele traduz o regime político e as tendências econômicas vigorantes no país (Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luis Edson (org.), *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 199).

⁴¹⁰ Sobre a expansão do poder estatal no domínio privado, ver: COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 63, p. 28-36, jul./set. 1982.

⁴¹¹ Na Antiguidade clássica, o direito é um fenômeno sagrado, imanente à vida e à tradição romana, apreendido por um saber ético - a prudência. Na Idade Média, o cenário jurídico é dominado pelo pluralismo, pela coexistência de fontes e ordenamentos, sem conexão substancial entre si (modelo assistemático). O direito, de matriz consuetudinária, é produzido por autoridade não investida de poderes públicos (*interpretatio* dos doutores, juízes e notários), adquirindo uma dimensão transcendente. Não é pensado como estrutura harmônica, ordenada e geral, aplicável a todos e com vigência em determinado espaço, em razão de uma fonte única (legal). A teoria jurídica corresponde a uma teoria da exegese e de interpretação de textos singulares. O resgate do direito romano (absorvido pelas universidades) serve como instrumento de organização, sobretudo para a centralização daquele poder no continente europeu (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 45 e 47). Com o Renascimento, o direito perde, paulatinamente, o caráter sagrado, promovendo-se a tecnização do saber jurídico e o distanciamento da ética. No período de 1600 a 1800, ele sofre a influência dos sistemas racionais, inaugurando-se a fase do direito racional. A preocupação dos juristas é construir um pensamento jurídico neutro capaz de conduzir à racionalização e à formalização do direito, que se legitima perante a razão por meio de proposições universalmente válidas e logicamente concatenadas. A essa idéia (realizada, concretamente, com as grandes codificações oitocentistas), agrega-se o postulado antropológico do homem como um elemento de um mundo concebido segundo leis naturais (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 65-68).

⁴¹² LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 61-62.

⁴¹³ Para os defensores de uma concepção liberal-individualista, o contrato tem, em seus efeitos, uma força vinculante e imperativa semelhante à lei, de modo que o juiz não pode modificá-lo, sob pena de ofensa aos direitos de liberdade, de propriedade e à segurança jurídica. Cabe-lhe, isto sim, assegurar a vigência das normas pactuadas em respeito à palavra dada e à força obrigatória dos contratos (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 61).

⁴¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 212.

influência de inúmeros fatores, refletindo hoje a crise existente na teoria das fontes de direito⁴¹⁵ e nos modos de solução dos conflitos intersubjetivos. A possibilidade de modificação judicial do contrato após sua perfectibilização suscita controvérsia quando fundada na equidade, pelo temor ao excesso de subjetivismo no poder reconhecido ao juiz de cercear a autonomia individual.

Para melhor compreensão do tema, analisemos as diversas espécies contratuais existentes,⁴¹⁶ tendo em vista que as soluções jurídicas dependem, em larga medida, da natureza do ajuste.

2.1.1 Contratos paritários

O modelo contratual paritário está vinculado à concepção de autonomia privada em sua versão original. Façamos um breve retrospecto histórico sobre esse tema.

O desenvolvimento do capitalismo e o aparecimento do Estado burocrático⁴¹⁷ fazem

⁴¹⁵ Segundo Clóvis do Couto e Silva, a crise na teoria das fontes é fruto da assimilação pelo ordenamento jurídico de *princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito*, o que se reflete no *rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo* (COUTO E SILVA, Clóvis, *A obrigação...*, p. 74).

⁴¹⁶ Conquanto os modelos contratuais sejam dinâmicos, a doutrina elenca diferentes critérios para a classificação dos contratos. Um dos mais mencionados na doutrina é o que distingue os contratos típicos (aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e atribuindo-lhe um *nomem juris*) dos atípicos (aquele que, inobstante lícito, não é disciplinado, de modo específico, pela lei, sujeitando-se às normas gerais do contrato). Ao referir-se a essa categoria contratual, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka critica a expressão que pretende substituí-la - “inominados” -, afirmando que a atipicidade de um contrato não decorre do fato de ter, ou nome, uma denominação específica, mas, sim, por não estar devidamente disciplinado em lei. Destaca, ainda, que o novo Código Civil brasileiro acolhe e tipifica diversas espécies contratuais que eram tradicionais na práxis jurídica, mas considerados modelos atípicos, tais como: o contrato de transporte, o contrato de comissão, o contrato de agência e distribuição, o contrato de corretagem, o contrato preliminar e o contrato estimatório. Todavia, não o faz em relação a outros tipos mais contemporâneos, como os contratos de *leasing* e de franquia, nem estabelece regras específicas para as modalidades coligadas de contratos. Sustenta que, por assemelhar-se o mecanismo de aglutinação dos contratos coligados (nos quais há uma pluralidade de contratos unidos em torno de relação negocial própria, da qual não resulta uma unicidade (existindo apenas uma dependência recíproca ou unilateral dos contratos jungidos), sendo regido, cada um dele, pelas normas relativas a sua espécie) ao dos contratos mistos (nos quais há uma combinação de elementos de diferentes contratos, que forma uma espécie contratual única, não disciplinada em lei), é oportuna a regulamentação da matéria na legislação codificada (HIRONAKA, Contrato..., p. 120-122).

⁴¹⁷ *As primeiras manifestações de uma diferença entre entes privados comuns (sociedades religiosas, comerciais) e entes públicos datam da Idade Média e ocorrem por duas razões profundas: as finanças e a guerra. De um lado, o crescimento em número dos homens livres altera o problema da organização e da gestão financeira da esfera pública. De outro, a complexidade da arte da guerra aumenta as exigências de organização e eficiência (razão pela qual até mesmo as organizações administrativas civis se orientaram sempre e largamente pela técnica das organizações militares e sua hierarquia). Não se pode precisar exatamente quando nasce a forma Estado, no sentido moderno. Em todo o caso, dela faz parte, desde o início, uma organização administrativa própria (o Estado, organismo burocrático), ao que se acrescenta a idéia de uma grandeza superior (o Estado, soberania). Max Weber (1976), por exemplo, identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização racional de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como*

triumfar o individualismo e o primado da autonomia da vontade. A ascensão social, econômica e finalmente política da classe burguesa confere nova feição às relações concretas de poder, exercido, de modo contínuo e permanente, por meio de instituições e procedimentos, com mecanismos assecuratórios de segurança.⁴¹⁸ Prevalece a concepção de que a riqueza e o bem-estar coletivo correspondem ao simples somatório das riquezas e do bem-estar individual, resultantes da atividade dos particulares, sem a participação estatal.

A atuação do Estado na esfera privada, além de ínfima, tem um conteúdo predominantemente negativo,⁴¹⁹ porque se acredita que, garantindo a liberdade individual, assegura-se a racionalização do processo produtivo e distributivo de bens e a satisfação de necessidades,⁴²⁰ superando os entraves opostos pelo excessivo formalismo, herdado do direito romano, ao livre desenvolvimento das relações sociais.⁴²¹ A idéia de contrato social como arranjo organizado de vontades e a de império da lei (supremacia) como centro irradiador da ordem são reconhecidas como elementos básicos da soberania.⁴²²

poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p. 147-148).

⁴¹⁸ *Desde o Renascimento, as alterações sociais, a complexidade populacional, o crescimento da atividade mercantil modificam as relações concretas de poder, como havia na Idade Média (suserano/súdito), que são substituídas por uma outra, da qual a burguesia se apossará rapidamente. Esse novo tipo de poder, que Foucault (1982:188) chama de poder disciplinar, não é mais apenas poder sobre o território, mas sobre o corpo e seus atos, numa palavra, poder sobre o trabalho. Esse poder é mais racionalizável, pois não é descontínuo, nem ocorre apenas quando necessário, nem tem instrumentos ocasionais como imposições assistemáticas de impostos, mas é contínuo, permanente e exige um sistema de delegações. Com isso, uma idéia central para a teoria das fontes, a noção de soberania, adquire certa flexibilidade abstrata que esconde as relações de propriedade como poder e cria a impressão de que tudo tem uma base naturalmente econômica, competindo ao poder político zelar convenientemente por ela (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p.192/193).*

⁴¹⁹ Segundo Manuel Arauz Castex, o século XVIII é marcado pela luta do indivíduo contra o Estado, na tentativa de sobrepor os direitos individuais ao absolutismo estatal. O século XIX presencia o confronto entre os próprios indivíduos, o que motiva a intervenção estatal mais incisiva no campo do direito privado para evitar ou minimizar a opressão (ARAUZ CASTEX, Manuel. *La Ley de Orden Publico*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945, p. 82-83). O sistema normativo autoreferencia-se de modo quase absoluto, e a sua fonte é, por excelência, a lei. A principal corrente do pensamento jurídico do século XIX, seguindo a tradição dos séculos XVII e XVIII, busca a liberdade individual por meio da ação coletiva e reclama o máximo de controle governamental como agente de uma máxima liberdade. Os socialistas do século XIX marcam o início de uma transição até uma concepção novo do fim do direito. Em outra direção trilham Grócio, Leibniz e seus discípulos, ao considerarem a sociedade como a cooperação de seres dotados de razão. À sociedade incumbe resolver os conflitos entre o individual e o universal. Essa linha de pensamento dá origem às escolas social-filosóficas do início do século XX. Para Roscoe Pound, observa-se, atualmente, o renascimento do direito natural (neoescolasticismo ou neotomismo), o qual propõe uma teoria do fim do direito *por deducción lógica de lo que se nos da por revelación y por inteligencia, por una técnica de elección guiada por "los fines predeterminados del orden jurídico que propone los medios de su propia realización"* (POUND, *Justicia...*, p. 24).

⁴²⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 27.

⁴²¹ PAGE, Henry. *Traité de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950, v. 2, p. 437.

⁴²² *A positivação (...) significou a institucionalização da mutabilidade do direito. Antes do século XIX, fazia-se uma diferença entre o velho e o novo direito, em termos diacrônicos: a prevalência de um sobre o outro dependia de fatores temporais e empíricos: qual veio antes, qual veio depois. Após o século XIX, a questão deixa de ser empírica, para colocar-se em termos de força vinculante: deixa de ser decisiva a precedência no tempo, para saber qual direito prevalece e revoga o outro. Ou seja, não se pergunta, primariamente, o que, quem, quando, em que circunstâncias, por que existe um direito, mas qual o direito que, no sistema, vale. A positivação*

Abandonado o sistema feudal fundado no *status* e na palavra dada solenemente,⁴²³ o direito estatal serve à vontade individual, complementando-a com base em uma vontade presumida. Igualdade e liberdade são essencialmente formais,⁴²⁴ e o livre jogo das forças individuais encarrega-se de sua “substantivação”,⁴²⁵ representando a intervenção do Estado um risco de falseamento de todo o sistema.⁴²⁶ A mera atuação das forças sociais, conduzidas pela “mão invisível” a que se refere Adam Smith, desemboca naturalmente em um ponto de equilíbrio.^{427 428}

No ordenamento jurídico, existem, basicamente, duas espécies normativas: as que se

significou, assim, a contingência de todo e qualquer direito que não apenas é posto por decisão, mas também vale por decisão. (...) o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um, embora, ao mesmo tempo, continue sendo aceito por todos e cada um (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 149).

⁴²³ Convém lembrar que, até o século XIX, o direito indiano e o direito hispânico baseiam-se no casuísmo (que concebe o direito apoiado em normas que se realizam na decisão de casos concretos, operando o casuísta com algumas regras e conceitos fundamentais). Somente a partir da codificação francesa, surge o racionalismo sistemático (que compreende o direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado, com uma ordem e uma conexão conceitual internas, o qual encerra em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que surgem no convívio social). Embora ambos os sistemas aglutinem normas, eles diferenciam-se entre si no tocante à ordem conferida a elas: o casuísmo ordena as normas em torno do caso; o sistemático o faz de modo racional-apriorístico. *No pensamento casuístico a idéia de ordem chega ao final e é produto de uma acumulação que já não se suporta, no sistemático é o ponto de partida prévio ao desenho da lei. O pensar sistemático parte de uma totalidade, já o pensamento casuístico procede de modo inverso, pode contar com conhecimentos fragmentários.* Hoje vivenciamos a crise da codificação, da relação entre caso e sistema, existindo forte tendência ao retorno do casuísmo, com a reconsideração do sistema. Longe de configurar um sistema meramente dedutivo, o direito é um sistema dialético, aberto, orientado ao problema e em permanente movimento. Mas poderá conduzir ao caos social, se for movido pela perspectiva única dos interesses individuais. É preciso sempre saber quais os benefícios ou prejuízos que sofre o terceiro ausente no conflito bilateral - a sociedade (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 79-80).

⁴²⁴ A autoridade do Estado coexiste com a soberania do indivíduo, mantendo aquele, no domínio econômico e contratual, uma neutralidade estática, que despreza as desigualdades econômicas reais. A idéia do liberalismo clássico oitocentista é sucedida pelo liberalismo inglês do final do século XIX e início do XX, mas sucumbe ante as revoluções e movimento progressistas que se propagam a partir de Encíclicas da Igreja e da Revolução de 1917 (NALIN, *Ética...*, p. 199).

⁴²⁵ Discorrendo sobre o tema, Ana Prata reporta-se à lição de Ferdinand Lassale (A essência da Constituição), segundo a qual o Estado atua como “guarda noturno” que tem a missão de velar pelas liberdades econômicas burguesas. A lei fundamental é inoperante perante os fatores reais do poder. O verdadeiro fundamento do direito constitucional é a força dos canhões (PRATA, *A tutela...*, p. 30-31). Konrad Hesse distingue ‘Constituição jurídica’ e ‘Constituição real’, revelando, esta, as relações de poder dominantes em determinado contexto, e aquela, a ordenação jurídica conformadora da realidade política e social (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991).

⁴²⁶ Os revolucionários burgueses acreditam que, em sendo a lei a norma descoberta pela atividade racional, não pode atentar contra a justiça e a liberdade. O trabalho do parlamento é orientado pela razão, e a lei é cultuada enquanto forma (positivismo). A liberdade e a justiça asseguradas pela lei correspondem à liberdade e à justiça professadas pela classe que conquistara o aparelho estatal. Inexistindo o confronto ideológico nas casas legislativas, compostas quase que exclusivamente por representantes da burguesia, a lei é uma expressão da vontade geral, compreendida esta como a vontade manifestada pelos representantes da nação (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo*. In: *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35).

⁴²⁷ COUTO E SILVA, *Responsabilidade...*, p. 28.

⁴²⁸ Na concepção liberal-individualista, os contratos envolvem interesses de cunho eminentemente privado, que pertencem ao campo econômico e não afetam ao Estado em suas finanças ou economias, nem põem em risco a segurança da nação. Ademais, o juiz é especialista em questões jurídicas, e não em negócios imobiliários, transporte de mercadorias, curvas inflacionárias, dentre outros (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 64-65).

destinam à defesa do indivíduo contra a ação estatal intromissora e as de caráter excepcional, com as quais são asseguradas as condições mínimas de funcionamento do sistema, propiciando a atuação das forças econômicas em termos concorrenciais, se, por razões históricas, elas não existirem. A sociedade é emancipada do Estado, que se limita a garantir os poderes derivados da propriedade e seu exercício na contratação. A liberdade e a igualdade dos indivíduos, no campo privado, são presumidas, sendo reservada sua disciplina às normas públicas.

O direito é construído pelo legislador como uma obra lógico-racional atemporal, aplicável em qualquer lugar, sem conotações sociais ou econômicas. A perda de padrões comportamentais estáveis torna necessária a definição de critérios para a qualificação jurídica de *manifestações prescritivas da conduta social como normas*.⁴²⁹ O esforço de racionalização do arcabouço jurídico⁴³⁰ dá ensejo à elaboração de uma teoria das fontes, que, focada na segurança e na certeza das relações sociais, pretende demarcar o papel do Estado, da sociedade e do indivíduo, sistematizando, organizando e regulando o aparecimento contínuo e plural de normas.⁴³¹ O abstencionismo estatal em face dos interesses particulares, longe de significar a inexistência ou a preterição do interesse público, revela uma concepção específica deste, traduzindo a exigência de propiciar condições ideais para a realização dos interesses privados, que não se contradizem substancialmente.

Nesse contexto, todo o sistema contratual assenta-se no indivíduo e limita-se, subjetiva e objetivamente, à sua esfera pessoal e patrimonial.⁴³² A autonomia privada consiste no poder do particular de regular as condições e as modalidades de seus acordos, com ampla liberdade e independentemente de tutela legal (vontade individual), bem como eleger o conteúdo, o objeto e a extensão de suas convenções, à luz de seus interesses pessoais, e sob a garantia

⁴²⁹ *A dogmática, desde o século XIX, desempenha essa função [estabelecer os critérios para a qualificação jurídica de certas manifestações prescritivas], pois a consciência da mutabilidade gerou insegurança e incerteza que não podiam mais ser contornadas por postulados subconscientes como “forças sagradas”, “tradições inquestionáveis”, “postulados da razão” etc. (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p. 192).*

⁴³⁰ *A moderna teoria das fontes traduz-se em uma racionalização do fenômeno jurídico e uma justificação de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico máximo é o liberalismo. Adotando a doutrina weberiana, é o predomínio da “dominação legal”, fundada na crença na legitimidade do poder assentado na racionalidade e na eficiência da ordem. Quando a dominação tem por fundamento a crença na tradição (dominação tradicional) ou no carisma (o prestígio da liderança), não se desenvolve, como centro crucial de preocupação, uma teoria das fontes do direito (FERRAZ JÚNIOR, Introdução..., p. 192).*

⁴³¹ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 193.

⁴³² Nesse sistema, são três os princípios fundamentais: o da liberdade contratual, que significa a possibilidade de as partes, dentro dos limites da ordem pública, convencionarem o que quiserem e como quiserem; o da obrigatoriedade do pacto, que se traduz na força de lei atribuída às suas disposições, e o da relatividade dos efeitos contratuais, que vincula as partes diretamente envolvidas (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1).

única do respectivo consentimento, outorgado validamente.⁴³³ A doutrina clássica, construída sobre a base da igualdade (formal) entre as partes, consagra a noção de contrato como vínculo jurídico bilateral (estático), com conteúdo patrimonial determinado, e instrumento assecuratório da própria liberdade do indivíduo (autodeterminação),⁴³⁴ da qual emerge a força obrigatória do pacto (princípio do consensualismo).

A vinculação jurídica, com raízes na Antigüidade (filosofia epicurista) e no direito romano,⁴³⁵ centra-se na vontade humana, e não mais na observância de formalidades preestabelecidas.⁴³⁶ O elemento volitivo da relação jurídica é realçado como fator de produção de efeitos jurídicos, resultando a justiça contratual do livre jogo de vontades autônomas em um ambiente de ampla e irrestrita liberdade.⁴³⁷ A manifestação de vontade dos contratantes,

⁴³³ Desde a sua origem, o homem necessita de seus semelhantes para desenvolver-se e, nessa comunicação com o outro - primeiro na busca por bens e depois serviços -, surge o contrato (como instrumento jurídico para a satisfação de necessidades), cujas formas evoluem com o tempo. (...) *a un hombre de requerimientos sencillos que se movía en un ámbito reducido, formalista y regido por una economía primaria, le correspondió un contrato tipificado, ceremonial, solemne, como lo fue el que estuvo vigente durante los primeros tiempos del derecho romano. Por el contrario, al sujeto de nuestro días, agobiado por la insuficiencia de recursos, a quien le toca desenvolverse en una economía esencialmente dinámica y caracterizada por la presencia de monopolios u oligopolios capaces de controlar la ley de la libre competencia le corresponderá, lógicamente, un mecanismo contractual extremadamente diferente al vigente en el derecho romano o al previsto por las legislaciones liberales e individualista del siglo pasado. (...) El contrato, para seguir siendo útil al individuo, debe seguir la evolución de este y adaptarse a las realidades socioeconómicas en que le toca actuar.* A análise dos diferentes tipos contratuais permite identificar vários sistemas distintos: a) um, correspondente ao direito romano, com figuras contratuais típicas e formais, como reflexo da rigidez do sistema processual e do conservadorismo do povo; b) outro, como expressão das concepções liberais e individualistas, em que há o abandono das formas pela consagração da liberdade e da igualdade como fundamentos do princípio da autonomia da vontade, e, ainda, c) um mais atual, em que as condições gerais ocupam espaço preponderante e o consentimento não mais traduz o livre jogo das vontades dos contratantes, seja porque o Estado intervém por meio dos seus órgãos, seja porque a um dos sujeitos não é facultado o exercício pleno das liberdades contratuais (VALLESPINOS, Carlos. *Las condiciones generales de los contratos. Contratos*. Ediciones Buenos Aires: La Rocca, 1989, p. 124-126).

⁴³⁴ A concepção clássica de contrato é fruto de uma evolução teórica do direito, desde a Idade Média até o apogeu do nacionalismo e do liberalismo econômico. Sofre influência do direito canônico (o qual defende a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, sem o formalismo exagerado e a solenidade típica do direito romano), do direito natural (que fornece a base teórico-filosófica para a formação dos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual), das teorias de ordem política (sobretudo, a teoria do contrato social (de Rousseau)), do dogma da vontade livre do homem (o contrato é não só fonte de obrigações, mas a base de toda a autoridade), da Revolução Francesa (cuja maior realização é o *Code Civil*, de 1804, o qual conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época e as idéias do direito natural moderno) e das teorias econômicas do século XVIII e do liberalismo (dos quais deriva a idéia de liberdade contratual como reação ao corporativismo e às restrições impostas pela Igreja Católica) (MARQUES, *Contratos...*, p. 43-47).

⁴³⁵ No texto 'Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?', Francisco Amaral elege o direito romano como a experiência inicial no processo evolutivo, cuja base assenta-se na clássica dicotomia indivíduo-sociedade, no problema da supremacia do valor da pessoa ou da sociedade como causa final do direito ou na gênese dos institutos jurídicos (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Individualismo e Universalismo no Direito Civil Brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos? Revista de Direito Civil, Imobiliário Agrário e Empresarial*, São Paulo, v.19, n. 71, p. 69-86, 1995).

⁴³⁶ Sobre o tema, BESSONE, Mario. *Contratti di Adesione e Natura "Ideologica" del Principio di Libertá Contrattuale*. In: SAGGI di Diritto Civile. Milano: Giuffrè, 1979, p. 127.

⁴³⁷ Após a edição do Código Civil de Napoleão, que serve de modelo para todas as demais codificações oitocentistas que o sucedem (CLAVERO, Bartolomé. *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio. Quaderni Fiorentini*, n. 18, 1989, p. 79-145), leis especiais e a jurisprudência encarregam-se de atribuir nova feição ao conceito de autonomia privada, então engessado por inúmeras normas daquele diploma legal. Gaston

segundo os seus próprios interesses, conduz à equivalência entre as prestações, sendo o contrato, por natureza, justo e equitativo.⁴³⁸

A despeito da forte influência da moral cristã na elaboração e aplicação das normas jurídicas desde o período medieval,⁴³⁹ a regra *rebus sic stantibus* é relegada ao descrédito.⁴⁴⁰ A supremacia da vontade individual decorre da valorização da circunstância de não terem os contratantes se pronunciado a respeito de eventos supervenientes à negociação que podem

Morin, inclusive, antevê a revolta dos fatos e do próprio direito contra o Código (MORIN, Gaston. *La Révolte du Droit contre le Code*. Paris: Recueil Sirey, 1945, p. 2). Embora reconhecida a desarmonia entre o direito positivo e as necessidades econômicas e sociais então emergentes, esse movimento inovador, contudo, não modifica substancialmente a estrutura do direito contratual. Prevalece a doutrina liberal, que propugna ser a justiça contratual alcançável pelo próprio jogo de liberdades compreendidas pela autonomia privada, a despeito das opiniões em contrário (RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4 ed. Paris: LGDJ, 1949, e RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979). Segundo Georges Ripert, não há entre a regra moral e a norma jurídica distinção quanto ao seu domínio, à natureza e ao fim, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é de cunho moral (RIPERT, *La règle morale...*, p. 126-127).

⁴³⁸ Para Tomás de Aquino, o intercâmbio voluntário - aquele em que alguém transfere voluntariamente o que lhe pertence a outrem - ingressa no domínio da justiça somente quando envolve a noção de débito, como na compra e venda, na cessão de uso com obrigação de restituição (usufruto, comodato, locação) e na confiança de um bem a terceiro, para conservá-lo (depósito). Em tais espécies, o meio-termo é determinado do mesmo modo que a igualdade da compensação (justiça comutativa). Ressalva, entretanto, que a compensação perfeitamente igual nem sempre é realizada quando alguém dá o que é seu e recebe algo de outrem, porque o bem do outro pode ser maior do que o seu. A igualdade concretiza-se de maneira proporcional, daí a origem da moeda. Enquanto na doação não há ato de justiça, mas de mera liberalidade, na compra e venda pactuada em proveito comum das partes - cada uma necessitando daquilo que a outra possui -, o que é instituído não deve ser mais oneroso para um do que para o outro, devendo ser estabelecido um contrato que assegure a igualdade no plano das coisas (o preço serve para medir a quantidade das coisas cujo uso serve ao homem, utilizando-se para tanto a moeda). Na compra e venda acidentalmente proveitosa para um e prejudicial para o outro (ou seja, quando alguém tem muita necessidade de um bem e o outro fica prejudicado ao ver-se privado dele), o justo preço corresponde não apenas à coisa vendida, mas também ao dano que com a venda sofre o vendedor, hipótese em que é lícito aliená-la por valor superior ao que ela vale, embora não acima do que vale para o seu possuidor. Caso o comprador obtenha grande vantagem com a mercadoria adquirida e não haja dano para o vendedor, o seu preço não pode ser aumentado, porque o proveito daquele não vem deste (AQUINO, *Suma teológica*, p. 102-103 e 241-242).

⁴³⁹ Ao discorrer sobre a evolução do conceito de autonomia privada desde os primórdios do direito romano (em que a vontade é valorada pela sua forma e não pelo seu conteúdo) até a definitiva superação do individualismo do século XX, com o predomínio do intervencionismo estatal (e princípios autoritários) na economia privada e na vida jurídica em geral, Francisco dos Santos Amaral Neto salienta que, superado o formalismo romanístico, o cristianismo vem colocar o homem no centro das reflexões religiosa, filosófica e social, dogmatizando, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas (fundamento moral). Com a Escola do Direito Natural, a idéia da origem divina do direito é substituída pela da existência de liberdades inatas, consideradas fundamento e fim da ordem jurídica. A teoria do contrato social de Rousseau e a filosofia de Kant atribuem nova conotação à autonomia privada, que é positivada como princípio no Código Civil francês (dela decorrendo a liberdade contratual, o consensualismo, a força obrigatória do pacto e o efeito relativo do contrato) (AMARAL NETO, *A autonomia...*, p. 7-26).

⁴⁴⁰ Importa observar que a doutrina canônica define o contrato bilateral como aquele que visa à troca de bens e ao qual se deve aplicar as regras de justiça comutativa. Essa concepção consagra o princípio da interdependência entre as prestações nascidas do pacto para as partes e a idéia de que o não-cumprimento de uma desobriga o adimplemento da outra, liberando o contratante do seu compromisso inicial. A mútua dependência das obrigações está expressa no princípio '*fides non servanda est ei qui frangit fidem*', formulado no século XIII. Ensina-nos, José Joaquim Gomes Canotilho, que *As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre **lex divina**, **lex natura** e **lex positiva**, abriam o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das **leis justas** e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da **lex positiva** com a **lex divina*** (CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 376).

interferir na estrutura da relação jurídica. A ampla liberdade de contratar é limitada⁴⁴¹ somente por considerações de ordem pública e pelos bons costumes,⁴⁴² e os conflitos de interesses são resolvidos pelo juiz, a partir da apuração da vontade das partes, por meio de um processo de autêntica reconstituição (interpretação ou integração contratual, por mera reprodução da vontade original ou hipotética dos contratantes).

Nesse contexto, o contrato (paritário ou individual), cujas cláusulas são discutidas uma a uma em condições de igualdade e com tempo para as tratativas preliminares, é um instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos⁴⁴³ e tem força de lei entre os contratantes.

Esse modelo contratual paritário subsiste no nosso ordenamento jurídico, com a flexibilização dos princípios da força vinculante e da relatividade do pacto - como veremos mais adiante -, pela incidência de outros princípios como a boa-fé, a justiça contratual e a função social do contrato.

2.1.2 Contratos de adesão

A partir do século XX, as transformações socioeconômicas intensificam-se, afetando toda sociedade. O incremento do processo de industrialização desmistifica os ideais da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, que se revelam insuficientes como paradigmas para a organização da sociedade. O comércio jurídico despessoaliza-se, e os métodos de contratação em massa, adequados ao sistema de produção e distribuição em larga

⁴⁴¹ Como já realçado anteriormente, a função da lei é proteger a vontade criadora dos contratantes e assegurar a realização dos objetivos por eles perseguidos. Por meio de normas supletivas, o ordenamento jurídico garante (em termos teóricos) a autonomia, a igualdade e a liberdade no momento da contratação, independentemente da situação econômica e social dos envolvidos. A noção tradicional de contrato está diretamente atrelada à doutrina da autonomia da vontade e ao dogma da liberdade contratual. O seu elemento essencial - a vontade declarada ou interna, isenta de vícios ou defeitos - representa o seu fator de legitimação e o poder vinculante e obrigatório. Nesse sentido, o artigo 1.134 do Código Civil francês, que prescreve ser o contrato a lei entre as partes. O próprio conceito de lei vincula-se à idéia de um contrato entre todos os indivíduos da sociedade. A força obrigatória do pacto traduz-se na crença de que, manifestada a vontade, as partes ficam ligadas por um contrato que lhes confere direitos e obrigações, e dele não podem se desvincular, salvo por outro acordo ou pela ocorrência de força maior ou de caso fortuito (MARQUES, *Contratos...*, p. 49-50).

⁴⁴² No direito contratual tradicional, as normas imperativas são escassas e têm as funções de proteger a vontade dos contratantes (estabelecendo, p. ex., regras sobre a capacidade) e resguardar as instituições públicas (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 65). Em contrapartida, a ordem pública e os bons costumes atuam como limites à autonomia privada (MARQUES, *Contratos...*, p. 49).

⁴⁴³ O contrato exerce dúplice função: viabiliza a livre circulação de riquezas na sociedade e indica o valor de mercado de cada objeto. Realizando os interesses individuais dos contratantes, serve como instrumento de troca do "inútil" pelo "útil", de movimentação de riquezas dentro da sociedade, envolvendo a idéia de reciprocidade de obrigações e de equilíbrio entre prestação e contraprestação (MARQUES, *Contratos...*, p. 37-39 e 47).

escala, difundem-se.⁴⁴⁴ Por razões de economia, racionalização, praticidade, previsibilidade (de riscos) e segurança, os acordos elaborados com o emprego da técnica de prefiguração das cláusulas contratuais e de estipulação de condições gerais⁴⁴⁵ (ou seja, acordos homogêneos em seu conteúdo), independentemente de prévia discussão entre as partes, multiplicam-se no âmbito do direito privado. Sem eliminar o modelo tradicional (paritário ou individual), fruto de uma livre atuação de partes em posição de igualdade perante o direito e a sociedade,⁴⁴⁶ a vinculação jurídica baseada na oferta de um contrato, com a prévia definição de condições gerais dirigidas a uma série indefinida de contratantes, e na aceitação pela anuência a elas incorpora-se definitivamente à práxis jurídica.

A expressão “contrato por adesão” - que, na sua origem, designa os ajustes celebrados, mediante a atuação de poder de um contratante frente à situação de inferioridade do outro ao tempo de sua pactuação (exercício de poder privado de modo abusivo para obtenção de vantagem patrimonial) - passa a identificar as negociações concluídas por meio da adesão de um dos sujeitos contratantes.⁴⁴⁷ Nesse modelo, um dos contratantes (em geral, empresa) predispõe antecipadamente um esquema contratual (complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente às futuras relações contratuais),⁴⁴⁸ oferecido à simples aceitação por

⁴⁴⁴ Ao discorrer sobre os contratos de massa na atualidade, Cláudia Lima Marques menciona, além do fenômeno da despersonalização, os da desmaterialização do economicamente desejado pelo consumidor e da massificação da tecnologia informática como fatores que influenciam as formas de contratação. Embora o método estandarizado não seja exclusivo dessa espécie, é a massificação que justifica a proteção dos mais fracos nas relações contratuais (MARQUES, *Contratos...*, p. 52).

⁴⁴⁵ Para designar o fenômeno da prefixação de todo conteúdo do contrato ou de parte deste, de maneira unilateral e uniforme, por uma das partes contratantes, a doutrina germânica utiliza a expressão “condições gerais dos contratos”, dando ênfase à fase pré-contratual. Já a doutrina francesa prefere empregar o termo “contrato de adesão”, destacando o momento da celebração do contrato. Ambas as designações, porém, não são sinônimas. A Comissão das Comunidades Europeias, por exemplo, distingue os contratos de adesão - contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, a serem preenchidos em poucos campos com dados sobre o comprador e o objeto da avença - dos contratos submetidos a condições gerais - aqueles, escritos ou não, em que os compradores aceitam, tácita ou expressamente, as cláusulas prévias, unilateral e uniformemente elaboradas pelos fornecedores, para um número indeterminado de relações contratuais (MARQUES, *Contratos...*, p. 56).

⁴⁴⁶ Os contratos paritários ou individuais foram mantidos, porém em número reduzido e geralmente nas relações entre particulares, mais raramente, entre profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico (MARQUES, *Contratos...*, p. 52).

⁴⁴⁷ *La adhesión ahora no importó necesariamente abuso o aprovechamiento; sólo se constituyó en una de las expresiones necesarias para el tráfico de masas de nuestros días (sin que ello importe negar que como en toda otra acción contractual también existan abusos* (VALLESPINOS, *Las condiciones generales...*, p. 127-128).

⁴⁴⁸ (...) nas relações de massa nem sempre os contratos serão feitos por escrito, pois ao lado dos contratos de adesão, expressos em formulários, existem os contratos orais, a aceitação através das chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos, os tickets de caixas automáticas. A doutrina europeia atual, analisando o uso de máquinas, da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos “em silêncio” ou “sem diálogo”, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não-perenes e virtuais; atos existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e clicks deste homem atual, que denominam, ironicamente, não mais homo loquens, dada

eventuais interessados.

A definição unilateral das bases do futuro acordo, com anterioridade a qualquer situação de relação jurídica,⁴⁴⁹ e a anuência a elas por quem pretenda ou tenha necessidade de contratar constituem momentos que são, temporalmente, distintos e imprescindíveis à configuração do negócio jurídico. O elemento essencial da contratação é a ausência de uma fase pré-negocial efetiva, a falta de um debate prévio acerca das normas que regerão o negócio jurídico, as quais são predispostas unilateralmente por um dos contratantes (econômica ou tecnicamente mais forte). Dado o caráter abstrato e impessoal de que se revestem essas disposições (e dirigidas a uma sociedade massificada), a situação pessoal do futuro aderente é desconsiderada, a menos que haja sido contemplada como requisito. Além disso, as cláusulas em geral prevêm situações negociais de maneira minuciosa, normalmente em texto invariável (por vezes, redigido com letras pequenas), traduzindo uma certa “superioridade” do proponente.⁴⁵⁰

A aceitação do outro contratante implica a intenção de submeter-se sem discussão aos termos da estipulação em sua integralidade. A tipificação do conteúdo do contrato e a limitação daí decorrente para a liberdade contratual não afastam a natureza bilateral do ajuste, que se perfectibiliza por declarações volitivas concordantes, ainda que uma das partes encontre-se em situação mais débil frente à do proponente. A redução da liberdade contratual atinge somente uma das partes contratantes: aquela que deve submeter-se às condições de

a perda da importância da palavra e sim homo videns, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato (...) (MARQUES, *Contratos...*, p. 55).

⁴⁴⁹ O contrato de adesão singulariza-se por um conteúdo clausular definido, unilateralmente, por um dos contratantes, que o apresenta ao outro, cingindo-se a atuação deste à adesão ou rejeição em bloco do que fora estabelecido, sem possibilidade de discussão acerca do respectivo conteúdo. Frequentemente, o aderente não tem sequer a liberdade econômica de decidir contratar, dada a necessidade de fazê-lo (PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17 e 22). Em suma, as características desse tipo contratual são: a sua pré-elaboração unilateral, a sua oferta uniforme e geral para um número indeterminado de futuros contratantes, o seu modo de aceitação (consentimento por simples adesão à vontade do proponente). Via de regra, *os contratos de adesão são elaborados pelo próprio fornecedor-ofertante, mas também existem contratos oferecidos à adesão cujo conteúdo deriva de recomendações ou imposições de associações profissionais* - o que a doutrina francesa denomina “contratos-tipo”. *Hoje, com a soft law, muitos contratos seguem modelos “voluntários” das entidades de classe dos fornecedores, entidades arbitrais e certificadoras nacionais e internacionais, especialmente no comércio eletrônico* (MARQUES, *Comentários...*, p. 715). Observe-se que nem sempre o uso de formulários padrão configura uma pactuação por adesão, pois o que a tipifica são as condições que uma parte impõe a outra, não sujeitas a negociação (STF, Pleno, SEC 5.847-1, Rel. Min. Maurício Correa, j. 01/12/1999, DJ 17/12/1999, p. 4).

⁴⁵⁰ *Un carácter lógico en este elemento material de la estipulación lo constituye la situación de “superioridad” contractual en que se encuentra quien emite las condiciones generales, pues sólo a partir de ella será posible incursionar en el mundo de los negocios y alcanzar su cometido mediante su imposición al sujeto adherente. (...) Es de destacar que dichas condiciones generales son el producto de la exclusiva voluntad del estipulante o predisponente, y que como lo hemos señalado son previas a la celebración del contrato* (VALLESPINOS, *Las condiciones generales...*, p. 134).

contratação ou não contratar (se pudesse);⁴⁵¹ a outra é autorizada a impor as condições sob as quais está disposta a realizar o negócio jurídico

Em uma economia de massificação do consumo e das trocas, o fenômeno da estandardização dos contratos atende aos objetivos econômicos do processo de racionalização na produção e na distribuição de bens e serviços. Trata-se de ferramenta imprescindível para a operacionalização das relações negociais de larga escala (economia, racionalização, praticidade, previsibilidade (de riscos) e segurança).⁴⁵² A remodelação do poder contratual individual justifica-se pela necessidade de padronização das relações jurídicas, pela proliferação dos pactos, pela uniformização do conteúdo contratual, pela presença de ofertas monopólicas ou oligopólicas, entre outros fatores. A repetição indeterminada de um conteúdo contratual (homogeneidade substancial) permite que se alcance certa unidade de interpretação, constituindo fator de transparência do mercado,⁴⁵³ com repercussão direta na segurança do tráfico negocial. Além disso, evita problemas que, comumente, surgem na fase pré-contratual, eliminando manobras abusivas.

Em contrapartida, a possibilidade de impor um conteúdo contratual, sem prévia discussão ou margem para modificação substancial pelo contratante aderente, pode ensejar o exercício abusivo de poder, o emprego de cláusulas obscuras ou ambíguas, o casuísmo excessivo, a eliminação do livre jogo da oferta e da procura, com comprometimento da concorrência e o cerceamento da liberdade contratual, entre outras irregularidades. A falta de prévia discussão sobre as condições do negócio - via de regra, pactuados entre empresas com grande poder de mercado e um número indeterminado de sujeitos (elemento de planificação econômica)⁴⁵⁴ - traz em si o risco de adesão do contratante mais vulnerável, sem o perfeito conhecimento das cláusulas prefiguradas unilateralmente, não raras vezes redigidas de modo mais conveniente ao proponente. A própria massificação do consumo e das trocas dá origem a

⁴⁵¹ (...) *la voluntad contractual basada en la libertad e igualdad no está aniquilada; tan sólo han variado las bases sobre las cuales se asientan su misión y si açcamce, a La vez que han nacido nuevas expresiones de los vicios de la voluntad*” (VALLESPINOS, Las condiciones generales..., p. 124).

⁴⁵² Esse modelo contratual representa um fator de racionalização de gestão e um substancial aligeiramento dos custos de funcionamento empresarial, em particular quando a empresa opera no mercado prestando bens ou serviços sempre da mesma natureza, o que é quase incompatível com a negociação individual de cada contrato (PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31).

⁴⁵³ As condições gerais predispostas para um determinado tipo de operações pelas empresas de um mesmo setor econômico tendem à uniformização, refletindo-se, em benefício dos consumidores, no plano do preço e da qualidade dos bens ou serviços oferecidos no mercado (PRATA, *Contratos de adesão...*, p. 38-39).

⁴⁵⁴ Segundo Ana Prata, a massificação dos contratos standarts coloca o problema já não apenas na perspectiva da justiça contratual de cada contrato, isto é, na da liberdade e igualdade dos contraentes enquanto partes em contratos singulares, mas, de um ponto de vista geral, ou social, impõe que se considere a questão do contrato como instrumento de dominação dos operadores econômicos empresariais no mercado (PRATA, *Contratos de adesão...*, p. 29).

situações de desequilíbrio entre as partes contratantes, à aplicação de sofisticadas técnicas de distribuição, promoção, publicidade e venda de produtos e à adoção de novas tecnologias informáticas para a negociação e pactuação de contratos.⁴⁵⁵

Apesar disso, não há como impugnar *a priori* essa forma de contratação, pois *el tráfico negocial contemporâneo se mueve básicamente a partir de dicho tipo contractual*,^{456 457} e nem todas as cláusulas são propostas pela empresa com o objetivo de obter vantagens em detrimento do aderente.⁴⁵⁸ Nessa seara, as intervenções estatais devem buscar o ponto de equilíbrio racional entre as estratégias de lucro das empresas e a tutela jurídica dos contratantes aderentes.

A despeito de a contratação por adesão predominar hoje no âmbito das relações negociais, essa não é a única espécie contratual oriunda da evolução da sociedade industrial.

2.1.3 Contratos-lei

O direcionamento do capitalismo a uma fase monopolista e a exacerbação das desigualdades entre os indivíduos provocam uma mudança radical na forma de atuação do Estado no campo do direito privado.⁴⁵⁹ A crença de que o livre desenvolvimento da atividade negocial dos particulares enseja, naturalmente, o equilíbrio desejável nas relações

⁴⁵⁵ PINTO, *Declaração tácita...*, p. 60.

⁴⁵⁶ VALLESPINOS, *Las condiciones generales...*, p. 131.

⁴⁵⁷ Após intensas discussões teóricas, o caráter contratual dos contratos de adesão é hoje aceito na doutrina, tendo sido, inclusive, reconhecido pelo novo Código Civil de 2002. *Trata-se de um acordo de vontades, representado pela adesão, não sendo essencial ao contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula a cláusula na fase preliminar, assim também a igualdade de forças dos contratantes não é essencial. Mesmo existindo, na prática, um desigual poder de barganha (unequal bargaining power), não se deve negar o caráter contratual do contrato de adesão (ou por adesão), pois a manutenção do vínculo, na maioria das vezes, beneficia o contratante mais fraco, deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual* (MARQUES, *Contratos...*, p. 62).

⁴⁵⁸ Algumas cláusulas podem conter estipulações favoráveis aos aderentes, como, por exemplo, na hipótese de serem integradas por mensagens publicitárias que visam a estimular a contratação, oferecendo vantagens ao consumidor (PRATA, *Contratos de adesão...*, p. 37).

⁴⁵⁹ No campo da atuação legislativa, opera-se uma mudança radical com o processo de democratização. O sufrágio universal conduz novos representantes ao parlamento, quebrando a anterior identidade ideológica de seus membros e dando origem aos partidos políticos (que substituem os antigos blocos parlamentares). O debate passa a envolver o confronto de diferentes concepções a respeito do papel do direito e do Estado, o que inviabiliza a descoberta de uma vontade geral pela razão. A lei torna-se expressão de uma vontade política do grupo majoritário no seio do parlamento. Segundo Clèmerson Merlin Clève, essa transformação contribui para a supervalorização da forma em detrimento do conteúdo da lei, pois o que importa é ter sido votada pelo Legislativo em processo regular. *Parece paradoxal que o processo de democratização pelo qual passou a humanidade nas últimas décadas tenha contribuído para o surgimento de um direito formalizado, destituído, em princípio, de conteúdo.* Daí a importância do questionamento permanente da legitimidade da constituição, enquanto resultado do conflito entre as forças sociais. As constituições modernas do tipo compromissório, embora frágeis por não serem de ninguém (nenhuma classe social as possui e, portanto, as defende), ganham força por serem de todos (CLÈVE, *A teoria constitucional...*, p. 35-36).

econômicas, servindo o contrato como instrumento assecuratório da liberdade e da otimização de interesses, é abalada pela ineficácia do sistema.

A partir do final do século XIX e início do século XX, o Estado Social provoca o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade no intercâmbio negocial, rejeitando o neutralismo jurídico na vida econômica. De entidade aparentemente alheia ao processo de satisfação das necessidades particulares, torna-se um dos seus principais protagonistas, assumindo a tarefa de realizar o bem-estar coletivo em setores fundamentais, por meio de intervenção nas relações privadas para corrigir desigualdades reais entre os indivíduos.⁴⁶⁰ As tendências sociais que opõem o individualismo ao social no campo jurídico instabilizam dogmas, conceitos e paradigmas até então tidos como absolutos, por obra da doutrina individualista consagradora do primado da vontade como fundamento de normas jurídicas. Os mecanismos de ingerência estatal no processo econômico assumem diferentes formas: desde o extremo de uma planificação global da economia, nos moldes das idéias marxistas, até um intervencionismo assistemático, caracterizado pela adoção de medidas pontuais de controle, para fins específicos, ou, ainda, um dirigismo moderado, apoiado em um modelo de controle sistemático, com objetivos determinados. O Estado assume uma função reguladora da economia,⁴⁶¹ variando somente os níveis internos e externos da atividade controladora.⁴⁶²

Superado o modelo do Estado Liberal puro, e afastada a ameaça de intervenção plena na produção e circulação de riquezas (intervencionismo extremo), sucede à fase inicial de intensa intervenção uma sutil e progressiva retração da ação estatal no domínio privado,⁴⁶³

⁴⁶⁰ A experiência histórica revela um crescimento da área de atuação do Estado, apesar dos inúmeros mecanismos criados para limitar o poder estatal (a divisão de poderes, a idéia de Estado de Direito, o princípio da legalidade, o rol de direitos e garantias constitucionais). A expansão dos serviços públicos, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico, torna o homem dependente da Administração Pública, dependência esta que constitui uma das principais vertentes da força do Estado Social (COUTO E SILVA, A. Responsabilidade..., p. 28).

⁴⁶¹ De acordo com o disposto no artigo 174 da CRFB, o Estado deve atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Nesse mister, incumbe-lhe estabelecer as diretrizes e as bases do planejamento de um desenvolvimento nacional equilibrado, apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo, dentre outras tarefas.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, *O contrato...*, p. 2-3.

⁴⁶³ Para alguns, vivenciamos a era da pós-modernidade, a qual é descrita por Cláudia Lima Marques como tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, em que se propõe uma nova jurisprudência dos valores, uma visão dos princípios de direito civil, influenciada pelo direito público e pela valorização dos direitos fundamentais dos cidadãos. *É a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópica, do ceticismo quanto às ciências, do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da globalização e da volta ao tribal. É a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neo-liberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neo-conservadorismo, de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, de muitas meta-narrativas simultâneas e contraditórias, da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e*

sobretudo em razão do incremento do fenômeno da globalização econômica, caracterizado pela desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados. Alguns governos nacionais reagem, incrementando sua interferência no campo legislativo (um dos poucos que não é passível de privatização) para compensar a crescente substituição pela iniciativa privada em determinados setores da economia; outros intensificam o seu papel de direção (como produtor de normatividade), em detrimento do poder de império que caracteriza o fortalecimento do Estado moderno.⁴⁶⁴

Remanesce o Estado Social de Direito,⁴⁶⁵ voltado à produção de normas de ordem pública, destinadas a harmonizar a esfera do indivíduo com o social (e promover a sua inclusão social).⁴⁶⁶ A atuação estatal busca assegurar a proteção da liberdade (e o interesse) e

argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores: crítica ao Direito Civil em tempos pós-modernos. In: Seminário Derecho y Política de Consumo, 1997, Cartagena das Índias. [Atas...] Cartagena das Índias, Colombia: Ministerio de Sanidad y Consumo de España, 1997, p. 1-4).

⁴⁶⁴ O Estado Democrático de Direito centra-se na separação entre legalidade e ética social, a qual, a par de contribuir para o processo de afirmação histórica no século XIX, resulta em um positivismo legalista. Funda-se na distinção Estado e sociedade, *na base da qual estava a convicção de o Estado dever não tanto “dirigir a sociedade”, mas exercer, sobre ela, um poder de império e um ius iurisdictionis aplinador, dicotomizando inclusive as ordens ou formas de regulação jurídica contidas no seu interior: para um grupo de relações, o Direito Público, para outro, o Direito Privado. Apenas no século XX afirma-se plenamente a idéia da existência de verdadeiros direitos subjetivos substantivos dos cidadãos a opor-se à ação estatal (deveres de abstenção), merecedores de efetiva tutela judicial, e é somente no final do século que surgirá, a final, a idéia de as relações entre ambos - Estado e Sociedade - não desenharem apenas ordem de mando e subordinação, mas de recíproca colaboração, cabendo, ao Estado, também deveres de proteção* (MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002, p. 234).

⁴⁶⁵ *O Estado Liberal caracterizava-se pela neutralidade assumida na cena econômica e social. A doutrina do laissez-faire, laissez-passer conferia base ideológica ao liberalismo econômico. O Estado Liberal, também denominado Estado Mínimo ou Absenteísta, não intervinha na ordem econômica e social. Limitava-se a fiscalizar o livre e normal desenvolvimento das atividades de produção. Por isso mesmo foi identificado como **État gendarme**. Os abusos e as iniqüidades então cometidos constituíam, **por uma questão até dogmática**, fenômenos incapazes de estimular, no aparelho do Estado, uma resposta apta a solucionar os graves conflitos resultantes das relações sociais. (...) Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena sócio-econômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas. O Estado Social é, nitidamente, um Estado intervencionista, que procura, a partir da concretização das liberdades reais ou positivas, realizar a justiça social, prestigiando e fortalecendo, desse modo, os direitos econômicos e sociais reconhecidos em favor das pessoas* (excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADIn nº 319-4, em 04.12.1992, no STF) (grifos no original).

⁴⁶⁶ Em tempos pós-modernos, a valorização da boa-fé objetiva figura como paradigma limitador da autonomia da vontade pela imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações jurídicas, e a proteção da vontade do consumidor constitui *ideal utópico remanescente da meta-narrativa da modernidade*. O pluralismo existe das fontes legislativas a regular o fato, dos sujeitos a serem protegidos e de agentes ativos (relações tendencialmente despersonalizadas), da filosofia aceita; a comunicação, associada à valorização do tempo nas relações humanas, constitui um valor máximo (inclusive por força da internacionalização dessas relações); a narração é *um novo método de elaborar normas legais*, com a positivação dos objetivos do legislador, *de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas*; a valorização dos direitos humanos como um norte seguro no caos legislativo e desregulador, *de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de soft law e da procura de uma equidade cada vez mais discursivo do que real*. As relações contratuais são múltiplas, despersonalizadas e mais duradouras. As

a resolução dos problemas que, individualmente, não podem ser solucionados.⁴⁶⁷ Admitem-se a titularidade de direitos subjetivos substantivos oponíveis à ação estatal e a existência de relações de recíproca colaboração entre Estado e sociedade, visando à circulação de riquezas com segurança jurídica.⁴⁶⁸ A ação subsidiária estatal⁴⁶⁹ em searas específicas e o papel dos indivíduos e das entidades sociais, inspirado na estrutura e nos mecanismos de organização social e política medieval, são valorizados.⁴⁷⁰ As noções de função social e responsabilidade pública da ação privada, dentre outros fatores, fragilizam a tênue divisão entre o público (representado pelo princípio da supremacia do interesse público) e o privado (representado pela autonomia privada), incrementando os esforços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais no sentido da aproximação do Estado à ética social.⁴⁷¹

A percepção de que o ordenamento jurídico deve combinar estabilidade e

antinomias são inevitáveis e a de-regulamentação do sistema coexiste com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações (MARQUES, *Contratos de Time-Sharing...*, p. 1-4). Sobre a relevância da boa-fé nesse contexto, ver também: AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos Contratos...*, p. 241-256.

⁴⁶⁷ As necessidades práticas de uma sociedade cada vez mais complexa exigem soluções técnicas. A preocupação de adequar-se à ordem natural, outrora existente, transforma-se em dominar tecnicamente a natureza, a partir de um pensar sobre as condições racionais de sobrevivência, agora com a sofisticação da sociedade pós-industrializada (adequação e qualidade) (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 67).

⁴⁶⁸ *Essa compreensão deriva, dentre outros fatores, de uma mudança ideológica: no Estado Social, muda o pathos que animava o Estado liberal. Do pathos da liberdade se alcança o pathos da solidariedade social, hoje um valor de status constitucional (CF, art. 3º, III, e art. 170). Por detrás dessa mudança está um novo modelo de relacionamento entre Estado e Sociedade Civil: esta não mais refuta a intervenção do Estado, mas verdadeiramente a requer e solicita e a proteção, “como termo correlativo da obediência, resta preenchida de um novo conteúdo: é tutela dos particulares nas concretas necessidades da vida (doença, desemprego, velhice, etc), e não bens longínquos e inapreensíveis como a paz interna e a integridade das fronteiras” (MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 234).*

⁴⁶⁹ Na democracia liberal, a ênfase é a liberdade e a igualdade abstrata e formal, e na democracia social, a igualdade e a justiça social. A democracia social consiste em uma nova forma assumida pelo liberalismo, no contexto de uma sociedade pluralista, que compõe três valores complementares: o do indivíduo, o da sociedade civil, com a livre expansão de seus grupos e categorias, e o Estado (BERTOLO, *Democracia...*, p. 412-426).

⁴⁷⁰ Segundo Humberto Theodoro Júnior, no Estado Democrático de Direito, os contratos devem submeter-se ao intervencionismo estatal, que visa à superação do individualismo egoístico e à busca da implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência dos direitos humanos (THEODORO JÚNIOR, *Contratos...*, p. 6).

⁴⁷¹ A respeito do tema, ver: MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 235. Também indicamos a leitura do texto “Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento” (já citado anteriormente), de lavra do Profº Almiro do Couto e Silva, especificamente na parte em que trata da evolução do conceito de lei e seus reflexos. Segundo o autor, no direito romano, a lei é a vinculação que se estabelece por meio da palavra (a *leges privatae* como manifestação da vontade dos particulares na regulação de seus próprios interesses e a *leges publicae* como expressão da vontade do povo reunida em assembléia). O casuísmo e o pendor ao raciocínio em torno do problema que caracterizam o pensamento romano refletem-se nas primeiras *leges publicae* produzidas. A idéia de generalidade da lei (como modo de restringir o arbítrio e estabelecer o primado da razão sobre a pura vontade) desenvolve-se por influência do pensamento grego, inclinado tendencialmente à abstração. O antagonismo entre *ratio* e *voluntas* divide os escolásticos, levando Hobbes a *cunhar a fórmula pela qual, nas monarquias absolutas, se reafirma que o monarca é a legibus solutus: autoritas non veritas facit legem. O essencial na lei seria o comando, o poder de quem emana, e não a conformidade interna do preceito com a razão*. Ultrapassada essa fase, afirma-se o conceito de lei elaborado por Rousseau: a lei deve ser geral como manifestação da vontade comum do povo e quanto ao objeto e aos destinatários. Laband então faz a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material, reconhecendo, em relação a esta última, a exigência de generalidade, abstração e impessoalidade. Mais tarde, Carl Schmitt desenvolve a idéia de lei e medida (COUTO E SILVA, A., *Responsabilidade...*, p. 29-30).

flexibilidade, criando ambiente propício para o tráfico jurídico em face dos desafios modernos,⁴⁷² velando pelo bem comum, pela paz social e pelo harmonioso convívio entre os indivíduos,⁴⁷³ consolida a idéia de que o direito deve ser apto a recolher e regular as mudanças e criações supervenientes, que a experiência social contínua e inovadoramente propõe no plano das relações privadas, sem descurar-se das conexões imanentes entre o código civil, a constituição e as leis especiais (microsistemas legislativos).⁴⁷⁴

Nesse contexto, remodelada a atuação do Estado no domínio econômico,⁴⁷⁵ a inaptidão

⁴⁷² A atualidade das normas legais é fundamental para a efetividade do próprio direito. O ordenamento jurídico, enquanto conjunto normativo sistematicamente compreensível, deve possuir mecanismos que promovam a sua permanente construção e reconstrução. Sobre a importância das cláusulas gerais no direito privado, consultar: MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "Sistema em Construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>, p. 1.

⁴⁷³ *Se olvida que es función del Estado velar por el bien común, por la paz social, por la armónica convivencia entre los ciudadanos; que una contratación inicua o usuraria ahonda las diferencias sociales y coadyuva al odio de clases; que el aprovechamiento del contratante débil por el fuerte, multiplicado en la proporción que es corriente en una sociedad masificada, puede poner fin a la paz social, hacienda estallar la "caldera social"* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 65).

⁴⁷⁴ Hoje inúmeras leis especiais e esparsas constituem, ao lado do código civil, verdadeiros microsistemas, que gozam de relativa autonomia, o que acirra o debate doutrinário em torno de sua posição nesse contexto normativo - ora defende-se-o como eixo central de todo sistema do direito privado (MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991), ora considera-se-o como mero direito residual (GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-Sistemas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160-170, com expressa referência a IRTI, Natalino. *L'Etá de la Decodificazione*, Milano: Giuffrè, 1979, cuja posição veio a ser em parte revista no texto IRTI, Natalino. *L' Cinquant'anni del Codice Civile*. *Rivista di Diritto Civile*, Milano, n. 3, p. 227-237, mag./giug. 1992, admitindo o código como a garantia da continuidade do ordenamento e salvaguarda deste, por uma necessidade histórica; e VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Decodificação do Direito Civil. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 499-531, no qual é citado, além do jurista italiano supra referido, também PIGA, F. Tramonto del Codice Civile?. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.26, n.1, p. 56-79, 1980, p. 56 et seq., e SCHLESINGER, P. Il Tramonto del Codice Civile. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.26, n. 1, p. 80-84, 1980, p. 80 e seguintes). Há ainda quem defenda a existência de um processo de descodificação e de recodificação civil dentro dos limites do código (DÍEZ-PICAZO, Luiz. Codificación, Descodificación y Recodificación. *ADC*, v. 2, p. 473, 1992.). Maria Celina B. de Moraes menciona o fenômeno da publicização do direito civil, que culminará com a substituição definitiva do código pela constituição como centro de integração do direito privado (MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993). Ricardo Luis Lorenzetti endossa a idéia de que, com a proliferação de leis especiais, o código vai se ampliando, via interpretação, para dar guarida a novos problemas e microsistemas (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 77-78). Com relação à crescente publicização do direito civil ou privatização do direito constitucional, ver também: SAVATIER, Renè. *Du Droit Civil au Droit Public*. Paris: LGDY, 1950, p. 13 e seguintes; RAISER. *Il Compito...*; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2 ed. Lisboa: F.C.G., 1967; e VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Direito Público e Direito Privado sob o prisma das Relações Jurídicas*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁴⁷⁵ O Estado deve atender às necessidades de assistência vital da coletividade, promovendo o desenvolvimento econômico e o bem estar social, mediante a integração das atividades política e econômica, que compõem a estrutura e o funcionamento das ordens econômica e social, cujos parâmetros estão traçados na constituição. Na Constituição brasileira (arts. 170 e seguintes), consta que o fundamento da organização social e econômica é o trabalho humano baseado na livre atuação dos particulares nesse domínio e na dignidade do indivíduo. Em uma esfera mais restrita, a ação estatal dá-se de forma direta, por imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (atividade de prestação), ou indiretamente, com a função normativa e reguladora da atividade econômica, ou ainda de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo. Sobre o tema, ver: BRITO, Evaldo. *Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

da liberdade de atuação dos particulares para assegurar a plena satisfação de seus interesses⁴⁷⁶ robustece a consciência de que a vontade não se reporta necessariamente ao justo, devendo, o direito, buscá-lo. Desenvolve-se a noção de função econômico-social do contrato, dirigida ou controlada, destinada à realização de interesses privados (ainda segundo uma ótica estritamente individualista),⁴⁷⁷ e não de mera afirmação de liberdades.⁴⁷⁸ Por influência da segunda geração do pandectismo (século XIX),⁴⁷⁹ a proteção outorgada às relações contratuais é justificada pela necessidade de conferir estabilidade às relações jurídicas como fator de prosperidade econômica (segurança jurídica), e não mais pelo respeito à liberdade individual.

Nesse período, surgem as tentativas dogmáticas de qualificação do vínculo jurídico-contratual como uma relação de cooperação, cuja razão de ser reside na sua função econômico-social, considerada objetivamente como elemento específico de cada espécie contratual, identificável pela finalidade atribuída pelas partes.⁴⁸⁰ A relação contratual exprime o esforço comum de auxílio mútuo, polarizado por uma finalidade dentro do contexto social. O contrato consubstancia um instrumento para viabilizar o convívio social e a preservação de interesses, e não mais um fim em si mesmo. Estruturalmente, consiste em um processo dinâmico pautado pela colaboração leal dos contratantes (contrato útil e justo) e vocacionado à realização dos fins que o sistema elege e protege (um de natureza individual e outro essencialmente social). A liberdade do indivíduo é predestinada à satisfação material e efetiva dos interesses que motivam a vinculação jurídica e à realização da finalidade atribuída ao contrato. Os limites oponíveis à autonomia privada apresentam-se como elementos externos da relação jurídico-contratual,⁴⁸¹ decorrendo sua especificidade não da liberdade individual, e

⁴⁷⁶ Para Ricardo Luis Lorenzetti, as instituições jurídicas, em sua grande maioria, foram delineadas pelo legislador, sem atentar-se ao problema da distribuição das riquezas e bens produzidos e à existência de dois mundos apartados: o da exclusão e o do acesso. O contrato sempre protege quem já é contratante, pois os principais institutos do direito contratual dizem respeito às obrigações das partes, aos modos de extinção e à responsabilidade por descumprimento (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 86).

⁴⁷⁷ PRATA, *A tutela...*, p. 22.

⁴⁷⁸ A idéia de função econômico-social da relação obrigacional (cooperativa) é desenvolvida por Betti (BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953, v. 1, p. 9-27).

⁴⁷⁹ A primeira metade do século XX é marcada pela preocupação do pandectismo (já presente no século anterior) de atribuir certo grau de abstração aos conceitos jurídicos, de molde a permitir a emancipação dos interesses em jogo. Esse esforço doutrinário desenvolve-se paralelamente à tentativa de alguns juristas de vincular o saber jurídico à realidade empírica. *O jurista aparece aí como o teórico do direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, para uns, mediante processos de abstração lógica e, para outros, pelo reconhecimento de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos*. A ciência jurídica, seguindo a tradição herdada do século XIX, *tende a assumir o papel de conservadora* das regras postas pelo Estado, sistematizando-as e interpretando-as, procurando as condições de sua aplicação (teoria estrutural do direito) (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 82-83).

⁴⁸⁰ A expansão do conceito de função social do contrato para além dos interesses exclusivos das partes contratantes dar-se-á, posteriormente, com a evolução da própria concepção de Estado Social.

⁴⁸¹ Karl Larenz reporta-se à noção kantiana de autonomia moral da pessoa e sua vontade ética, para sustentar que a autonomia privada compreende dois elementos metajurídicos, que refletem a organização social: um, fundado

sim da função a que visa desempenhar (elemento funcional de natureza estritamente individual).⁴⁸²

A noção de funcionalização do contrato fortalece-se e é incorporada em sua própria estrutura, dada a inaptidão da autonomia privada para atender aos interesses coletivos e compor interesses intersubjetivos de forma adequada, os quais constituem o elemento central do sistema jurídico privado.⁴⁸³

Os poderes estatais de cunho normativo e interventivo avançam no espaço outrora reservado com exclusividade ao exercício da autonomia privada, crescendo a conscientização e a organização da sociedade para garantir uma tutela mínima ao hipossuficiente.⁴⁸⁴ Como reflexo da ampliação de suas funções no campo social, o legislador disciplina, cada vez mais intensamente, a ação do indivíduo, impondo-lhe a observância de normas cogentes. A atuação da vontade particular é submetida à valoração normativa, que elege as iniciativas subjetivas tuteláveis, com base no critério (supra-individual) da “dignidade do interesse”.⁴⁸⁵

As restrições à livre iniciativa legitimam-se pela tentativa de reprimir situações de

na tradição cristã sobre o valor imanente da pessoa (de cunho filosófico), e outro, consubstanciado na livre iniciativa (natureza econômica). Significa a liberdade de regular, por meio de contratos ou negócios jurídicos unilaterais, interesses dentro de certos limites (tráfico jurídico) (LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Reunidas, 1978, p. 44 e 55). Na lição de Emilio Betti, essa liberdade deve ser exercida sob a perspectiva de finalidades específicas, indicadas pela função econômico-social da avença. O fim da relação contratual é alcançado mediante a satisfação material e efetiva dos interesses que motivaram a vinculação das partes (BETTI, *Teoria Generale...*, p. 16).

⁴⁸² Para J.J. Gomes Canotilho, se as idéias contratuais de Hobbes desembocaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da **autonomia privada**, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esta concepção do **individualismo possessivo** influenciará, em parte, decisivamente, a **teoria liberal** dos direitos fundamentais que os considerará sempre como **direitos de defesa** do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada. Daí que o **Government** se reduzisse à “**Preservation of their** (isto é, dos homens) **Property**”, e o modelo dos direitos de liberdade fosse essencialmente um **modelo econômico**, traduzido no facto de os direitos dos indivíduos se reconduzirem à autodeterminação do indivíduo através da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens. A esfera da liberdade só era limitada pelos direitos dos outros. Contudo, adverte, o autor, que as doutrinas de Locke e Rousseau concebiam a liberdade como liberdade no Estado-sociedade, como entes indiferenciados, no que se distinguem das doutrinas fisiocráticas da ordem natural (concepção exclusiva de uma liberdade perante o Estado). A evolução dessas concepções desembocou no *Statuslehre* de G. Jellinek, para quem os direitos de liberdade consistiam em auto-vinculações jurídicas do Estado, este como ente dotado de personalidade jurídica. Com o capitalismo mercantil, acentuou-se a idéia de interdependência da “instância filosófico-jurídica” dos direitos fundamentais com a “instância econômica”, surgindo a necessidade de segurança das convenções comerciais, que reclamavam a existência de um estatuto estável. As teorias socialistas e a luta das classes trabalhadoras evidenciaram a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de substituir os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total” (CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 378-379 - grifos no original).

⁴⁸³ A respeito da configuração do direito privado como um sistema aberto, com campos escalonados de interesses, em que se situam áreas de maior ou menor publicização, ver: RAISER, Ludwig. *Il Compito del Diritto Privato*. Tradução italiana Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1990.

⁴⁸⁴ Nessa linha, dispõe o artigo 423 do Código Civil brasileiro (*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*), com o intuito de proteger a posição jurídica do contratante aderente, a partir da presunção de sua hipossuficiência, atribuindo ao contratante proponente o ônus de formular claramente o contrato estipulado no seu interesse.

⁴⁸⁵ PRATA, *A tutela...*, p. 23.

abuso de poder econômico, inviabilizantes da livre circulação de riquezas. É admitida a mediatização legal no regramento contratual. O conteúdo de certos contratos - regras de conduta a que devem se subordinar as partes de uma operação jurídica - é integrado, total ou parcialmente, por prescrições normativas, não originárias da vontade comum dos contratantes.⁴⁸⁶ A lei ou o regulamento administrativo (de caráter geral) dita o conteúdo de determinados contratos (contratos dirigidos ou ditados), que envolvem interesses merecedores de proteção especial, cerceando a liberdade de ambos os contratantes.⁴⁸⁷ Paralelamente, o juiz influencia, de modo cada vez mais incisivo e abrangente, na formatação, estruturação e execução do programa contratual original.

A expansão da atuação estatal nas relações privadas, contudo, acirra a discussão em torno de sua legitimação, sobretudo naquelas esferas em que a iniciativa dos particulares sempre reinou absoluta. O direito contratual parece tolerar uma antinomia entre princípios basilares: de um lado, a obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*), a que se vincula o valor segurança jurídica,⁴⁸⁸ e, de outro, a modificabilidade das cláusulas pactuadas, inclusive por exigência de equidade e influência de razões de natureza ética (p.ex. a quebra da equivalência contratual).⁴⁸⁹ Os postulados clássicos são mantidos, porém a eles acrescentam-se outros, de cunho ético e funcional, minimizando a rigidez do antigo sistema.⁴⁹⁰ Tudo porque o direito não é nem pode ser indiferente à organização social, enquanto fenômeno social

⁴⁸⁶ As regras de conduta que compõem o conteúdo contratual não se esgotam no estipulado pelos contratantes (aqui incluídas as condições gerais impostas pelo proponente), pois nelas se incluem todos os preceitos elaborados pela totalidade dos que integram a relação jurídica. (...) *La modalidad en la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predispuesto con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la acepción incondicionada de reglas de conducta suministradas por otro es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a formalizarse.* Além disso, esse conteúdo é integrado por normas oriundas de mandamentos legais (normas imperativas ou supletivas aos preceitos da autonomia), usos e costumes atinentes a situações não disciplinadas legalmente (STIGLITZ, Rubén. Contenido del contrato. In: *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989, p. 149).

⁴⁸⁷ Nessa categoria contratual, inserem-se, por exemplo, os contratos oferecidos por administradoras de consórcios, cujo conteúdo é predefinido por portarias ministeriais, e os contratos de planos de saúde, que contêm cláusulas impostas por lei (Lei n.º 9.656, de 1998) (MARQUES, *Comentários...*, p. 715).

⁴⁸⁸ Ao lado da legalidade, a segurança jurídica constitui elemento essencial do Estado de Direito, que, além de suas imbricações com o princípio da proteção da confiança, compreende estabilidade *ex post* e previsibilidade. (CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 380). Associadas ao princípio da segurança jurídica, a boa-fé e a proteção da confiança traduzem a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas (COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abril/junho 1996).

⁴⁸⁹ Fernando Noronha sustenta que a autonomia privada, a boa fé e a justiça constituem princípios fundamentais dos contratos, que, sem excluir outros, se defrontam e se limitam reciprocamente. (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10).

⁴⁹⁰ Os três princípios clássicos do direito contratual são: a liberdade de contratar, a força obrigatória das convenções e a relatividade de seus efeitos. Somam-se a esses: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato, agora positivados, no novo Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), nos artigos 422, 478 e 421, respectivamente (THEODORO JÚNIOR, *O Contrato...*, p. 4).

condicionante da realidade.

A exigência de referência contínua ao contexto desafia a eficiência dos instrumentos jurídicos tradicionais, e a necessidade de o Estado promover o pluralismo, a síntese das diversidades, a integração social do indivíduo⁴⁹¹ relativiza a autonomia, outrora absoluta, dos particulares, porque a vontade humana não mais constitui a única fonte de regulação jurídica. De um lado, o legislador pode e deve valer-se do recurso técnico da ordem pública⁴⁹² para conferir obrigatoriedade a certas leis, a fim de promover a consecução de seus objetivos precípuos; de outro, o juiz deve utilizar o seu poder revisional para alcançar em contratos já pactuados a normalidade desejável no desenvolvimento das relações deles emergentes, atendendo a expectativas individuais e sociais igualmente legítimas. A dificuldade está em estabelecer um limite à intervenção estatal na esfera da autonomia privada. Tanto a produção legislativa irrestrita como a atuação judicial ilimitada nessa esfera podem gerar insegurança, a quebra do equilíbrio contratual, a frustração dos interesses imediatamente tutelados e o desvirtuamento da função social dos ajustes. Com efeito, da prevalência do interesse público sobre o particular envolve problemática que transcende a questão do dogma da vontade como fundamento único da liberdade contratual e seus consectários (consensualismo e vinculatividade). A busca de referenciais objetivos, seguros e confiáveis que norteiem a ação do Estado faz-se impositiva, visto que não lhe é dado modificar a substância das relações privadas, suprimindo ou anulando o poder normativo dos particulares.

Na era da pós-modernidade,⁴⁹³ a valorização do aspecto social do negócio jurídico assume proporções significativas,⁴⁹⁴ sob a influência do respeito aos direitos fundamentais do homem.⁴⁹⁵ A autonomia privada adquire contornos constitucionais,⁴⁹⁶ assumindo posição

⁴⁹¹ Ricardo Lorenzetti destaca que, no campo jurídico, o contraponto do individualismo é a recuperação de valores básicos e fundamentais que levem em consideração as diferenciações. O liberalismo, formal por excelência, baseia-se na tolerância e na neutralidade. Embora descreva os procedimentos legítimos para a atuação (livre, independente) de cada um, não define o que é uma “boa vida”. A ética liberal é abstrata, não metafísica. Esse procedimento, na esfera da vida privada, pode conduzir a uma descontinuidade com o social (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 83 e 232).

⁴⁹² O conceito de ordem pública tem larga aplicação no campo do direito internacional, em especial no direito internacional privado, ramo em que ele atua como parâmetro para a incidência de lei estrangeira no território nacional. Aqui adotamos a noção aplicável ao direito privado interno, haja vista o objetivo da análise empreendida.

⁴⁹³ Sobre o tema ‘pós-modernidade’, ver nota n. 182 *supra*.

⁴⁹⁴ No direito privado, coexistem, atualmente, inúmeras as modalidades de contratação em que a vontade não influi ou pouco influi na fixação dos respectivos conteúdos (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 302-303). A respeito do tema, ver também: RIEG, Alfred. La Rôle de la Vonlonté dans la formation de l'Acte Juridique d'après les doctrines allemands du XIX siècle. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, v. 32, n. 1, p. 309-356, mar. 1978.

⁴⁹⁵ Além de reconhecer a importância da posituação dos direitos fundamentais na constituição, a doutrina desenvolve a noção de que os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias vinculam não só o Estado como as pessoas privadas (individuais ou coletivas), estendendo a eficácia dessas normas às relações

central em relação ao ordenamento jurídico. O reconhecimento de uma esfera jurídica, dentro da qual os agentes privados podem agir com autonomia no exercício da atividade econômica, auto-regulamentando seus interesses, torna-se fundamento do Estado Democrático de Direito⁴⁹⁷ e da ordem econômica.⁴⁹⁸

Inobstante, a liberdade de conformação dos interesses privados não prescinde de sua compatibilização com princípios limitadores ou complementares, nem exclui a atuação normativa e regulativa do Estado. O legislador possui legitimidade constitucional para afeiçoar compulsoriamente os atos particulares instrumentalizadores do processo econômico aos fins eleitos pela coletividade.⁴⁹⁹ O ordenamento jurídico pode estabelecer condições para o

indivíduo-indivíduo (efeitos horizontais ou eficácia na ordem jurídica privada). Os direitos fundamentais não têm como sujeito passivo somente o Estado. Segundo a primeira teoria - a da eficácia direta ou imediata -, os direitos, liberdades, garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre particulares (eficácia absoluta), independentemente de mediação concretizadora dos poderes públicos. Para os defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos, liberdades e garantias têm eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade é exercida, primeiramente, em relação ao legislador, observados os princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias (CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1.243).

⁴⁹⁶ A constituição não constitui mero instrumento de limitação da ação do Estado, nem os direitos fundamentais correspondem a simples declarações, cuja força normativa desafia legislação integrativa. As disposições constitucionais vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e os cidadãos. A idéia de que a constituição é do Estado (a juridicização da política concebida pela burguesia), sendo regida, a sociedade, por normas produzidas no exercício da autonomia privada, é superada pela regulação constitucional do exercício do poder e dos vetores de ação do Estado e da sociedade. Cabe aos operadores do direito a defesa da ordem constitucional, enquanto sistema normativo aberto de princípios e preceitos, que permitem sintetizá-la, fundamentá-la e estruturá-la (CLÈVE, *A teoria constitucional...*, p. 44).

⁴⁹⁷ Ver nota 362 *supra*.

⁴⁹⁸ Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a livre iniciativa é elevada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), figurando como categoria normativa (e não mero enunciado formal) apta a inspirar a elaboração, a compreensão e a sistematização do direito econômico nacional. *Qualificar, em termos de ciência jurídica, alguma noção como fundamento de certo ramo do direito positivo, significa nela vislumbrar um caráter de centralidade em relação a quaisquer outros conceitos, formulações ou idéias; trata-se de valorizar sobremaneira um dado normativo, elegendo-o como fator fundante e motivador, em larga escala, de toda a normatização atinente à esfera da vida juridicizada. (...) A livre iniciativa deve ser dimensionada à luz de todo o conjunto das normas constitucionais. Vale dizer, a livre iniciativa protegida constitucionalmente não equivale a qualquer concepção ideológica eleita pelos agentes públicos ou privados, mas deve ser entendida a partir da pauta valorativa e principiológica imanente ao texto constitucional. Esse fundamento pode ser definido como (...) liberdade dos privados de dispor dos recursos materiais e humanos; é, em segundo lugar, liberdade dos privados de organizar a atividade produtiva e, conseqüentemente, é liberdade dos privados de decidir o que produzir, quando produzir, como produzir, onde produzir* [citando definição de GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra le Codice e Costiuzione*, p. 125 *apud* PRATA, *A tutela...* p. 199] (trecho do voto proferido pelo eminente Juiz Federal Roger Raupp Rios, relator no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.04.01.091406-3/PR, em 30.03.2000, DJ 31.05.2000, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região). Ainda segundo o magistrado, a espontaneidade na produção de algo novo é a base da produção da riqueza, que não pode ser negada pelo Estado. A relação indivíduos-Estado caracteriza-se não só por uma verticalidade autoritária (relação de subordinação), mas também, em certos aspectos, por uma horizontalidade (relação de cooperação e complementaridade), fruto da redefinição das funções.

⁴⁹⁹ Conquanto o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte uma autorização para a realização dos negócios jurídicos inerentes à atividade econômica, o sujeito econômico não pode reivindicar para cada ato negocial a tutela que é estabelecida para aquela atividade, unitariamente concebida. A decisão de fazer ou não é livre, mas a atuação do sujeito econômico deve subordinar-se aos condicionamentos que lhe são impostos

exercício da autonomia privada, ponderando os valores consagrados juridicamente, desde que não suprima ou esvazie o poder de autodeterminação do particular.^{500 501} Muitos princípios que inspiram as contratações paritárias nas codificações liberais são relativizados por novas concepções. O consentimento - que pressupõe tanto a liberdade como a igualdade negocial⁵⁰² - deixa de figurar como eixo central do negócio jurídico, por ser, não raras vezes, suposto e não real, e o equilíbrio entre os contratantes (como presunção) não subsiste incólume frente às realidades sociais e econômicas contemporâneas.

No direito atual, os contratos paritários coexistem com os contratos de adesão e os contratos-lei. As características de cada espécie contratual refletem-se na legislação vigente: o Código Civil de 2002 contempla, em sua essência, uma igualdade geral, ocupando-se, principalmente, das relações entre civis, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro, nas quais se pressupõe a igualdade entre as partes (ambiente em que predominam os contratos paritários); o Código de Defesa do Consumidor, em seu espírito e teleologia, está vinculado ao paradigma da diferença, da proteção de grupos e de interesses difusos (artigos 5º, XXXII, e 170, V, da CRFB⁵⁰³), destinando-se à regulação das relações de consumo estabelecidas entre civis, destinatários finais de serviços ou produtos, e empresários, fornecedores de produtos ou serviços oferecidos no mercado, nas quais pressupõe a

(inclusive a obrigação de realizar determinados negócios, de não os realizar, de celebrar acordos com dado conteúdo ou forma) (PRATA, *A tutela...*, p. 199).

⁵⁰⁰ Afora as hipóteses em que a Constituição consagra a atuação exclusiva do Estado (execução direta ou indireta) e as em que a iniciativa privada é fortemente limitada ou ordenada, a regulação do exercício da liberdade de iniciativa econômica é admissível, em face de outros bens e valores resguardados por ela. A imposição de restrições ou temperamentos não a desnatura como tal; antes, reforça o caráter não ilimitado ou inatingível dessa liberdade (p. ex. a repressão ao abuso do poder econômico (artigo 173, parágrafo 4º), motivada pela necessidade de criação ou manutenção das condições necessárias (coibindo-se a dominação dos mercados ou eliminação da concorrência) e pela prática anti-social da atividade econômica (aumento arbitrário dos lucros)). Ao lado da livre iniciativa, a justiça social é igualmente valorada, o que reconduz o operador do direito a uma interpretação sistemática de seus elementos normativos (arts. 1º, IV, 3º, I e III, e 5º, XXXII, da CRFB).

⁵⁰¹ Dentre as inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que repercutem nas relações jurídico-contratuais, sobretudo nas últimas décadas, destacam-se o fenômeno da despersonalização do indivíduo como consequência da perda/redução do poder pessoal de autodeterminação, com o incremento da necessidade de o indivíduo agrupar-se e cooperar com seus semelhantes para atuar eficazmente no mundo econômico; a explosão demográfica, com a formação de grandes concentrações populacionais (sociedade de massas) e de riquezas (monopólios e oligopólios), que dominam a oferta de bens e serviços; o avanço tecnológico e o progresso científico em escala ascendente, e, por fim, o dinamismo econômico, que contribui para impulsionar os grandes produtores de bens e serviços a aplicarem, mais rigorosamente, os princípios da racionalidade e da massificação. Para reduzir custos de produção e obter o máximo aproveitamento econômico, é imprescindível estabelecer antecipadamente as condições sob as quais bens e serviços podem ser oferecidos aos consumidores (...) *el hombre contemporáneo vive inmerso en una sociedad cada día más tecnificada* (VALLESPINOS, *Las condiciones generales...*, p. 121)

⁵⁰² A codificação liberal do século XIX parte da premissa de que todo contrato supõe a existência de uma liberdade para contratar, que envolve a opção por celebrar ou não o negócio jurídico e a livre determinação do conteúdo da avença (VALLESPINOS, *Las condiciones generales...*, p. 123).

⁵⁰³ Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...) e Art. 170. (...) V - defesa do consumidor (...)

desigualdade entre as partes (contratos de adesão).⁵⁰⁴ Em que pese os modelos contratuais sejam dinâmicos, a extensão da liberdade reconhecida aos contratantes deve ser sopesada na interpretação e na revisão do ajuste⁵⁰⁵ (o maior ou menor poder de influência dos contratantes na prefiguração do conteúdo do negócio jurídico repercute não só na definição de deveres anexos, riscos efetivamente assumidos e regras interpretativas, como também na ponderação da relevância das singularidades da realidade fática subjacente e das expectativas nele envolvidas).

2.2 A aplicação da equidade na relação jurídico-contratual

O regulamento contratual é fruto de um concurso de fontes convergentes: à vontade das partes agregam-se ou sobrepõem-se as valorações do juiz e as disposições da lei.⁵⁰⁶ Essas fontes diferem entre si em seu aspecto procedimental - quanto ao modo pelo qual intervêm na composição do conteúdo do regramento - e substancial - relativamente às suas funções e posições frente à autonomia privada ou à natureza dos interesses envolvidos.⁵⁰⁷ Elas podem:

⁵⁰⁴ Segundo Cláudia Lima Marques, o Código Civil de 2002 é uma lei para as relações entre iguais, *pontuadas pelas diretrizes da “eticidade, socialidade e operabilidade”*, compreendidas no princípio da boa-fé. *Somente excepcionalmente, e quando expressamente assim o prevê, o Código regula a proteção dos agentes que mereceram tutela através de leis especiais (campo de aplicação racione personae geral do CC/2002) ou incorpora leis especiais que regularam contratos antes atípicos (campo de aplicação racione materiae geral do CC/2002)*. O CDC destina-se a regular uma relação entre diferentes, tutelando o vulnerável (MARQUES, *Comentários...*, p. 44). Apesar de o Código Civil de 2002 também dispor sobre contratos de adesão (por exemplo, os artigos 423 e 424), observa-se na jurisprudência uma tendência à interpretação maximalista do artigo 2º do CDC e à expansão protetiva do art. 29 do CDC para alcançar os contratos de adesão em geral, a despeito da inserção naquele Código dos princípios da boa-fé objetiva, da onerosidade excessiva, dentre outros. Apenas para exemplificar, cite-se: BRASIL, STF, Plenário, ADI 2591/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ac. Min. Eros Grau, j. 07/06/2006, DJ 29/09/2006, p. 31, com os ajustes procedidos em sede de embargos de declaração (BRASIL, STF, Plenário, ADI 2591-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 14/12/2006, DJ 13/04/2007, p. 83), no qual foi reconhecida a aplicabilidade das normas do CDC às relações contratuais estabelecidas com instituições financeiras, incluídas as que figuram como aderentes pequenos e médios empresários, ressalvada a questão da fixação dos juros nas respectivas operações.

⁵⁰⁵ A supremacia da cláusula negociada individualmente sobre as prefiguradas (ou massificadas) deriva dessa orientação. A distinção entre as espécies contratuais é relevante na fixação dos deveres anexos decorrentes da boa-fé, fundados na preocupação que o contratante deve ter com o seu *alter* (equilíbrio). Dentre esses deveres, destaca-se o de informação, *principalmente nos contratos de adesão e nas cláusulas gerais de contratação, dado que o predisponente é o detentor do conhecimento técnico do empreendimento, sendo-lhe vedado o completo enigma contratual para o escorreito consentimento esclarecido do aderente* (MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 398).

⁵⁰⁶ ROPPO, *O Contrato*, p. 166.

⁵⁰⁷ Embora ambas pressuponham a intervenção conjugada da lei e do juiz, por encontrarem fundamento em norma legislativa e produzirem efeitos por meio de uma atuação judicial, essas fontes podem ser enquadradas, do ponto de vista procedimental, em dois tipos fundamentais. O primeiro abrange as hipóteses em que a norma, rígida e explícita no seu conteúdo, exprime, de modo suficientemente inequívoco, a valoração e a escolha do legislador, minimizando a necessidade e a possibilidade de valoração discricionária do juiz. O segundo contempla os casos em que a determinação do regulamento opera pela aplicação de normas, formuladas de modo

(a) contrastar com a autonomia privada, exprimindo uma lógica diversa daquela ditada pelos interesses individuais em jogo e introduzindo no regramento contratual valores e objetivos não coincidentes com as expectativas dos contratantes, ou (b) exercer função de subsídio e suporte da autonomia privada, suprindo lacunas⁵⁰⁸ e integrando o regulamento segundo uma lógica que não contradiz os programas idealizados pelos contratantes, mas antes favorece a sua efetiva realização (atuação instrumental).

O problema da justiça contratual é antigo e está relacionado ao conteúdo do negócio jurídico. O contrato *constitui um mecanismo cujo correcto funcionamento pressupõe certas condições como que “ambientais”*, sem as quais não alcança o seu fim precípua: a tutela do interesse pelos bens que se visa obter com a transação. Do contrário, o instrumento - que pode viabilizar um equilíbrio dinâmico entre as partes - transformar-se-á em instrumento de exploração e opressão.

A justiça só se realizará se forem asseguradas a autodeterminação do sujeito (vontade ponderada e livre) e a igualdade do poder negocial entre as partes. Quando esses pressupostos não são efetivos, faz-se necessário um controle de conteúdo. Por óbvio, tal proceder não pode significar um “controle externo”, que retire aos particulares o poder de conformar suas relações jurídicas como melhor lhes aprouver no domínio da autonomia privada, sob pena de atingir-se o valor liberdade que se pretende proteger. É preciso encontrar um equilíbrio entre liberdade e justiça (igualdade e proporcionalidade),⁵⁰⁹ constituindo a igualdade das partes uma condição para a igualdade das prestações. Nem sempre a lesão provoca prejuízos sob a forma de desequilíbrio objetivo das prestações. O contrato pode tornar-se desvantajoso, em razão de expectativas ou necessidades do contratante (utilidade particular). Nesse contexto, sobressai a importância da equidade em matéria contratual, por alicerçar a intervenção judicial no âmbito da autonomia privada, com base em considerações peculiares a um determinado contrato.

Fazer justiça⁵¹⁰ implica determinar o justo em concreto, mediante o exercício da

genérico (aberta), flexível e indeterminado, admitindo ou impondo ao juiz o exercício de um poder de valoração autônoma (p.ex. pelo emprego das noções de ordem pública ou *bons costumes*, equidade) (ROPPO, *O Contrato*, p. 167).

⁵⁰⁸ Sobre a integração de lacunas no sistema jurídico, ver: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 167 e segs.

⁵⁰⁹ A justiça contratual compreende não só a justiça comutativa, vinculada à idéia de equilíbrio existente entre as posições das partes (equivalência entre as prestações nos contratos sinalagmáticos), como também, em uma dimensão mais rarefeita, a justiça distributiva, notadamente na concessão de um regime mais favorável para incapazes ou consumidores (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 242).

⁵¹⁰ Se considerarmos que o fim do direito é manter uma relação ideal entre os homens, essa relação pode variar conforme a concepção de justiça vigente: a paz e a ordem, um *status* social estável e garantido, a liberdade como um máximo de livre afirmação da personalidade individual ou outro valor predominante. *La experiencia desarrollada por la razón y la razón puesta a prueba por la experiencia nos han enseñado cómo avanzar lo más posible hacia la realización de una tarea práctica que permita a los hombres vivir juntos en comunidades*

prudência e a conjugação da prescrição (lei/contrato) com os elementos fáticos do caso. Nesse sentido, a equidade é um elemento constante no processo de individualização do enunciado normativo,⁵¹¹ porque, ao elaborar a norma concreta e individualizada destinada a dirimir a controvérsia, o juiz integra aquela com um complexo de valorações particulares sobre o singular, na busca de uma solução mais consentânea possível com a justiça (equilíbrio fundado na igualdade/proporcionalidade).⁵¹²

Para estabelecer o modo adequado de execução do ajuste, ele deve, antes, interpretar as cláusulas pactuadas à vista da realidade social em referência. Ao deparar-se com um pleito revisional, fundado em lesão, imprevisão ou exercício abusivo de prerrogativas legais, pode vir a relativizar a autonomia das partes e a imperatividade das estipulações contratuais - enquanto pautas gerais (programa) para realidades singulares -, ponderando aspectos específicos do caso concreto, sem prejuízo da aplicação dos princípios de regência nos demais casos.⁵¹³ Se dessa análise resultar o reconhecimento da nulidade de alguma disposição, mister se fará a integração do regramento contratual.

políticamente organizadas em la sociedad civilizada con la guía de una idea activa aun si esa idea activa no es un ideal que resulte metafísica, lógica o étnicamente convincente (POUND, *Justicia...*, p. 25).

⁵¹¹ Essa perspectiva difere daquela que qualifica a equidade como critério interpretativo *extrema ratio*, que se impõe quando, a despeito da aplicação de todos os demais critérios, persiste a equivocidade ou a ambigüidade do contrato, que deve ser interpretado de modo menos gravoso para o obrigado, se a título gratuito, ou mais favorável à realização do equilíbrio entre os interesses das partes, se a título oneroso. Para Michelle Cumyn, a justiça distributiva - concernente à atribuição a um grupo de certas vantagens sociais, e não à justiça das relações entre as partes - pode constituir-se em elemento da justiça contratual em casos pontuais, embora não esteja relacionada à equidade do ajuste, porquanto baseada em considerações externas a ele e relativas à organização da sociedade (p.ex. a execução da política de direção social ou econômica desejada pelo legislador). Contudo, esse limite é demasiadamente tênue quando se trata de medida que envolve considerações relativas as justicas comutativa e distributiva: uma norma que impõe ao comerciante um dever de informação particularmente severo promove a igualdade entre os contratantes (justica comutativa) e, ao mesmo tempo, decorre do seu estatuto (justica distributiva); as regras de proteção ao salário asseguram a justa remuneração do trabalho prestado (justica comutativa) e, ao mesmo tempo, a evolução das relações econômicas e sociais, melhor distribuindo as riquezas e incrementando a qualidade de vida do trabalhador (justica distributiva) (CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 242-243).

⁵¹² Citando Luís Recansés Siches (*Equidad*, p. 431), Jorge Mosset Iturraspe ressalta que, para o referido jusfilósofo, a equidade é *um antecedente, um presentimiento del logos de lo razonable en materia de interpretación de las normas jurídicas [...] El juez juzga. El juzgar del juez entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa lo que se debe hacer en el caso controvertido. El meollo de su fallo es una norma, una norma singular, concreta, pero norma al fin y al cabo, tan norma como una regla general*. A equidade é um instrumento que se aplica somente a um pequeno grupo, permitindo o funcionamento regular de um sistema econômico-social, que exige o respeito a pautas gerais como técnica para as soluções predominantes na maioria dos casos. O seu caráter excepcional reafirma a validade consensual das normas gerais socialmente impostas (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 48 e 50). Ela não visa a corrigir a lei na sua aplicação a determinados casos particulares, mas a interpretá-la razoavelmente. Por mais absolutos que sejam os poderes que lhe foram atribuídos, o legislador jamais poderá dispor sobre o método de interpretação das normas que emite. Ele poderá ordenar a conduta que considera justa, conveniente e oportuna, mediante a edição de prescrições gerais, mas está fora dos seus poderes definir ou regular o que não se inclui no conceito de legislação. As palavras só adquirem sentido autêntico dentro do contexto da frase e do contexto real a que ela se refere (RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 1 ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1959, p. 428).

⁵¹³ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 51.

Delineada, nesses termos, a questão, analisemos as funções da equidade frente ao contrato, seguindo as diretrizes estabelecidas na primeira parte deste trabalho.

2.2.1 A equidade como vetor interpretativo

Uma das funções da equidade é promover a adequação do enunciado normativo ao caso concreto,⁵¹⁴ a realizar-se via interpretação no momento da aplicação do direito.

Do ponto de vista operacional, a interpretação reclama a compreensão da norma sob a perspectiva da realidade a ser ordenada.⁵¹⁵ Conseqüentemente, desenvolve-se por meio do raciocínio por concreção,⁵¹⁶ assim compreendido não como a mera individuação nem em oposição à noção de sistema, mas como raciocínio orientado sistemática e problemáticamente.⁵¹⁷

A dimensão tópica ou problemática⁵¹⁸ é inafastável na argumentação jurídica, por

⁵¹⁴ A igualdade e a proporcionalidade são critérios aristotélicos de justiça. A igualdade implica uma correta aplicação do direito, de modo a evitar-se o arbítrio; a proporcionalidade vincula-se à necessidade de serem tratados de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade. A *exigência de igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade de uma decisão também materialmente justa, de acordo com as circunstâncias do caso* (AMARAL NETO, A equidade..., p. 199).

⁵¹⁵ Citando Konrad Hesse, Luís Afonso Heck salienta que a concretização pressupõe um “entendimento” sobre o conteúdo da norma jurídica, atrelado a uma “pré-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido (HECK, Apresentação. In: CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada...*, p. 14).

⁵¹⁶ Sobre a superação da idéia outrora vigente de “plenitude hermenêutica do ordenamento”, defendida pelo positivismo dogmático do século XIX, ver: VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36 e segs.

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, O método da concreção..., p. 136.

⁵¹⁸ Na dissertação intitulada “*Topik und Jurisprudenz*” (1953), Theodor Viehweg defende a tese de que a tópica é a técnica do pensamento orientado para o problema, desenvolvida a partir da retórica, a qual se aplica ao direito, naturalmente vocacionado à resolução de conflitos concretos. Ela apresenta uma estrutura espiritual, centrada em um dado da realidade (ou seja, uma questão que, aparentemente, comporta mais de uma resposta e pressupõe uma compreensão provisória), que desencadeia um jogo de ponderações acerca das razões favoráveis e contrárias a um determinado modo de agir. A sua estrutura distingue-se da estrutura dedutivo-sistemática pelo modo de pensar, que é apreendido a partir do todo. No pensamento sistemático, não há necessidade de se buscar o ponto de vista, pois ele já é dado previamente, e é a partir dele que os problemas são selecionados (os de conteúdo incompatível são rechaçados, por serem questões falsamente propostas); no pensamento aporético (ou problemático), o caminho é inverso, desde que o ponto de partida não é um dogma, mas um senso comum que opera com o verossímil. Se a ênfase for dada ao sistema, haverá, necessariamente, uma seleção de problemas, sendo alguns considerados insolúveis; se a tônica recair sobre o problema, ter-se-á uma seleção de sistemas e se conduzirá normalmente a uma pluralidade de sistemas. De qualquer sorte, o problema tem origem em um nexo de compreensão já existente. E, para que não haja incerteza na escolha dos pontos de vista, apóia-se a argumentação jurídica em um repertório de pontos de vistas já disponíveis, cuja autoridade está assentada na sua aceitabilidade. O consenso é o seu ponto de partida, e não se confunde com o consenso enquanto propósito final daquela, pois, *neste último caso, seria possível a verificação da racionalidade da decisão*. Embora a tópica não seja em si uma teoria da argumentação jurídica, mas um vértice, dotado de mobilidade, para o processo argumentativo que delineia o *raio de possível opção decisória*, ela admite complementação por princípios ou doutrinas direcionadas à decisão, desde que compreende uma diretiva dos modos de proceder na *praxis* jurídica e de seus pressupostos (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos*

imperativo do Estado Democrático de Direito, inclusive quando se busca preservar o rigor lógico da fundamentação. Todo o esforço de legitimação da decisão judicial traduz-se no propósito de torná-la compreensível e compartilhável,⁵¹⁹ o que é alcançável a partir de uma racionalidade, cuja base é argumentativa.^{520 521} A tarefa da interpretação é, portanto, *encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza e previsibilidade - não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.*⁵²²

No espaço destinado às considerações de ordem fática, atua a equidade como referencial para a valoração do singular frente às generalizações normativas, influenciando na construção da norma jurídica aplicável concretamente.⁵²³ Apesar de não estar referida expressamente na legislação pátria com essa função, não há como desconsiderá-la no processo interpretativo, dada a relevância das especificidades do caso concreto na definição do conteúdo da norma incidente.⁵²⁴ A exata compreensão dos comportamentos adotados e do conteúdo das obrigações assumidas pressupõem a interpretação das cláusulas contratuais dentro do contexto de cada contrato singular.⁵²⁵ A questão é saber de que modo ela opera na valoração do singular frente às generalizações normativas do contrato.

fundamentos jurídico-científicos. 5 ed. rev. ampl. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34-35 e 40).

⁵¹⁹ Para Robert Alexy, o silogismo judicial não esgota o raciocínio jurídico, pois são inevitáveis os juízos de valor por parte do julgador. Em razão disso, é preciso estabelecer formas de “justificação racional” da decisão, que podem ser divididas em: “justificação interna” (que diz respeito à congruência lógica entre a opinião e as premissas indicadas para justificá-la) e “justificação externa” (que se refere à correção das premissas utilizadas no raciocínio jurídico). Com base em Perelman, o autor afirma que os “cânones de interpretação” são formas de argumento, a partir das quais interpretações podem ser propostas como juridicamente aceitáveis, devendo ser priorizados os cânones semântico e genético, porquanto mais afeitos à vinculação ao direito vigente. Apesar disso, devem ser admitidos argumentos jurídicos especiais, como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum* (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 218-240 e 262).

⁵²⁰ LACOMBE, O princípio da proporcionalidade..., p. 226.

⁵²¹ A característica do argumento é a pretensão de força de convencimento ou correção (HECK, Apresentação. In: CACHAPUZ. *Intimidade e vida privada...*, p. 24). A argumentação deve conduzir a uma resposta que encerre em si uma pretensão de validade universalizável (correção normativa), o que pressupõe a existência, no ordenamento jurídico, de procedimentos que assegurem a racionalidade da aplicação do direito. Nem regras nem princípios regulam por si o modo de sua aplicação (PEDRON, Comentários..., p. 72 e 77).

⁵²² HECK, Apresentação. In: CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada...*, p. 13.

⁵²³ À época em que a aproximação entre lei e contrato é incindível, é assente que, se o juiz não pode julgar a equidade da lei nem o seu valor intrínseco, não pode fazê-lo também em relação ao contrato. A interpretação deve atender à letra do instrumento contratual ou à intenção dos contratantes expressada em comportamentos anteriores, contemporâneos e posteriores à celebração do pacto, sem qualquer consideração de equidade (ou seja, das circunstâncias que permeiam a contratação).

⁵²⁴ A doutrina diverge quanto a ser ou não o método de interpretação da norma jurídica uma questão de direito suscetível de uma resposta jurídico-positiva (legislativa). Segundo João Baptista Machado, há quem entenda que sim (p.ex. Emílio Betti e Oliveira Ascensão) e quem entenda que não (Castanheira Neves) (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p.173).

⁵²⁵ PRATA, *Contratos de adesão...*, p. 297.

A relação contratual pressupõe - em sua projeção espacial e temporal - uma constante referibilidade à realidade subjacente e, simultaneamente, um mínimo de previsibilidade e certeza que proteja expectativas legítimas e potencialize a exequibilidade das obrigações assumidas, inclusive mediante a possibilidade de coação estatal. Por essa razão, a atividade interpretativa não pode conduzir o intérprete a um saber puro, dissociado da ação, nem a um sentido imanente ao objeto, construído *a priori*. Pautada por um procedimento concretista, racionalmente controlável, deve permitir a compreensão do conteúdo negocial, a partir dos elementos fáticos que o circundam, incluída a experiência e a realidade que engloba o próprio sujeito cognoscente, e sua correlação com determinados elementos normativos e axiológicos do ordenamento jurídico (conexidade entre a declaração negocial e os elementos fático-normativos que constituem a relação contratual).⁵²⁶

A interpretação contratual compreende um complexo processo de operações intelectuais, vocacionado à construção de um significado em face do caso concreto, com base na pré-compreensão do conteúdo da norma jurídica sistematizada, e não à descoberta de um significado imanente ao texto normativo. Com a delimitação e a reconstrução do conteúdo negocial, definem-se os efeitos jurídicos que irá produzir, resultantes, mediata ou imediatamente, do ordenamento jurídico, a partir de um pressuposto de fato - o contrato. Em outros termos, estabelece-se em que limites o ajuste pode ser reconhecido pela ordem jurídica, para, então, concretizar-se, completar-se ou reformar-se o que foi convencionado pelos contratantes.

Como todo e qualquer processo dessa natureza, não pode ser abandonado ao senso empírico do intérprete. Ao contrário, deve pautar-se por critérios e princípios estabelecidos por prescrições juridicamente vinculativas.⁵²⁷

As orientações interpretativas traçadas pela doutrina identificam-se com as várias teorias sobre a relação entre a vontade e a declaração no negócio jurídico, o critério para a resolução do conflito entre a exigência de referibilidade (ao declarante) e a de recognoscibilidade pelos outros (teorias da vontade, da declaração, da confiança e da responsabilidade). Algumas apresentam o problema hermenêutico em termos equivocados;

⁵²⁶ O raciocínio por concreção, sem limites, conduz ao arbítrio judicial, impedindo o controle intersubjetivo e o desenvolvimento do agir científico na dogmática e na narrativa jurídica.

⁵²⁷ Apenas para exemplificar, cite-se o disposto no artigo 112 do Código Civil brasileiro de 2002 (*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*). Em relação à intenção comum das partes, reconstruída objetivamente, a interpretação produz um juízo fático (nesse sentido, os enunciados das súmulas n. 454 do STF e n. 5 do STJ), que, inobstante, é influenciado por fatores jurídicos. A reconstrução daquilo que as partes objetivamente quiseram pressupõe uma individualização pautada pelas normas jurídicas vigentes.

outras limitam-se a valorar um único aspecto deste ou generalizam critérios aplicáveis apenas a certas categorias. É o que ocorre, por exemplo, com a afirmação de que a vontade real deve prevalecer à declaração ou a declaração deve sobrepor-se à vontade interior. A vontade das partes só adquire relevância jurídica na medida em que seja reconhecível, sob a forma de declaração ou de comportamento.

Para Emílio Betti, o objeto da atividade interpretativa é a manifestação objetiva de um pensamento, que se exterioriza por meio de um comportamento prático ou uma forma representativa (aspecto físico da declaração e suas circunstâncias). Embora a representatividade do pensamento (situação objetiva complexa) alcance o intérprete por intermédio da forma (declaração negocial e circunstâncias), o seu efeito independe da intenção (elemento psíquico) e do fato de ter sido expressado com um fim representativo, porquanto relevante, para esse fim, o valor implícito nas atitudes relativas ao negócio jurídico.⁵²⁸ A interpretação compreende a busca do conteúdo semântico (gramatical) de cada palavra empregada, a identificação do significado atribuído pelas partes às manifestações volitivas ou condutas relevantes (interpretação subjetiva, filológica ou histórica) e sua contextualização (o sentido exteriorizado ou cognoscível pelos elementos objetivos),⁵²⁹ com vistas à determinação do regramento contratual e dos efeitos que poderá produzir, se não houver qualquer motivo invalidante. Além de ato de autodeterminação, a manifestação volitiva (declaração ou comportamento significativo) destina-se a ser conhecida por terceiro, devendo guardar relação com o meio em que inserida (ou seja, as circunstâncias que lhe conferem valor e significado).

Nesse contexto, insere-se a crítica do jurista italiano ao unilateralismo das visões do fenômeno da autonomia privada: o negócio como fonte de normas e o negócio como uma *fattispecie* prevista pelas normas jurídicas.⁵³⁰ Atribui-se às partes a liberdade de eleger um interesse socialmente apreciável, que possa *enquadrar-se e tipicizar-se (...) em funções econômico-sociais dignas de proteção jurídica*.⁵³¹ Essa percepção da realidade contratual reflete-se no processo hermenêutico que ela suscita. O contrato é um pólo de ambivalência

⁵²⁸ No campo jurídico, a forma atende a uma exigência de recognoscibilidade, essencial ao entendimento da espiritualidade alheia e a sua admissibilidade social.

⁵²⁹ Dentre os métodos interpretativos, há o individual (que se atém ao móvel da relação jurídica) e o típico (que se vincula ao reconhecimento legal de que o interesse é relevante e por isso é reproduzido socialmente - comportamento considerado útil).

⁵³⁰ BETTI, *Teoria Geral...*, p. 233.

⁵³¹ A tipicidade a que se refere o autor não é rígida, nem está atrelada a um certo número de denominações. Na realidade, ela desempenha a função de limitar e orientar a autonomia privada, remetendo-a a valorações econômicas ou éticas da consciência social historicamente determinada (tipicidade social). Betti contrapõe-se à teoria francesa da intenção das partes, para agregar a idéia de função econômico-social (BETTI, *Teoria Geral...*, p. 235.).

dos métodos interpretativos, enquanto fruto de manifestações volitivas reconhecidas por lei, que, preenchendo o suporte fático, geram efeitos jurídicos. Nesse sentido, a regra ou o preceito normativo criado pela vontade negocial (desde que recepcionada pelo ordenamento jurídico) sujeita-se à interpretação, que se desprende dos contratantes, sem desvincular-se, por completo, do caminho traçado por eles.⁵³² Esse é o sentido da norma inserta no artigo 112, do Código Civil brasileiro de 2002,⁵³³ que positiva a opção do legislador por reduzir a possibilidade de juízo amplamente discricionário do intérprete, atrelando-o, na interpretação das declarações de vontade, à intenção comum das partes (ou seja, a intenção objetivamente consubstanciada na declaração negocial).⁵³⁴ Complementa-a, a prescrição contida no artigo 113,⁵³⁵ do referido diploma legal, ao assegurar um espaço para a valoração judicial, a partir da ponderação de aspectos singulares do caso concreto.⁵³⁶ Partindo da premissa de que as partes almejam o melhor cumprimento das cláusulas e manifestações a que se comprometeram, a definição do correto cumprimento das obrigações assumidas deve levar em consideração as suas exigências específicas e as do meio social.⁵³⁷ Como bem salientado por Clóvis do Couto

⁵³² Não é demais destacar que há contratos com muito mais preceitos do que vontade, e outros em que a vontade adquire maior relevância, porque contém um elemento idôneo a justificar eventual desproporção. Ao intérprete cabe identificar essa realidade.

⁵³³ O artigo 112 do Código Civil brasileiro (*Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*) transfere ao declarante a responsabilidade por sua oferta e valoriza a confiança que gera no receptor, impondo a consideração de ambos os fatores na definição dos direitos e obrigações ao longo do programa contratual. Essa orientação subjaz à regra contida no artigo 423 do referido diploma legal (*Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*), bem como no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor (*Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*) (MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 398).

⁵³⁴ Na interpretação do conteúdo negocial, prevalece a intenção comum das partes à literalidade das cláusulas pactuadas, em consonância com o disposto nos artigos 112 do Código Civil brasileiro (acima transcrito). Atente-se, porém, para o real papel da vontade das partes - entendida como momento psicológico de iniciativa negocial - na composição do regramento contratual. Como bem ressalta Enzo Roppo, a teoria da vontade (em contraposição à teoria da declaração) revela-se adequada a um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas são, em geral, refletidas e negociadas, conservando, inclusive, um caráter pessoal. Na moderna economia de massa, as transações proliferam-se em escala, sendo crescente a padronização e a impessoalidade das operações econômica (ROPPO, *O contrato*, p. 297)

⁵³⁵ *Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

⁵³⁶ A boa-fé objetiva é citada, ainda, nos artigos 187 (*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*), para a conceituação do abuso de direito no campo da ilicitude, e 422 (*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*), em relação às disposições dos contratos. Por usos interpretativos, entendam-se os critérios objetivos que podem ser extraídos das práticas do tráfico jurídico (e não práticas individuais), geralmente observadas no lugar da celebração do contrato. Ao contrário dos usos normativos, que se destinam a integrar lacunas do regulamento contratual, eles servem para a atribuição de um sentido às cláusulas contratuais, que se considera compartilhado pelas partes.

⁵³⁷ Ao comentar o artigo 10 do Decreto-lei português n.º 446, de 25 de outubro de 1985 (*As cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se*

e Silva, o parâmetro da boa-fé possui um valor autônomo, dissociado da vontade das partes, que permite estabelecer a extensão do conteúdo da relação obrigacional, inclusive com base em circunstâncias ou fatos relativos ao negócio.⁵³⁸

O contrato produz um preceito que é acolhido e protegido pelo ordenamento jurídico estatal na própria órbita da relação jurídica (ou seja, a regra criada pelos particulares é recepcionada pela ordem jurídica e retorna para eles juridicizada). Nesse delineamento, o regramento contratual não se reduz ao conteúdo predisposto pelas partes, reconstruído a partir da investigação de uma vontade psicológica preexistente, revelada por meio da declaração. Antes, resulta da convergência de sentidos apurados no processo interpretativo em uma perspectiva de totalidade.⁵³⁹ As circunstâncias relevantes (os interesses em disputa, o meio econômico, as relações negociais precedentes, as negociações preliminares, os usos etc.) não são objeto de interpretação, porém a influenciam, formando o ambiente negocial em concreto, desde a fase pré-negocial até a execução do contrato.

A apreensão do conteúdo negocial não prescinde do enquadramento do ajuste no tipo legal (ou seja, da definição da categoria jurídica a que pertence), que, via de regra, se realiza por meio de uma operação de subsunção, denominada qualificação jurídica. Essa operação implica a interpretação do fato (interpretação cognoscitiva), com o reconhecimento do sentido que lhe deve ser atribuído, e a identificação do tipo abstratamente previsto (previsão normativa), com base nas normas que o disciplinam, para o fim de se lhe determinar os efeitos jurídicos. Interpretação e qualificação integram um processo cognitivo unitário, destinado à identificação das normas concretamente aplicáveis.

E o processo interpretativo não se encerra na classificação tipológica do contrato e na determinação automática de seus efeitos jurídicos. É preciso verificar quais os elementos do

incluam), Ana Prata salienta que a orientação interpretativa ali esboçada cumpre a função de chamar à colação todos os elementos que conduzam a um resultado interpretativo adequado à ratio da tutela legal da posição do aderente. Optou, pois, a lei pela recusa de “uma interpretação das condições gerais que obedeça a critérios típicos, uniformes ou generalizantes”. A expressão “dentro do contexto de cada contrato singular” comporta a tomada em consideração das circunstâncias anteriores e posteriores à sua celebração, bem como das relações conexas (ou dependentes) estabelecidas entre as mesmas partes. Nesse sentido, o legislador prioriza uma justiça individualizadora, na medida em que as especificidades (ou singularidades concretas) do contrato podem ensejar interpretação ou integração diversa daquela que resultaria da análise de cláusulas em abstrato, permitindo uma justiça material mais efetiva (PRATA, *Contratos de adesão...*, p. 297-298).

⁵³⁸ Tal atuação da boa-fé confere à relação jurídico-contratual *um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes* (COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42).

⁵³⁹ Mais do que a linguagem empregada ou a materialidade da conduta expressa como declaração de vontade, importa a situação objetiva em que esta é tida, tendo em vista o complexo de fatores que conformam o contexto da contratação. Exemplificando, mencione-se a hipótese em que a ausência de manifestação de vontade (silêncio) em determinadas circunstâncias objetivas e subjetivas, segundo o comum modo de agir, significa a adesão à proposta de outrem, o que pode decorrer por força de lei, do contrato ou dos usos e costumes locais.

suporte fático que entram no mundo jurídico - para o que atuam a palavra falada ou escrita e a realidade fática, onde circunstâncias influem na construção do seu significado, sendo importante não só o que provém da psique do declarante, mas também o que podem entender as pessoas que confiam na manifestação produzida - e quais os efeitos que, em virtude disso, efetivamente produz.

A vinculação decorre da expectativa criada pelo comportamento - no outro contratante e, em geral, no meio social -, não podendo ser invocadas, para o efeito de desconstituí-la, deficiências do processo volitivo que não são objetivamente aferíveis. O intérprete reconstrói, no conteúdo do contrato, os fins visados pelas partes, elucidando-lhes o sentido sob uma perspectiva mais abrangente do que a individual delas, e confronta esses fins àqueles pertinentes a uma das funções econômico-sociais típicas, tuteladas pelo direito vigente. Normas cogentes, como vimos, podem limitar ou corrigir o conteúdo negocial.

Se o contrato não apresenta ambigüidade, obscuridade ou lacunas, a interpretação (recognitiva) destina-se a apurar o seu conteúdo, inferindo em concreto a intenção comum dos contratantes, para o que concorrem não só as declarações emitidas como também os comportamentos preliminares e subseqüentes ao contrato. Destinando-se, a declaração volitiva, ao conhecimento e à aceitação de um destinatário determinado, a interpretação considera o sentido que ele podia e devia atribuir àquela naquelas circunstâncias (pesquisa do sentido que ela revela), além do seu significado socialmente contextualizado.⁵⁴⁰ Com efeito, a investigação sobre a vontade real (psíquica) do declarante, que se torna responsável por aquilo que declara e suscita expectativas no destinatário e, em geral, no meio social (os deveres derivados da relação contratual vinculam-se a um comportamento esperado, de cooperação e da proteção dos recíprocos interesses) é secundária, exceto se, objetivamente, a parte tem condições de conhecer (ou conhecia) a vontade interna do outro.

Do mesmo modo, os motivos que levam as partes à celebração do contrato (enquanto representações subjetivas) não têm relevância na interpretação contratual, salvo se há expressa disposição em contrário⁵⁴¹ ou se são comum, constituindo fundamento do negócio. Importa sempre, isto sim, o interesse objetivo que visam a satisfazer. Conquanto situe-se fora do

⁵⁴⁰ A interpretação é pressuposto lógico da aplicação do direito, ainda quando não haja ambigüidade ou obscuridade na linguagem empregada, haja vista a necessidade de delimitar o conteúdo das obrigações assumidas pelas partes.

⁵⁴¹ Excepcionam a regra da irrelevância dos motivos, por exemplo, os artigos 140 (*O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante*) e 166, inciso III (*É nulo o negócio jurídico quando: (...) III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito*), do Código Civil brasileiro de 2002, ao reconhecerem valor jurídico ao falso motivo e ao motivo ilícito “qualificado”, ou seja, aquele comum a ambas as partes (que não se mantém circunscrito à esfera íntima da parte) e expresso como razão determinante.

campo jurídico, esse interesse, subjacente às prescrições contratuais, está sujeito à verificação de licitude e idoneidade para a tutela jurídica.⁵⁴² Pelo processo interpretativo, perquire-se sobre a vontade das partes, compatibilizando-a com o modo como se comportam e com o que é socialmente admissível (a síntese é o critério norteador do processo hermenêutico).⁵⁴³ Vale dizer, apreende-se o conteúdo do regramento negocial, *referido à coerência (e não ao contraste) entre o intuito visado e a função econômico-social típica daquela autonomia (tipicidade social), a merecer tutela jurídica.*⁵⁴⁴

O objeto da interpretação é, portanto, a declaração ou o comportamento - reciprocamente reconhecível - inserido em um contexto significativo, e não a vontade interna do contratante. Mais do que o teor das palavras ou a materialidade das condutas em si mesma consideradas, importa a situação objetivamente aferível em que elas se concretizam (manifestação de vontade, circunstâncias e receptividade do destinatário).⁵⁴⁵ Dito de outro modo, interpretam-se as declarações e os comportamentos que implementam os requisitos estruturais para a configuração de um negócio existente e válido, os atos preparatórios, o conteúdo do pré-contrato e as circunstâncias que denotam o propósito dos contratantes. Somente as atitudes exteriormente reconhecíveis no mundo social são passíveis de interpretação e, tratando-se de declaração receptícia, o ponto de relevância hermenêutica encontra-se no destinatário. A manifestação do contratante é interpretada tal como o destinatário podia e devia razoavelmente entendê-la, segundo o contexto e os parâmetros da boa-fé (lealdade e clareza de linguagem e na maneira de se conduzir), em conformidade com

⁵⁴² *Serve, em particular, para verificar se o intuito concretamente visado, reconstituído na sua entidade psicológica extrajurídica, não é incompatível com a causa típica do negócio celebrado, ou se, pelo contrário, é de natureza a desviar e corromper, pela sua ilicitude (Cód. Civil, 1343 - 45º), ou futilidade social, a destinação econômico-social do tipo de negócio escolhido (23 e 49) (BETTI, Teoria Geral..., p. 237). Em uma sociedade industrializada, caracterizada pela produção em larga escala e pela massificação do consumo, as transações são disciplinadas na sua objetividade, tendo em vista o interesse de assegurar a circulação de riquezas de forma célere e segura (ROPPO, O contrato, p. 298).*

⁵⁴³ A partir da concepção de que a manifestação de vontade deve ser apreendida na sua expressão objetiva, exterior e socialmente reconhecível, é desenvolvida a teoria da confiança, fundada na idéia de que o ordenamento jurídico deve tutelar não só os interesses do declarante como também os do destinatário. A exigência de segurança nas relações jurídicas reclama a tutela da confiança recíproca no ambiente negocial, implicando o compromisso das partes de agirem com lealdade e probidade.

⁵⁴⁴ BETTI, *Teoria Geral...*, p. 237.

⁵⁴⁵ Segundo Betti, as negociações preliminares *assim como os outros meios interpretativos extratexto, poderão ser utilizadas, apenas com a limitação da incompatibilidade*, ou seja, desde que sejam, por qualquer modo, compatíveis com o teor da declaração ou com o significado fixado numa declaração interpretativa subsequente, ressalvada a existência de prova de erro de fato ou por violência. Entretanto, é de se referir que tanto as negociações preliminares como as condutas subsequentes são relevantes como meio de interpretação, mesmo quando o sentido que delas se infira destoe do significado objetivo da declaração emitida, ou daquela que as partes tenham estabelecido por uma interpretação autêntica, porque não está afastada a possibilidade de servirem à correção de eventual contradição introduzida na redação do contrato (interpretação corretiva), ou por intermédio de uma interpretação autêntica sucessiva, esta de competência exclusiva das partes (BETTI, *Teoria Geral...*, p. 240-241 e 289).

a estrutura típica do negócio jurídico. Constitui dever do declarante usar meios idôneos para expressar o seu pensamento.⁵⁴⁶

Em tal atuação, prevalece a discricionariedade prudencial, motivada e vinculada do intérprete, que, para justificar (motivar) as conclusões emergentes desse processo, deve contrastar os argumentos e os posicionamentos de ambos os contratantes. A natureza e os fins da relação contratual - que compreende um complexo de atos que se encadeiam em direção ao adimplemento ou à satisfação dos interesses legítimos das partes - são extraídos do seu contexto global, mantida a unidade sistemática de seus elementos integrantes.

O primeiro critério interpretativo eleito pelo legislador - como já dito anteriormente - é a intenção comum das partes,⁵⁴⁷ assim compreendida não a vontade (interior) de uma ou outra, mas a intenção contida na declaração volitiva objetivamente apurável. O acordo é obtido não com a prevalência do interesse de um contratante sobre o do outro, e sim com a convergência de interesses em um espírito de cooperação, com vistas à satisfação de expectativas recíprocas (ou seja, o consenso (não reflexo, mas objetivo) sobre o significado do preceito contratual ou a síntese dos motivos e interesses singulares). A intenção comum é algo mais do que o acerto que constitui requisito de validade do contrato (critério de orientação interpretativa) ou, ainda, a vontade individualmente considerada, de molde que desvendá-lo implica a valoração de condutas (interpretação subjetiva), sem recurso à atividade de introspecção mental.⁵⁴⁸ Com efeito, a valorização da intenção, em face do sentido literal das palavras, alcança não a vontade de cada parte, mas o propósito comum de ambas que se tornou reconhecível. Nesse sentido, ela é interpretada em função do recíproco comportamento global e da situação fática em que se insere.

Ao estatuir que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem, o legislador pretende compelir o intérprete a investigar a essência do contrato, com o claro propósito de proteger a autonomia privada contra eventual arbítrio.⁵⁴⁹ Certamente, a lei não despreza a literalidade do texto contratual, atenuando a

⁵⁴⁶ MIRANDA, *Tratado...*, p. 325-326.

⁵⁴⁷ Neste tema, é preciosa a observação feita pela Prof.^a Judith sobre um novo modelo de hermenêutica contratual, em que o *intérprete não mais - ou não mais apenas - se vê às voltas da “comum intenção” dos contratantes. Cabe-lhe agora, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do “sistema contratual” no qual eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contratantes* (MARTINS-COSTA, O método da concreção p. 135).

⁵⁴⁸ A nossa legislação civil contém poucas regras de interpretação contratual. Citem-se, exemplificativamente: os artigos 112, 113, 114 e 423 do Código Civil Brasileiro (BETTI, *Teoria Geral...*, p. 284.).

⁵⁴⁹ Para Pontes de Miranda, a receptividade das pessoas que confiam na manifestação da vontade não pode ser desprezada na interpretação jurídica. Nas declarações não receptícias, que se dirigem a largo círculo de pessoas, a interpretação tem que atender às circunstâncias que as pessoas componentes desse círculo poderiam conhecer;

relevância da linguagem utilizada (que é um importante referencial hermenêutico a impedir eventual arbítrio do intérprete) e do significado usualmente atribuído aos respectivos signos lingüísticos, nem ignora a necessidade de compreender-se o ajuste à luz da *racionalidade econômica e estratégica do “sistema contratual*.⁵⁵⁰ Apenas define um critério interpretativo - aplicado em conexão com a boa-fé -, cujo valor reside no alargamento do âmbito dos meios interpretativos, nele incluídas as negociações prévias (às vezes não referidas no instrumento contratual) e o comportamento reciprocamente mantido depois da celebração do negócio, em garantia da autonomia privada,⁵⁵¹ afastando o valor absoluto e a eficácia preclusiva da interpretação literal, inclusive em razão de eventual polissemia. Intenção e sentido literal são critérios que atuam em recíproca circularidade, e a constatação de que o significado literal não corresponde à intenção comum das partes reclama a existência de circunstâncias particularmente robustas, recaindo o ônus argumentativo e probatório naquele que defende o sentido não textual (art. 333 do Código de Processo Civil⁵⁵²).

O conhecimento acidental da intenção da outra parte não importa, por si, adesão à intenção que não foi declarada e não está objetivamente vinculada à proposta pela mera aceitação desta. Para que se compreenda como adesão implícita, é preciso apurar qual o ônus que incumbe ao destinatário: se este deve, ou não, procurar indícios da intenção do outro contratante fora das declarações negociais e tomar uma posição em relação a ela. No caso de predisposição unilateral das cláusulas contratuais, esse ônus, por parte do predisponente, amplia-se à investigação sobre a ciência ou a ignorância sem culpa da contraparte, o que não se confunde com o dever do outro contratante de esclarecer os termos da proposta, quando evidenciado o erro de interpretação do proponente, em seu prejuízo, acerca do conteúdo dela (ônus de correção imposto pela boa-fé). O não cumprimento desse ônus não enseja a integração ao conteúdo da proposta da intenção divergente, reconhecida pelo destinatário, e sim eventual anulação do contrato (ainda que não se trate erro capaz de provocar a invalidade do contrato).⁵⁵³

Conteúdo, objeto e efeitos correspondem a diferentes aspectos do contrato. O

nas declarações receptícias, tem que se levar em conta o que o destinatário conhecia, podia ou devia conhecer, atendidas as circunstâncias (MIRANDA, *Tratado...*, p. 323 e 333-334).

⁵⁵⁰ MARTINS-COSTA, O método da concreção..., p. 135.

⁵⁵¹ BETTI, *Teoria Geral...*, fl. 285.

⁵⁵² Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵⁵³ O conhecimento concorrente, por parte do destinatário, interrompe o nexo causal entre a imputabilidade do erro (suposto, sempre, um erro essencial) e a celebração do contrato (BETTI, *Teoria Geral...*, p. 288).

conteúdo compreende todas as determinações estabelecidas pelas partes, com vistas à regulação dos seus próprios interesses. O objeto é a matéria (bens e interesses) sobre o qual recai a disposição negocial. Não integra a sua estrutura, embora seja importante para a sua disciplina e a definição dos limites da autonomia privada. E os efeitos constituem a resposta do ordenamento jurídico ao preceito negocial, que se extrai do conteúdo do contrato.⁵⁵⁴

O sentido e o alcance (contextualizados) das normas de conduta extraídas da declaração negocial não se confundem com a existência e a validade do contrato (conteúdo e forma). Estas dizem respeito à presença dos elementos necessários à perfectibilização do ajuste e à sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente (aferíveis na fase de sua formação), e aqueles, ao modo como devem ser compreendidas as regras convencionadas ao longo de sua existência (verificáveis na fase de vigência do pacto).

Um segundo critério hermenêutico positivado na nossa legislação civil é a boa-fé, que - enfatizando o já mencionado alhures - corresponde a um parâmetro de cunho ético-social, que orienta o intérprete na valoração dos interesses em jogo. Partindo da premissa de que, desde a fase pré-negocial, as partes pautam o seu agir pela honestidade, lealdade e probidade, cumprindo os deveres de cooperação e de proteção a legítimos interesses e expectativas, ele salvaguarda os interesses daquele que procurou entender o acordo objetivamente reconhecível, em confronto com o que agiu ardilosamente, se a presunção não se confirma concretamente. Nesse sentido, o critério da boa-fé tem o efeito de afastar a prevalência do significado unilateral ou contrastante com a legítima confiança em concreto (valoração do comportamento das partes em um contexto de objetivação do contrato), bem como atribuir relevância a comportamentos, incluídos os pré-contratuais.⁵⁵⁵

A vinculação a certos cânones hermenêuticos confere à atividade interpretativa objetividade e racionalidade. Destacam-se, ilustrativamente: (a) a idéia de autonomia

⁵⁵⁴ O sentido e o alcance (contextualizados) das normas de conduta extraídas da declaração negocial não se confundem com a existência e a validade do contrato (conteúdo e forma). Estas dizem respeito à presença dos elementos necessários à perfectibilização do ajuste e à sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente (aferíveis na fase de sua formação), e aqueles, ao modo como devem ser compreendidas as regras convencionadas ao longo de sua existência (verificáveis na fase de vigência do pacto).

⁵⁵⁵ O artigo 113 do Código Civil brasileiro refere ao comportamento de boa-fé não como obrigação (prevista no artigo 422) e sim um ônus às partes, cuja inobservância acarreta determinadas conseqüências. Na aplicação dessa regra, o intérprete deve adequar o conteúdo do contrato ao significado que as partes podiam ou deviam atribuir-lhe nas circunstâncias concretas, tendo em vista a necessidade de proteção das legítimas expectativas de cada um dos contratantes e da conseqüente segurança do tráfico. Às condutas anteriores à conclusão do contrato, deve-se aplicar um critério perspectivo, compatível com a declaração de vontade objeto do acordo ao final pactuado (de rigor, o comportamento da fase de tratativas é superado pela vontade contratual expressamente declarada). O objeto da interpretação é o acordo contratual conclusivo, servindo as tratativas e convenções preliminares para eventuais esclarecimentos, inclusive porque as intenções manifestadas inicialmente podem ser modificadas no ajuste final em prol da composição de pretensões divergentes.

hermenêutica;⁵⁵⁶ (b) a predominância do valor normativo da declaração sobre o seu sentido literal;⁵⁵⁷ (c) a totalidade e a coerência da compreensão hermenêutica, ante a indispensável relação entre as partes constitutivas de um discurso e o todo no qual se insere;^{558 559} (d) a atualidade da interpretação,⁵⁶⁰ e (e) a possibilidade de uma interpretação integradora de um regramento lacunoso.⁵⁶¹ A interpretação contratual busca o sentido próprio do texto ou comportamento juridicamente relevante, que se mostre harmônico com a totalidade deste e com o ordenamento jurídico, e atual. Nesse processo intelectual, o intérprete está atrelado a, basicamente, dois parâmetros: de um lado, a vontade declarada sob as mais variadas formas, e, de outro, a intenção comum das partes. Além disso, ele opera em cinco dimensões: a jurídica ou reguladora, a fática, a axiológica, a linguística ou semiótica e a lógica.⁵⁶²

Outro aspecto relevante a salientar pertine à distinção entre interpretação contratual e interpretação da lei. Conquanto ambas resultem em prescrições normativas (um programa para ordenar comportamento futuro, o que dá margem a certa indefinição que deve ser preenchida em cada caso (concretização)) e, em sua dinâmica, se entrecruzem, a lei cria normas gerais, impessoais e abstratas, enquanto expressão volitiva do Estado (heteronomia), e

⁵⁵⁶ A atividade de interpretação possui realidade própria, atrelada ao texto, e não se submete a regras externas (ou extratexto). Cria as próprias regras, a partir da tensão dialética entre dois pólos (anotações em aula proferida pelo Professor Luis Renato Ferreira da Silva, na disciplina Interpretação de Contratos, no curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, no primeiro semestre de 2006).

⁵⁵⁷ O art. 112 do atual Código Civil Brasileiro dispõe, textualmente: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*

⁵⁵⁸ BETTI, *Teoria Geral...*, p. 290.

⁵⁵⁹ Segundo Pontes de Miranda, na interpretação deve ser considerado o todo, sem ater-se ao que é pessoal a cada parte ou ao destinatário, que, em geral, não integra o contexto do ato jurídico. Nesse sentido, primeiro deve-se dar atenção à textualidade, à letra, ao sentido literal; depois, ao que é geral pela forma legal ou pelo uso, se o sentido literal não exaurir o processo interpretativo, e, por fim, aplicar o princípio da classificação técnica, quando, então, identifica-se o direito cogente ou dispositivo ou, até, interpretativo, a ser observado (*Tratado de Direito Privado*, tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 328-329). Essa visão do fenômeno interpretativo tem substrato na constatação de que o objeto não é isolado, sem conexão com o ramo da ciência a que se refere, a outros textos, a percepções históricas e pessoais. Daí porque afirmar-se que, pela interpretação, insere-se o texto em seu contexto. A interpretação não é pontual ou desconectada da lei e da jurisprudência (que complementam a autonomia privada), e o seu resultado não pode conter contradições

⁵⁶⁰ Por mais antigo que seja o texto e que ele se atenha ao seu sentido original, o intérprete deve buscar o significado realizável na atualidade, ainda que se valha de regras históricas. Não se pode perder de vista que a interpretação é uma atividade com finalidade específica, que transcende o mero conhecimento em si.

⁵⁶¹ Quanto aos métodos interpretativos, é importante distinguir a interpretação subjetiva, histórica ou filológica (aquela que procura identificar as idéias contidas na linguagem utilizada por meio de um processo mental, que visa a reproduzir as representações que acompanham a declaração e que esta pretende exprimir, adentrando na subjetividade do autor do texto, com o intuito de reproduzir o modo como ele pensou) e a interpretação objetiva ou histórico-evolutiva (aquela que afere não o conteúdo do pensamento, historicamente real e concreto, mas a sua significação ou o seu sentido objetivo, que, em razão da diversidade dos processos de determinação, pode divergir do sentido subjetivo, posto que não se identifica com a impressão concreta que a declaração suscitou em determinada pessoa). Não raras vezes, é impossível alcançar o pensamento do declarante. Por essa razão, busca-se não o que ocorreu internamente, o que ele quis dizer, e sim como essa intenção se exteriorizou.

⁵⁶² VIGO, *Interpretação...*, p. 41-46.

o contrato, normas particulares e específicas, fruto da autonomia privada.⁵⁶³ De regra, a proposição jurídica formulada em termos gerais e abstratos (lei) contém uma previsão normativa que, concretizada em uma situação de fato real, enseja a aplicação da consequência jurídica abstratamente estabelecida.⁵⁶⁴ O fato é a condição para a consequência jurídica tornar-se eficaz. E, se a situação fática contemplada na previsão normativa é um contrato, ela não é a única condição da consequência jurídica, pois se baseia nas normas legais que o admitem como ato eficaz. Além disso, a interpretação da lei é tendencialmente evolutiva, no sentido de que a concreção do seu enunciado deve amoldar-se à realidade fática sobre a qual incide, ao passo que a interpretação do contrato é tendencialmente retrospectiva, na medida em que tem por objetivo a reconstrução do conteúdo de um fato pretérito, sem prejuízo do reconhecimento da mobilidade temporal da relação jurídica dele emergente.

Também é importante referir que a interpretação distingue-se da correção ou conversão do negócio jurídico defeituoso. Enquanto a interpretação reconstitui o conteúdo negocial, atribuindo-lhe determinado significado, a correção, à semelhança da integração, pressupõe já estar fixado o conteúdo e o sentido do negócio jurídico e determina-lhe os efeitos jurídicos, corrigindo-o, mediante a valorização das circunstâncias do caso concreto. Na conversão (substancial), a correção se dá pela transformação da qualificação jurídica, para o que concorre a equidade como fundamento dessa avaliação. Em ambos os casos, a interpretação tem precedência lógica, inclusive em relação às normas supletivas, dispositivas (integração) e presuntivas (por meio das quais a lei estatui, de modo geral e abstrato, um significado para certas expressões ou cláusulas do contrato, salvo se prevalecerem sobre esta), porque se referem à própria *fattispecie* do negócio, estando, estas, relacionadas aos respectivos efeitos. Por meio do processo interpretativo, identifica-se a intenção das partes e se completa com um regramento legal.⁵⁶⁵ Ressalve-se apenas a hipótese de conversão legal,

⁵⁶³ Tanto a interpretação da lei como a do contrato têm por finalidade evidenciar o conteúdo juridicamente relevante das expressões empregadas, exigindo do intérprete a seleção de possíveis significados. Sobre o tema, ver: IRTI, Natalino. *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*. In: *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Padova: CEDAM, 2000, p. 614 e ss.

⁵⁶⁴ Esse método de aplicação não afasta a possibilidade de o intérprete, frente a uma proposição normativa de caráter geral, adequar o seu enunciado, restringindo-o ou ampliando-o, para adaptá-lo às circunstâncias mutáveis da realidade social e aos princípios informadores do ordenamento jurídico (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 493).

⁵⁶⁵ O princípio da conservação - que preconiza a manutenção da relação jurídica, com a prevalência do significado útil da declaração volitiva (útil no sentido da promoção da finalidade do contrato) - determina que, diante de dúvida entre diferentes sentidos, deve ser escolhido aquele que viabiliza a produção idônea de efeitos, salvo se inexistentes bases subsistentes para sustentar o contrato. Idêntico raciocínio aplica-se à conversão do contrato nulo, por uma interpretação substitutiva do acordo objetivado, porquanto restrita à hipótese aventada no artigo 170 do Código Civil brasileiro (*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*).

em que a lei altera a realidade contratual, independentemente de qualquer processo interpretativo.

Assim, como atividade - e não mero ato - que supõe *um “ir e vir” entre o texto, os fatos e o valor que a ordem jurídica atribui, normativamente, aos fatos regulados por textos*, a interpretação é de natureza constitutiva, e não meramente declaratória, uma vez que envolve um caminhar do universal ao singular, por meio do particular.⁵⁶⁶

Do ponto de vista processual,

a atividade hermenêutica inicia com a qualificação dos fatos (em si mesmo já resultante de uma prévia interpretação) - isto é, com a sua inserção em determinadas categorias jurídicas ou institutos - prossegue com a confrontação entre os dados normativos (resultantes daquela qualificação) e o caso; continua com a avaliação do caso e de suas circunstâncias à luz de elementos axiológico-normativos; e finaliza com a ponderação (que inclui a organização de todos esses dados) segundo escalas dadas pelo sistema, só então se podendo afirmar - e em vista do caso concreto - qual é o sentido da regulação jurídica proposta por um texto abstratamente vazado.⁵⁶⁷

Ao agregar valores que refletem o pluralismo ideológico, político e cultural da sociedade, a Constituição atribui relevo à compreensão do direito como linguagem,⁵⁶⁸ cuja significação deve conferir máxima eficácia e efetividade ao seu enunciado. A tendência das doutrinas positivistas e jusnaturalistas de situarem-no em um plano ontológico, como substância e realidade preexistente,⁵⁶⁹ dificulta a conciliação de forças sociais legítimas e, por vezes, antagônicas.

⁵⁶⁶ GRAU, Equidade, razoabilidade..., p. 19.

⁵⁶⁷ MARTINS-COSTA, O método da concreção ... , p. 130.

⁵⁶⁸ Compreender o direito como linguagem não significa reduzi-lo à linguagem econômica. A pluralidade de motivações da ação humana impõe a compreensão do fenômeno jurídico em uma perspectiva global (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 64).

⁵⁶⁹ Ao abordar o problema do método no estudo do direito, Ricardo Luis Lorenzetti enfatiza que *A dogmática é uma tentativa de responder, de forma racional, às questões valorativas que ficaram sem solução, na legislação outorgada*. Ordinariamente, a análise dogmática volta-se para a semântica dos significados, dos conceitos e das regras jurídicas, porém, neste trabalho, o campo de investigação é ampliado. Para conferir segurança e certeza às soluções jurídicas, não é preciso transpor para o campo do não-direito o que não está compreendido pela moldura da legislação civil. A compreensão do fenômeno jurídico deve fundar-se em uma visão global do sistema normativo, sem a redução a meras formas ou signos concebidos em si mesmos. No direito, a referência ao contexto é contínua, o que, no âmbito das relações jurídicas privadas, impõe a superação da noção de que os instrumentos jurídicos são frutos da elaboração do sujeito “isolado”, alcançando-se a idéia de sujeito “situado”. Situar o sujeito significa estabelecer o modo de relação com os demais indivíduos e com os bens públicos, mediante a instituição de regras que definem os parâmetros mínimos da organização social (LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 81-83).

Em outras palavras, para assegurar uma racionalidade capaz de garantir a paz social,⁵⁷⁰ a interpretação deve conduzir ao melhor argumento possível, com a pretensão de correção normativa.⁵⁷¹ Tal desiderato só é alcançado pelo operador do direito quando ele recorre às concepções vigentes, extraídas, inclusive, de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, orientando-as não pela sua própria valoração mas daquela potencialmente universalizável, o que pressupõe um agir com transparência e a justificação/motivação do que é dito (condição para o controle). Em sendo responsável pelo sentido que produz, ele deve promover a interação entre sistema e tópica, mediante a reflexão dialética.⁵⁷² A própria alteridade do enunciado normativo exige a ponderação de razões e argumentos opostos para alcançar a verdade em uma dimensão argumentativa.⁵⁷³

Tanto as palavras da lei como as do contrato não refletem a essência da coisa, nem são a própria coisa. Ao intérprete, cabe promover a fusão dos horizontes (o mundo no qual o texto foi escrito e o mundo no qual ele se encontra) em um determinado contexto, e, nesse mister, não há espaço para os raciocínios exclusivamente subsuntivos/dedutivos. Pela pré-compreensão dos fatos e das normas jurídicas,⁵⁷⁴ ele seleciona os aspectos fáticos e as

⁵⁷⁰ Para Aristóteles, a paz social não depende do monopólio da força pelo soberano (Hobbes), mas da realização da justiça, consubstanciada na igualdade na atribuição de bens e encargos no interior da comunidade política (BARZOTTO, O direito e o justo..., p. 164).

⁵⁷¹ *A possibilidade de universalização das pretensões de validade sobre a correção de uma norma depende - tanto em Dworkin quanto em Habermas - da possibilidade de se atingir um consenso abrangente, capaz de ultrapassar as perspectivas particulares dos sujeitos envolvidos. Assim, diferentemente da pretensão de verdade, que transcende toda justificação, a assertabilidade idealmente justificada de uma norma não aponta, além dos limites do discurso, para algo que poderia "existir" independentemente do fato estabelecido de merecer reconhecimento. (...) a legitimidade de uma decisão, para que possa ser considerada também correta, residirá na correspondência aos princípios determinados pela comunidade por meio da análise da história institucional, o que está diretamente relacionado à compreensão habermasiana de legitimidade como possibilidade de inclusão dos atingidos por essa decisão, na condição de co-autores (PEDRON. Comentários..., p. 75).*

⁵⁷² A dialética opera, inicialmente, com a medida e comparação das autoridades. Os juriconsultos praticam essa técnica, porque - ao contrário dos modernos - consideram insuficiente impor às regras de direito a hierarquia extrínseca concebida pela política. Segundo Michel Villey, a justiça repudia a solução do positivismo científico, desenvolvida particularmente por Hart: *reconhecer um texto como válido quando de fato os juízes aceitam-no e seguem-no, de preferência a outros*. A autoridade aqui considerada não é o poder - de fato ou fundado em um regime constitucional -, nem o *imperium* - como ordem absoluta ou indiscutível -, mas a competência estabelecida em função do fim almejado, estimada qualitativamente (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 447).

⁵⁷³ Margarida Maria Lacombe Camargo observa que a dimensão argumentativa da hermenêutica afigura-se consentânea com os princípios da retórica clássica. O próprio Heidegger, fiel à sua perspectiva ontológica e existencialista, ampara a hermenêutica na comunicação, no discurso e na linguagem. (CAMARGO, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 223).

⁵⁷⁴ *A cada caso, o juiz incumbido de decidir deverá se considerar como parte de um complexo empreendimento em cadeia no qual as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será o seu limite, O trabalho consistirá, portanto, na continuação dessa história, mas com olhos para o futuro, levando em consideração o que foi feito, por ele e pelos demais, no presente (que também contém o passado). Ele deverá interpretar o que aconteceu no passado e não partir em uma nova direção. Isso porque o dever do juiz consiste, para Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Dessa forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha entre os vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém in*

disposições normativas relevantes e confronta as razões apresentadas pelas partes e outras que, no seu entender, são pertinentes, para desse debate jurídico inferir a solução para o caso concreto.⁵⁷⁵ A legitimidade da decisão depende da credibilidade dos argumentos utilizados,⁵⁷⁶ motivo pelo qual ele não pode abandonar a tradição e os parâmetros normativos do ordenamento jurídico.⁵⁷⁷

Nesse processo, a equidade atua como parâmetro hermenêutico de igualdade,⁵⁷⁸ para conformar significados normativos à exigência de justiça proveniente de circunstâncias de fato relevantes. Com base na premissa de que o enunciado considera aquilo que normalmente ocorre na realidade social, a interpretação por ela orientada promove a adequação do seu conteúdo às peculiaridades do caso concreto, sem repercutir na validade da norma em si ou na

concreto, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática (PEDRON, Comentários..., p. 74).

⁵⁷⁵ A justiça implica alteridade, o que impõe no procedimento judicial a ponderação das razões das partes para discernir o que é justo no caso concreto.

⁵⁷⁶ (...) *normas, segundo Habermas, são justificadas a partir de uma pretensão de correção (referência ao justo), devendo poder contar com a aceitação racional daqueles que serão seus afetados. Dessa forma, diante de uma pretensão normativa, os atores sociais podem tomar dois caminhos diversos: concordar mutuamente sobre as pretensões de validade de seus atos de linguagem; ou levantar pontos em que haja discordância, problematizando-os. Instala-se, assim, a possibilidade de avaliação, mediante uma ação comunicativa. As discordâncias advindas dessa forma de ação podem ser solucionadas a partir do uso de razões (argumentos) capazes de convencer ambos os lados. Contudo, o que se percebe é que o consenso sobre normas apresenta um outro lado importante. Por meio do Princípio U (princípio da universalização), os participantes voltam-se para a possibilidade de universalização das normas de ação capazes de transcender contextos culturais específicos e, com isso, adquirir validade para todos os seus destinatários de maneira igual, ou seja, sem exceções* (PEDRON, Comentários..., p. 75).

⁵⁷⁷ Em virtude do pluralismo moral, para assegurar um mínimo de segurança jurídica e evitar concepções de justiça que se oponham entre si, o direito passa a ser pensado como lei, norma, sistema ou procedimento (algo produzido pelo homem, com consistência e permanência), e não mais como justo ou ação humana orientada pela prudência (justamente pela ausência de um conceito consensual de justiça). Com isso, migra do âmbito da ética para ser conceituado a partir de uma teoria do direito, de cunho descritivo e axiologicamente neutro.

⁵⁷⁸ A despeito da maior ou menor vagueza semântica do enunciado normativo, é assente que toda interpretação comporta uma margem de integração valorativa para a concreção da norma. O que varia é o grau dessa integração, porque há normas, *formadas através da técnica da casuística, cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez - sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação*. Outras normas são estruturadas como cláusula geral, introduzindo no âmbito normativo em que se insere *um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências*. Em se tratando de cláusula geral, exige-se do juiz a progressiva formação da *fattispecie* (incompleta) perante o caso concreto, mediante o reenvio a outras normas do sistema ou a padrões, valorativos ou de comportamento, originalmente extra-sistêmicos - os quais aderem ao ordenamento jurídico no momento da decisão, juridicamente fundamentada -, bem como o estabelecimento da conseqüência jurídica correlata à hipótese legal, conforme o instrumento disponível no sistema. Esse complexo processo compreende uma parte casuística e uma parte de generalização da casuística, constituído *pela síntese judicial dos casos pretéritos, tomados estes, entretanto, não como limites à interpretação e aplicação do direito, mas como pontos de apoio, ou pontos de partida, permitindo, assim, o trabalho de adequação valorativa às novas circunstâncias* (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 330, 332, 340 e 342).

sua aplicação às situações fáticas ditas comuns. A tradição, a pré-compreensão e os argumentos das partes subsidiam a identificação do que no todo é singular e significativo para a resolução do conflito.⁵⁷⁹ A partir da situação hermenêutica, o intérprete produz os sentidos possíveis, voltando-se para o empírico.

Conquanto o direito (como um todo universal) e o contrato (como realidade singular que contém um programa de ação prospectivo) sempre apresentem-se como um sistema justo e, portanto, razoável, a justiça realiza-se por meio de um proceder estatal, minimamente previsível, no qual o juiz relaciona o contingente com a lei e o pactuado. Os elementos que compõem o raciocínio jurídico e são por ele valorados devem ser explicitados no discurso jurídico, a fim de que sejam passíveis de controle social.^{580 581}

Na atualidade, a justiça e a equidade - como modalidade desta - ocupam uma posição central, substituindo o mero jogo das forças volitivas individuais.⁵⁸² O contrato é o que as parte põem e o que supõem ou pressupõem, de molde que as circunstâncias objetivas (as internas - a índole da prestação, a entidade econômica de seu conteúdo e a situação patrimonial das partes envolvidas - e de tempo e lugar) estão dentro e fora dele.⁵⁸³ Esse modo de pensar mostra-se compatível com a estrutura normativa do novo Código Civil brasileiro, que, ao incorporar princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais em abundância, supera a tradicional concepção do direito como um sistema intrínseco, axiomático-dedutivo

⁵⁷⁹ Ao criticar a concepção tradicional do processo, Ovídio A. Baptista Silva observa que *A dificuldade encontrada pela doutrina para operar a aproximação do Direito - queremos referir-nos ao processo - com a História, enquanto ciência da compreensão, está em que, aqui, não contaremos com juízos de certeza, como é próprio do raciocínio matemático. Para o pensamento binário - do 'certo' e do 'errado' -, ao aproximarmos o Direito da epistemologia das ciências da cultura particularmente da História, estaremos legitimando o arbítrio judicial. Ou o juiz conserva-se preso à ideologia iluminista, ou cairá no extremo oposto, tornando-se arbitrário. Para o pensamento matemático, as coisas funcionam assim: a equação estará 'certa' ou, não estando, estará irremediavelmente 'errada'. Esta lógica não admite gradação* (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265).

⁵⁸⁰ CORDEIRO, Introdução. In: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. XXIV.

⁵⁸¹ *O iter da formação do juízo, pelo juiz, conhece uma estrutura que se dá conforme um sistema orgânico de escolhas, segundo uma certa ordem, e finalizadas por uma escolha última que coincide com a verdade da própria decisão. Há uma racionalidade nesse procedimento, em dois momentos: um, que se refere não ao que "o juiz pensou", mas à racionalidade "das razões que ele aduz para justificar o que decidiu", sendo este o momento da motivação; outro, é o da racionalidade do que ele pensa, ao proceder à escolha entre o justo e o injusto. Não há, necessariamente, uma identidade evidente desses dois momentos (...) no lugar de uma pretensa (e interminável) busca pela apreensão do justo e do verdadeiro, como conceitos isolados e por isso de difícil controle intersubjetivo, a sentença revela-se como resultado de um procedimento regrado de formulação de uma vontade individual com base em lei (...). A decisão transitada em julgado não constitui uma proposição descritiva (verdadeira) da existência de um direito, mas uma norma individual, uma regra concreta* (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 270-271 e 274).

⁵⁸² MARQUES, *Contratos...*, p. 154.

⁵⁸³ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 58-59.

(raciocínio lógico-formal),⁵⁸⁴ reconhecendo-lhe uma feição axiológica flexível. A possibilidade de construção da norma jurídica adequada ao caso concreto pelo intérprete (princípio da operabilidade ou da concretude) consolida, em nível legislativo, o movimento de transformação do direito da sociedade pós-industrial, especialmente no que diz respeito à valorização do papel do juiz e da razão prática na resolução dos conflitos de interesses.

Uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas consagradoras da autonomia privada e do pluralismo que permeia todo o ordenamento jurídico revela que a intervenção estatal na formação, no desenvolvimento e na extinção da relação contratual exprime a interação entre Estado-indivíduo-sociedade, que, contemporaneamente, não se restringe a vínculos de subordinação, abrangendo os de cooperação e complementariedade. Em que pese a atividade estatal legiferante seja crescente nesse domínio, em reação à perda de credibilidade do Estado na tarefa de gerenciamento do bem comum,⁵⁸⁵ não se verifica, no cenário jurídico, uma atuação concorrente do poder de normação estatal e do poder de normação privado (hoje com dimensão constitucional e relevância política), estando ambos atrelados a valores e princípios constitucionais, que delimitam o seu campo de ação.

Nos contratos em que a lei define os elementos ou os efeitos substanciais da relação jurídica ou alguns tipos em particular (contratos-lei e contratos típicos), a existência de aspectos normativos preestabelecidos constitui um referencial balizador da interpretação judicial, uma vez que o conteúdo da avença resulta não de obra exclusiva dos particulares, mas de um trabalho compartilhado ou uma criação conjunta destes e do legislador. As disposições gerais sobre os negócios jurídicos, insertas no Código Civil, servem, em certa medida, de parâmetro interpretativo.⁵⁸⁶ Por meio do contrato, o Estado coadjuva em defesa de uma ordem pública de direção, orientando a economia (critério da utilidade), e uma ordem

⁵⁸⁴ No campo da interpretação jurídica, o poder criativo do juiz realiza-se mais intensamente na aplicação das denominadas “cláusulas gerais”, as quais constituem formulações normativas abertas, fluidas, vagas e indeterminadas, que indicam um critério de justiça, sem impor uma solução pronta e acabada. Dada a sua generalidade e abstração, elas compreendem um vasto grupo de situações fáticas, que se ajustam a uma consequência jurídica, a partir da realidade social e cultural em que devam ser aplicadas.

⁵⁸⁵ A Prof.^a Judith Martins-Costa destaca que, *embora enfraquecido o papel do estado pela “desregulamentação” seguida ao predomínio das políticas neoliberais, o certo é que, ao menos no Brasil, e ainda, o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174, caput). Proferem assim, continuamente, normas que implementam políticas públicas e regulam setores, seja por meio de uma disciplina específica (leis de proteção da concorrência; do consumidor; do meio ambiente), seja por meio de princípios e diretrizes densificados pela atividade judicial* (MARTINS-COSTA, O método da concreção p. 135).

⁵⁸⁶ Citem-se, por exemplo, os artigos 111 a 114, do Código Civil brasileiro, que contêm regras aplicáveis ao processo de interpretação contratual: *Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. 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.*

pública de proteção, atendendo a situação dos hipossuficientes e dos menos favorecidos (critério da justiça). Inobstante, rompe-se com o monopólio interpretativo por parte do legislador, adquirindo os acontecimentos supervenientes à sua edição relevância no momento de sua aplicação pelo juiz.^{587 588}

2.2.2 A equidade como parâmetro corretivo

No direito tradicional, o conflito entre os contratantes conduz à resolução do ajuste, nos casos de inadimplência, ou à sua invalidação, quando existente vício congênito à sua formação.

O incremento da complexidade da sociedade moderna dá origem a uma tendência de predomínio das soluções que preservam o contrato em detrimento de sua extinção. Ao invés de simplesmente dissolvê-lo, opta-se pela modificação do conteúdo do regramento estabelecido pelas partes, de modo a assegurar a continuidade da relação jurídica dele derivada.

Em nível legislativo, essa mudança de perspectiva é incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que agrega à regulamentação tradicional - representada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, então vigentes⁵⁸⁹ - valores que se sobrepõem ao dogma da vontade (equidade contratual e boa-fé objetiva), permitindo ao Poder Judiciário exercer um controle efetivo sobre o conteúdo dos contratos de consumo.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 80.

⁵⁸⁸ *O iter da formação do juízo, pelo juiz, conhece uma estrutura que se dá conforme um sistema orgânico de escolhas, segundo uma certa ordem, e finalizadas por uma escolha última que coincide com a verdade da própria decisão. Há uma racionalidade nesse procedimento, em dois momentos: um, que se refere não ao que “o juiz pensou”, mas à racionalidade “das razões que ele aduz para justificar o que decidiu”, sendo este o momento da motivação; outro, é o da racionalidade do que ele pensa, ao proceder à escolha entre o justo e o injusto. Não há, necessariamente, uma identidade evidente desses dois momentos (...) no lugar de uma pretensa (e interminável) busca pela apreensão do justo e do verdadeiro, como conceitos isolados e por isso de difícil controle intersubjetivo, a sentença revela-se como resultado de um procedimento regado de formulação de uma vontade individual com base em lei... A decisão transitada em julgado não constitui uma proposição descritiva (verdadeira) da existência de um direito, mas uma norma individual, uma regra concreta* (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 270-271 e 274).

⁵⁸⁹ O direito tradicional contempla normas protetivas da vontade, que é considerada a fonte criadora e limitadora da força vinculante dos pactos (MARQUES, *Comentários...*, p. 153).

⁵⁹⁰ Embora a proteção contra cláusulas abusivas no CDC seja mais ampla do que aquela contemplada no Código Civil brasileiro editado em 2002 - arts. 423 e 424 (limitada a contratos de adesão intercivis e interempresariais) -, as cláusulas gerais previstas nos seus arts. 421 e 422 podem servir, subsidiariamente, à concretização do CDC. O sistema do Código Civil atual coaduna-se com a igualdade geral e a individualidade, com uma eticidade e socialidade mais evidente, e o do CDC, com os direitos do diferente vulnerável (o consumidor). Como ensina Erik Jayme, em uma sociedade pós-moderna, deve-se promover a coordenação harmônica entre as normas do ordenamento jurídico, e não a sua simples exclusão, como medida necessária à eficiência não só hierárquica mas também funcional do complexo normativo. Isso porque a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos

Conseqüentemente, ampliam-se os poderes interventivos do juiz nas relações jurídico-contratuais, porque, afora delimitar os efeitos jurídicos que concretamente vinculam os contratantes, estabelecendo, por meio de interpretação, o conteúdo negocial por eles concebido e materializado,⁵⁹¹ a sua ingerência intensifica-se no bojo de um processo revisional, implicando a reelaboração de cláusulas e disposições contratuais por quem não faz parte da relação jurídica. Com a mitigação do voluntarismo no domínio jurídico, torna-se possível a oneração do poder normativo das partes com gravames que visam a proporcionar uma relação justa e útil nos negócios privados (poder-função) e a ampliação do poder revisional do juiz em prol de sua manutenção.⁵⁹²

E em que medida essa “flexibilização” do ajuste contratual é admitida?

A autonomia privada, como expressão da liberdade individual ou poder de auto-regulamentação de interesses nas relações sociais em um espaço previamente delimitado (pela lei) e reservado à iniciativa dos particulares, não é absoluta.^{593 594} O despontar de princípios fundamentais, como os da boa fé,⁵⁹⁵ da justiça contratual⁵⁹⁶ e da função social do contrato,⁵⁹⁷ que aos ditos clássicos (o da liberdade de contratar, o da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*) e o da relatividade de seus efeitos (*res inter alios acta allis nec nocet prodest nec*)) somam-se, respalda essa nova concepção, afastando a hegemonia da

direitos humanos e o direito a ser diferente e a ser tratado diferentemente não mais permitem uma solução monolítica, certa e definitiva. *A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, e permitir maior mobilidade e fineza de distinções.* A superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas; a retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), pela convivência dessas normas, com campos de aplicação distintos, porém, por vezes, convergentes. A coordenação flexível e útil de normas em conflito envolve diálogo - influências recíprocas - que visa alcançar a sua ratio, à finalidade “narrada” ou “comunicada em ambas (MARQUES, *Comentários...*, p. 24-27, 41 e 153).

⁵⁹¹ ROPPO, *O contrato...*, p. 169.

⁵⁹² SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 149.

⁵⁹³ BESSONE, M. *Contratti di Adesione...*, p. 127.

⁵⁹⁴ JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado...*, p. 59-68, mar. 2003. Também o texto JAYME, Erik. *Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-84, mar. 2003.

⁵⁹⁵ Sobre a boa-fé (caráter subjetivo e objetivo), ver capítulo 1.2.

⁵⁹⁶ A justiça social está associada à idéia de equilíbrio, proporcionalidade e repulsa ao abuso. O contrato deve ser justo, sem afastar-se de sua utilidade específica. O sinalagma contratual impõe a proteção do contratante contra a lesão e a onerosidade excessiva (THEODORO JÚNIOR, *O Contrato...*, p. 11).

⁵⁹⁷ Essa expressão agregada ao contrato traduz uma alteração substancial da função desse instrumento jurídico, pois traz em si a idéia de um certo grau de intervenção estatal na esfera privada, com o objetivo de assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na relação jurídico-contratual, além de condições materiais mínimas para uma existência digna, com a otimização dos recursos escassos. Conquanto encerre uma abertura semântica capaz de suscitar interpretações divergentes quanto ao conteúdo e significado, está vinculada à noção de Estado Social, que se realiza “mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito”, voltado à consecução da justiça social (SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais a Constituição de 1988*. In: *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 132).

manifestação da vontade individual na definição dos efeitos jurídicos do ajuste e tornando relevante a condição social e econômica das pessoas envolvidas.⁵⁹⁸

Nesse contexto, é exigido do Estado uma postura pró-ativa na resolução dos conflitos decorrentes do exercício da autonomia privada. Se, no momento da formação da relação jurídica contratual, a composição dos interesses das partes não assegurar o equilíbrio (relação de igualdade) na troca ou intercâmbio de bens ou valores - ou seja, a igualdade entre as posições das partes ou a equivalência entre prestação e contraprestação nos contratos ditos sinalagmáticos^{599 600} -, seja em razão da hipossuficiência de um dos contratantes, a impedir a pactuação de cláusulas justas, seja em virtude de uma situação de necessidade ou escassez, estará autorizada a intervenção estatal corretiva. É da própria essência da justiça contratual a existência desse equilíbrio na relação jurídica estabelecida (ou seja, o equilíbrio que justifica a contratação). E, para avaliar essa situação (diagnóstico), lança-se mão, em um primeiro momento, da interpretação do contrato - que, em certos casos, pode resolver, diretamente, os desajustes derivados da alteração das circunstâncias negociais e, em outros, contribuir para a construção de uma solução justa, individualizada com base nos interesses objetivamente regulados no contrato.

⁵⁹⁸ Esse novo perfil do contrato, que contempla a noção de caráter social, traduz a relevância desse instrumento jurídico. Realça a importância não só do momento da manifestação da vontade (consenso) como também dos efeitos do contrato na sociedade, bem como da condição social e econômica das pessoas nele envolvidas (MARQUES, *Contratos...*, p. 54 e 175). Na esteira dessa tendência, o Código Civil brasileiro de 2002 consigna, expressamente, a observância da lealdade e da confiança entre as partes contratantes (art. 422), a necessidade de manutenção de um equilíbrio objetivo do contrato (art. 157, 317 e 478) e a adstrição da liberdade de contratar à função social do contrato (art. 421).

⁵⁹⁹ Convém lembrar que, na visão aristotélica, a justiça comutativa busca uma igualdade aritmética (absoluta) em oposição à igualdade geométrica (ou proporcional) da justiça distributiva. Como fator que mantém os homens unidos, a troca deve ser preservada. *Toda dimensão econômica da vida humana, que funciona socialmente por meio de trocas, depende da igualdade entre prestação e contraprestação. A justiça comutativa preserva o espaço em que o ser humano pode se manifestar como um sujeito de necessidades. (...) O ser humano é definido como um ser vulnerável, que demanda cuidados por parte de todos. A relação 'na sua forma normal' é aquela que respeita a vulnerabilidade inerente à natureza humana, Toda violação deve ser reparada segundo uma igualdade absoluta, o que permite, no nível da vida social, a reconciliação objetiva entre ofensor e ofendido* (BARZOTTO, *Justiça social...*, p. 40-41). O reconhecimento do outro como alguém digno do mesmo respeito e consideração que merece quem o reconhece é o pressuposto básico de toda relação jurídica. O princípio do respeito recíproco subjaz em todo contrato. Sobre o tema, ver LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

⁶⁰⁰ Para alguns, a equivalência entre prestação e contraprestação é subjetiva, a critério das partes, sendo suficiente para a justiça do contrato o consentimento com o seu conteúdo. Para outros, o contrato está sujeito às exigências de justiça em sentido objetivo (inclusive ético). O mecanismo contratual de oferta e aceitação ou rejeição opera em prol da justiça do seu conteúdo, quando ambas as partes têm condições de avaliar, adequadamente, as condições do negócio. Do contrário, a justiça da ordenação contratual é assegurada pela proteção da parte economicamente mais frágil (LARENZ, *Derecho justo...*, p. 77-80). Mas ressalta, Jorge Mosset Iturraspe, que Larenz, ao mesmo tempo em que não se opõe à prevalência da justiça material sobre a formal fidelidade à lei, guarda reservas à *precitada evasión hacia puras consideraciones de equidad, que siempre se matizan sentimentalmente y son, em todo caso, dificilmente comprobables*. Para o jurista, o recurso à equidade e à consideração todas as circunstâncias do caso concreto é a *ultima ratio*. Para os contratos típicos, *hay que descubrir en la naturaleza de las cosas y en el principio de la buena fe soluciones de validez general que eviten, al menos de ordinário, recurrir a puras consideraciones de equidad* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 75-76).

Para a aferição do equilíbrio inerente à avença, há que se atentar à realidade do contrato, porque nem toda onerosidade revela-se ilegítima (ou equivale a um benefício/vantagem excessivo para a contraparte), podendo decorrer dos riscos normais do negócio.⁶⁰¹

Do mesmo modo, o Estado-juiz pode agir, intervindo corretivamente, quando o equilíbrio rompe-se no curso da execução do contrato. A longa duração de certas relações jurídicas contratuais potencializa o risco de sofrer as vicissitudes da realidade circundante ou os efeitos de iniciativa interventiva do legislador, inclusive com eficácia modificadora do convencionado. Valorar a alteração das circunstâncias significa tutelar os interesses das partes. E, para evitar a ocorrência de situações injustas, aplica-se à obrigação que se projeta no tempo a cláusula *rebus sic stantibus*,⁶⁰² o que significa dizer que o contrato de trato sucessivo, por depender do futuro, deve ser entendido se as coisas assim permanecerem.

Em que pese a força vinculante do pacto exerça papel fundamental no balizamento das atuações privada e estatal em prol da segurança jurídica,⁶⁰³ tal princípio não pode transformar-se em medida de perpetuação de injustiças e imperfeições,⁶⁰⁴ impedindo a intervenção judicial tendente ao aprimoramento, à adequação ou à atualização da relação jurídico-contratual, com vistas à preservação da realidade do negócio jurídico. A vinculatividade do contrato coexiste

⁶⁰¹ Afora a hipótese dos contratos aleatórios, há a possibilidade de as partes prevêem, expressamente, fatos que podem configurar onerosidade excessiva, tornando-os previsíveis (VENOSA, *Código Civil interpretado*, p. 501), mesmo quando não sejam inerentes à espécie contratual em cotejo.

⁶⁰² Comumente, situa-se a origem da cláusula *rebus sic stantibus* no período medieval. No entanto, princípios semelhantes podem ser encontrados em legislação muito anterior ao direito romano, como, por exemplo, o Código de Hammurabi, que admitia a imprevisão nas colheitas. Sobre o tema, ver: VENOSA, *Código Civil interpretado*, p. 497.

⁶⁰³ Atualmente, as questões de direito privado têm implicação constitucional, uma vez que os princípios consagrados na constituição servem como substrato normativo na construção das soluções jurídicas. A categoria de “fundamentalidade” (Alexy) indica a outorga de especial dignidade à proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal assinala dimensões relevantes: o grau superior das normas que consagram os direitos fundamentais no ordenamento jurídico; a maior dificuldade e complexidade do processo de modificação, e a sua caracterização como limite material à própria reforma constitucional e parâmetro material de escolha, decisão, ação e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional, dada a sua vinculatividade imediata dos poderes públicos. A fundamentalidade material está relacionada à idéia de que o conteúdo dos direitos fundamentais é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 373). Essa concepção do ordenamento jurídico permite a compreensão aberta do âmbito normativo das normas consagradoras da autonomia privada e o desenvolvimento plural de todo o sistema jurídico. O problema da regulamentação autônoma tem relevância política e dimensão constitucional, pois não existe fora da ordem constitucional, sendo equivocado supor que, entre poder de normação estadual e poder de normação privado, há uma relação de concorrência. Nem um nem outro podem interferir nos direitos fundamentais ou regular relações jurídicas que transcendam o seu campo específico de competência.

⁶⁰⁴ A atuação do legislador é tendencialmente aperfeiçoadora do sistema normativo - supre lacunas, modifica normas inadequadas e/ou incompletas e exclui as que se revelam injustas ou imperfeitas, de acordo com a concepção então dominante. Sob esse prisma, a garantia da intangibilidade do pacto pode servir tanto como instrumento de defesa em face do casuísmo (segurança jurídica) como óbice a iniciativas progressistas (retrocesso).

com a necessidade de sua adaptação às alterações supervenientes ocorridas no meio econômico e social, por razões de natureza ética e funcional.⁶⁰⁵

Em sendo o contrato o instrumento jurídico de articulação das relações intersubjetivas estabelecidas no âmbito da autonomia privada, é de se supor que as partes tenham querido o que foi contratado, e se o quiseram o contrato é o justo (fundamento, aliás, da força vinculante do pacto).⁶⁰⁶ Mas nem sempre o justo é efetivamente assegurado. A despeito de as estipulações contratuais serem, em regra, vinculantes como pautas gerais, há situações em que a observância estrita de tais normas gera injustiças.⁶⁰⁷

A revisão contratual, fundada em causas contemporâneas à formação do contrato (cláusulas abusivas ou lesão enorme) ou supervenientes a este (teoria da imprevisão ou teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico), visa à manutenção do pacto.⁶⁰⁸

As cláusulas abusivas encontram o seu fundamento nos princípios da boa-fé e da justiça contratual, que regem as relações contratuais em geral. A abusividade do conteúdo de determinada disposição convencional, de regra, enseja sua nulidade e, por conseguinte, sua supressão do ajuste, tornando necessária a integração da lacuna daí resultante pelo juiz. De regra, *a revisão será feita de modo que o contrato seja implementado (via interpretação*

⁶⁰⁵ A relação jurídico-contratual não pode manter-se alheia à realidade fática que lhe confere substrato, sendo aqui válida a invocação, por analogia, da força normativa dos fatos, a que se refere Georg Jellinek, pois no convívio social as relações fáticas precedem as normas em função delas produzidas (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. de Fernando de Los Ríos. 2 ed. México: Cultura Económica, 2000, p. 319). Ademais, as normas gerais (legais ou contratuais) são concebidas para situações normais, não podendo ser aplicadas em circunstâncias excepcionais. Somente no plano das abstrações (mundo do dever ser) é possível ignorar a realidade do mundo do ser.

⁶⁰⁶ Essa concepção, levada ao extremo, conduz à crença de que o contrato não é passível de revisão, porque qualquer intromissão do Estado no regramento contratual contrariaria os direitos de liberdade e propriedade e a segurança jurídica. Por essa razão, os juízes devem limitar-se a assegurar a vigência das normas jurídicas que consagram o respeito à palavra empenhada e à força obrigatória dos contratos (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 62).

⁶⁰⁷ Citando Chaim Perelman (*Justiça e razão* (Bélgica, 1962)), Jorge Mosset Iturraspe salienta que a equidade, como complemento indispensável da justiça formal, tende a diminuir a desigualdade onde o estabelecimento de uma igualdade perfeita de uma justiça formal torna-se impossível, por levar-se em conta, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que colidem em certos casos de aplicação (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 63). Os institutos da resolução e da revisão contratual por onerosidade excessiva, previstos, respectivamente, nos artigos 478 (*Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*) e 479 (*A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato*), ambos do Código Civil brasileiro de 2002, têm por fundamento a exigência de equivalência das prestações, prefiguradas pelos contratantes no momento da estipulação do contrato.

⁶⁰⁸ O legislador liberal individualista parte da premissa que, tendo nascido da livre manifestação de vontades, o pacto pode ser extinto do mesmo modo, pela livre estipulação dos contratantes. A legislação não prevê a resolução por iniquidade ou abusividade, ignorando os terceiros, as legítimas expectativas, a boa fé, o respeito à aparência. O retorno ao *status quo ante*, com efeitos retroativos, só é admitido aos que tenham contratado com desconhecimento da existência do vício de vontade ou da causa de extinção. Cabe à jurisprudência suprir essa lacuna (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 78).

*integrativa), permitindo-se um reequilíbrio que conduza ao fim que ambos os contratantes se dispuseram a alcançar quando firmaram o contrato.*⁶⁰⁹

A lesão, em sua versão moderna formada pela inclusão de elementos objetivos e subjetivos, exige uma desproporção econômica genética entre a prestação e a contraprestação, aliada a um perfil subjetivo relativo ao contratante prejudicado (inexperiência ou necessidade contratual). Ela permite ao lesado obter, por iniciativa sua, via judicial, a rescisão do contrato ou a sua revisão, caso o autor da lesão se disponha a restabelecer a reciprocidade entre as prestações (a complementação do justo preço).⁶¹⁰ Logo, não se decreta a anulação do negócio, se é oferecida complementação suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito (art. 157, § 2º, do Código Civil brasileiro⁶¹¹). Já na dicção do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 6º, inciso V,⁶¹² contempla a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, sem agregar requisitos de ordem subjetiva para a configuração da situação lesiva (lesão objetiva), que, em relação ao consumidor, são presumidos.

A teoria da imprevisão pressupõe a existência de um contrato que se projeta no tempo - contrato de trato sucessivo, execução continuada ou execução diferida -, a ocorrência de um acontecimento superveniente, imprevisto e imprevisível, que cause onerosidade excessiva (desproporção econômica significativa), e a inimputabilidade da causa ao onerado, posicionando-se fora da álea normal do ajuste. Configurados tais requisitos, a revisão judicial afasta as circunstâncias excessivamente onerosas que podem romper a sua comutatividade (cláusula *rebus sic stantibus*⁶¹³), orientando-se mais pela vontade final das partes do que pela literalidade do pacto.⁶¹⁴ Nessa linha, o artigo 317, do Código Civil brasileiro,⁶¹⁵ prevê a

⁶⁰⁹ SILVA, *Revisão dos contratos...*, p. 150.

⁶¹⁰ SILVA, *Revisão dos contratos...*, p. 150.

⁶¹¹ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

⁶¹² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (...).

⁶¹³ A cláusula *rebus sic stantibus*, que inspira a formulação da teoria da imprevisão, significa que, nos contratos que geram obrigações sucessivas ou dependentes do futuro, o seu cumprimento depende da manutenção do estado de fato contemporâneo à sua pactuação. Se esse estado de fato modificar-se, criando situação imprevisível ao tempo da celebração do ajuste, o contratante que, em consequência, tem seus encargos excessivamente majorados, poderá desvincular de sua obrigação (BRITO, Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137).

⁶¹⁴ SILVA, *Revisão dos contratos...*, p. 151.

possibilidade de haver, no momento do pagamento, uma correção do valor ajustado, que, por força de fatores imprevisíveis, tornou-se desproporcional ao valor da coisa, e, nos artigos 479 e 480 (este em relação aos contratos unilaterais), a modificação equitativa das condições do negócio, incluída a redução da prestação ou alteração do modo de executá-la,⁶¹⁶ na hipótese de a parte prejudicada ainda não ter cumprido a sua obrigação, desde que não esteja em mora.⁶¹⁷ Alternativamente, o artigo 478⁶¹⁸ permite a resolução do contrato em favor do devedor, e desde que comprovado o enriquecimento do credor e o empobrecimento daquele.⁶¹⁹ Contemplando a possibilidade de revisão das cláusulas que, em razão de fatos supervenientes, tornaram-se excessivamente onerosas, sem qualquer alusão ao requisito da imprevisibilidade (ou, pelo menos, à exigência de sua comprovação), dispõe o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, antes referido.⁶²⁰

A teoria da quebra da base do negócio jurídico, igualmente inspirada na idéia de equilíbrio objetivo, dispensa o requisito da imprevisibilidade do evento futuro,⁶²¹ e não se restringe a tutelar o fato excessivamente oneroso (lesão superveniente ou onerosidade excessiva), resguardando situações em que o contrato resta frustrado, perdendo sua razão de ser pelo rompimento de sua base.⁶²²

Ocorre que a proporção desejável ou a margem de desproporção ou desequilíbrio

⁶¹⁵ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁶¹⁶ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁶¹⁷ MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 400.

⁶¹⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁶¹⁹ Não se apresenta justa a revisão contratual por conta de fato específico do consumidor e sem o correspondente enriquecimento do fornecedor, não alcançando, por si só, a prestação contratual. Se, de um lado, deve ser tutelado o direito fundamental do consumidor, de outro deve ser tutelado o direito fundamental à segurança jurídica e às legítimas expectativas, porquanto em jogo a relevância de duas dignidades (MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 400).

⁶²⁰ Ao comentar sobre o tema, Fernando Rodrigues Martins salienta que, embora o Código Civil de 2002 exija que o evento lesivo configure um fato superveniente, extraordinário e imprevisível, distanciando-se, nesse aspecto, do Código de Defesa do Consumidor, o direito romano-germânico caminhou no sentido de que fato extraordinário é aquele que se abstrai de uma normalidade e que fato imprevisível é aquele não coberto pelos riscos próprios do tipo contratual. E conclui que ambos os diplomas legais caminham em sentido objetivo quanto à modificação das circunstâncias, ultrapassando a noção subjetiva da mera previsibilidade (MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 400).

⁶²¹ Nesse sentido, a norma inserta no artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, com o seguinte teor: São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

⁶²² SILVA, *Revisão dos contratos...*, p. 151.

admissível (seja no momento nomogenético da relação contratual, seja em uma fase superveniente), ou, ainda, a adequação dos meios de execução forçada do ajuste (cláusula penal, direito de retenção, condenações cominatórias ou *astreintes*, etc.) à prestação não cumprida⁶²³ não podem expressar-se em uma norma legal, devendo ser submetidas à apreciação judicial, com base na ponderação das singularidades do caso concreto (equidade corretiva). Nessa avaliação, são sopesados os aspectos objetivos e subjetivos, próprios dos contratantes e suas circunstâncias,⁶²⁴ em prol de um justo equilíbrio entre as exigências decorrentes da autonomia privada (poder de autodeterminação) e as fundadas na dimensão ético-jurídica do direito (vedação ao enriquecimento patrimonial sem causa).⁶²⁵

O risco de um descompasso entre o pactuado e a realidade social é potencializado nos contratos mais suscetíveis à influência do legislador, que dispõe de modo genérico sobre as situações por ele hipoteticamente descritas. A utilização do direito positivo como instrumento de planejamento e direção econômica, abarcando as mais dispersas matérias, nem sempre alcança êxito. Às vezes, lança-se mão de mecanismo normativo excessivamente simples para lidar com questões extremamente diferenciadas e sofisticadas, não havendo a possibilidade de

⁶²³ A modificação do contrato pode se dar em termos quantitativos - quando há redução do preço ajustado (p.ex. art. 317 do CC) - ou qualitativos - quando há alteração de cláusula, além da mera modificação do valor (p.ex. arts. 479 e 480 do CC). Embora haja quem defenda que a modificação qualitativa de uma cláusula só é possível nos casos previstos em lei ou com o consentimento do outro contratante, Rodrigo Toscano de Britto ressalva que, se for o único meio disponível para se chegar à revisão quantitativa, é possível sua ocorrência, desde que caminhe na direção do princípio que prevê a necessidade do equilíbrio das contratações (BRITO, Onerosidade excessiva..., p. 147). A utilização de meios compulsórios, cuja gravidade ou expressão econômica não guarde relação com a prestação não cumprida, pode gerar situações de iniquidade, quando não de fraude à lei, porque, desse modo, obtém-se resultados similares ao que é vedado (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 74-75).

⁶²⁴ Na contratação livre e igualitária, não são concebidos nem “*aprovechadores*” ni “*víctimas del aprovechamiento*”. Aquele que, aproveitando-se da situação da outra parte, logra contratar em desequilíbrio ou com usura, é considerado como um simples credor, com direito à contraprestação devida (cumprimento do contrato), e titular de um poder de atacar o patrimônio do devedor. *Sus “cualidades” o “aptitudes” podían merecer algún reproche de tipo moral, pero no jurídico, teniendo bien en cuenta aquello de que el derecho es un mínimo de ética* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 74-75). Ao dispor que, na aferição da manifesta excessividade, o juiz deve levar em consideração a natureza e a finalidade do negócio jurídico, o artigo 413 do Código Civil brasileiro consolida uma diretriz legitimadora da intervenção judicial, afastando a fixação de critérios fixos e uniformes para todas as espécies de penalidade convencional e orientando o juiz a buscar a racionalidade econômica do contrato, identificar as estratégias das partes e a natureza do negócio e ponderar o que usual naquele segmento do mercado (MARTINS-COSTA, *A dupla face...*, p. 67-68).

⁶²⁵ Ao referir-se à cláusula penal manifestamente excessiva, a intervenção judicial corretiva legitima-se pela atividade de concreção (valoração dos aspectos singulares do caso concreto) e pela fundamentação da decisão, visto que não é qualquer excessividade - assim considerada subjetivamente pelo juiz - que enseja a redução da pena convencional. É necessária a confrontação da hipótese concreta com um termo de comparação, o que pressupõe a delimitação da função atribuída pelas partes à cláusula penal. Se se tratar de cláusula de prefixação de indenização, o grau de divergência entre o dano efetivo e o valor previamente estabelecido é relevante; se a cláusula tiver uma finalidade coercitivo-sancionatória, o prejuízo efetivamente sofrido pela parte não é o fator a ser considerado, mas sim o interesse do credor no cumprimento (ponderação entre os fins perseguidos e os meios empregados). Afora isso, podem existir circunstâncias supervenientes à estipulação da cláusula que influem nessa ponderação (TAVARES, Fernanda Girardi. *Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil funcional* (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 80-81).

incremento da complexidade do ordenamento jurídico ao nível equivalente de complexidade dos problemas sócio-econômicos emergentes.⁶²⁶ Para agravar essa situação, a estrutura lógico-formal do ordenamento jurídico tradicionalmente aplicado pelo juiz encontra-se bastante erodida.⁶²⁷

Em um contexto de desequilíbrio entre os Poderes estatais, provocado, em um primeiro momento, pela expansão do Estado-provedor e, posteriormente, pela relativização de sua soberania, com o advento da globalização econômica, dois fenômenos - cronologicamente sucessivos - corroboram para a redefinição da atuação institucional do Poder Judiciário: o incremento da atuação legislativa do Poder Executivo (que promove a publicização do direito privado, a administrativização do direito público e a tecnicização da política, ao lado das opções por políticas econômicas de inspiração Keynesiana) e o choque de competência com o Poder Legislativo (em razão do qual o Poder Judiciário é acionado como instância capaz de resolver o impasse institucional e superar a paralisia decisória). O juiz - que, a rigor, deve decidir com base no ordenamento jurídico e nos limites estritos da demanda - depara-se com um conflito de competências entre os Poderes e é deslocado para o centro das discussões políticas, no qual desempenha o papel de gestor de conflitos, resolvendo questões de maior complexidade técnico-jurídica (fenômeno da judicialização da política).⁶²⁸

⁶²⁶ Nesse contexto, inserem-se as estratégias governamentais de desregulamentação, deslegalização e até desconstitucionalização, paralelas aos programas de privatização dos monopólios públicos e de substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados. A consequência desse processo *tem sido uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas internos e externos, nos planos micro e macro. Uma parte significativa dos direitos nacionais, por exemplo, hoje, vem sendo internacionalizada pela expansão da Lex Mercatoria, da Lex Informática e do Direito da Produção e por suas relações intersticiais com as normas emanaas dos diferentes organismos multilaterais. Uma outra parte, por sua vez, vem sendo esvaziada pelo crescimento de normas privadas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial, valendo-se do vazio normativo deixado pelas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, cria, no âmbito das cadeias produtivas em que está situada, as regras de que precisa e jurisdiciona suas áreas e espaços de atuação, segundo suas conveniências* (FARIA, O Poder Judiciário..., p. 70-71).

⁶²⁷ Segundo José Eduardo Faria, o ordenamento jurídico, originariamente estruturado com fulcro nos postulados da completude, da coerência e da inexistência de lacunas e antinomias, vem sendo substituído por uma legislação basicamente descodificada, que, além de direcionar-se para diferentes redes normativas, contempla interesses corporativos conflitantes entre si (e não mais interesses gerais). A tradicional divisão entre o público e o privado, que inspira sua estruturação, é destruída, e a sua organicidade é fragmentada por uma multiplicidade de ramos jurídicos altamente especializados, o que provoca uma ruptura da unidade conceitual da cultura técnico-jurídica. O direito é demandado para responder às exigências de caráter social e econômico de modo casuístico; o Estado-nação deixa de ocupar com exclusividade uma posição central de controle da sociedade (FARIA, O Poder Judiciário..., p. 71).

⁶²⁸ Um Judiciário lento, caro e incapaz de estabelecer uma jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis induz à opção por formas extra-jurisdicionais de resolução de conflitos. A segurança indispensável às relações jurídicas privadas exige, entre outras medidas, o reconhecimento da propriedade privada e a previsão de procedimentos legais para sua transferência, a proteção jurídica dos créditos e o estabelecimento das providências normativas, a serem adotadas no caso de impossibilidade de cobrança, o cumprimento dos contratos e o respeito à propriedade intelectual, a existência de tribunais comprometidos com a eficiência e a previsão *capazes de compensar, tanto em termos econômicos, quanto em termos de segurança jurídica, a*

A equidade vincula-se à vedação ao excesso, segundo critérios racionalmente apreensíveis, tendo em vista um certo ponto de equilíbrio sinalizado pelo contexto negocial (fático e jurídico).⁶²⁹ Nos contratos onerosos, a equivalência ou o equilíbrio entre as prestações, no momento do nascimento e durante toda a existência do contrato, cumpre as exigências de justiça.⁶³⁰ Não significa, portanto, uma autorização irrestrita a livre produção de sentidos pelo órgão jurisdicional.⁶³¹ O controle do conteúdo do contrato só é admissível, quando não há uma igualdade mínima de poder negocial entre as partes e não são assegurados os interesses legítimos que justificam o exercício da autonomia privada.

Nos contratos paritários - individualmente negociados por sujeitos que se encontram em condições de igualdade -, exceto em certos domínios em que há interesses supraindividuais no estabelecimento de limites imperativos (p.ex. índices de correção

rejeição a outras formas de resolução de litígios. Com relação aos problemas de justiça corretiva ou retributiva e de acesso aos tribunais, o Poder Judiciário reorganiza-se para manter sua jurisdição sobre eles, informalizando-se por meio de juizados de negociação e conciliação para as causas de menor valor material. Ocorre que as distorções geradas por uma iníqua distribuição de renda, especialmente na América Latina, acabam por transformar simples questões corriqueiras de direito em questões de caráter político (conflitos distributivos) (FARIA, O Poder Judiciário..., p. 72-73).

⁶²⁹ Embora não esteja adstrito ao dado fático - *pois o direito é sempre fato enquanto valorado, ou seja, enquanto norma e “situação normada” (“a norma é, ao mesmo tempo, os condicionantes e o condicionado, o valor e o fato em uma síntese dinâmica”)* -, *é inegável que o direito, sendo constituído pela experiência, deve considerar as diferentes “normalidades” advindas do mundo fático para sistematizá-las por meio de um trabalho de objetivação e racionalização, direcionado pelos valores que elege como próprios: a Justiça, a lealdade, o equilíbrio, a razoabilidade, etc.* (MARTINS-COSTA, A dupla face..., p. 68). O direito não se resume a um quadro esquemático de prescrições formais coerentes entre si, sendo, antes, um plano da realidade social. Compreende, pois, um subsistema prescritivo (norma), um subsistema valorativo (valor) e um subsistema da realidade empírica (fato).

⁶³⁰ Essa equivalência corresponde ao que Aristóteles denomina o “meio termo” entre o lucro e o dano: *quando no se tiene, dice, ni más ni menos que lo que se poseía al principio, sino que se obtiene por medio de la conmutación de lo que se entrega, cosas en igual cantidad, se dice que se tiene lo suyo, y que nada se lucra ni pierde* (ITURRASPE, Interpretacion..., p. 83).

⁶³¹ Ao discorrer sobre a aplicação da norma geral a um estado de exceção, o Ministro Eros Grau afirma textualmente: (...) ***o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se com relação à exceção*** (...) *o processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não tem início na emanção de uma regra, mas sim em um momento anterior, no qual aquela ordem é culturalmente forjada. As normas - observa SANTI ROMANO - não são senão uma entre as distintas manifestações do fenômeno jurídico. (...) Refiro-me a uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como ela é. Por isso mesmo incompleta e mesmo contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas esta Corte, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção (...) Na tarefa de concretização da Constituição, a Corte aplica-se a prover a sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminharmos de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada* (BRASIL, STF, Pleno, ADI nº 3689/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 10.05.2007, DJ 29.06.2007, p. 22 - grifamos).

monetária, taxa de juros, etc.), o controle material é excepcional (em limites extremos, como no caso de lesão, negócios usurários ou de violação a ordem pública), pois há de prevalecer a liberdade contratual, que se visa a tutelar, à intervenção estatal, sem prejuízo da fixação de balizas amplas para a legitimidade do conteúdo negocial e o regular funcionamento do mecanismo contratual.⁶³² Nos contratos de adesão e, em certa medida, nos contratos-lei, em que as cláusulas não são negociadas uma a uma pelas partes em situação de igualdade, esse controle material tende a expandir-se, legitimando-se nos casos em que não há um equilíbrio entre liberdade e justiça contratual. Observe-se que, nos contratos-lei, os interesses que motivam a atuação legislativa mais intensa do Estado naquele domínio, suscetíveis de avaliação em uma perspectiva macroeconômica e social, têm um peso significativo nessa atuação judicial corretiva.

Em sendo o ordenamento jurídico, tendencialmente sistemático, caracterizado pela unidade, coerência e completude, a exigência de consistência afasta a possibilidade de coexistirem valorações de setores jurídicos individuais reciprocamente contraditórias. Na escolha entre o justo e o injusto, a vinculação do juiz ao poder normativo dos contratantes traduz-se não na sujeição incondicional à letra das cláusulas pactuadas, mas a sujeição às disposições válidas, à tradição, aos usos e costumes. E a validade não decorre de sua simples existência formal, senão de uma qualidade ligada à coerência de significado, sempre remetida a uma valorização. O espaço judicial não comporta a visão de reconstrução de fatos e normas, com significação própria, mas de aproximação do discurso jurídico à realidade - base de incidência do direito, enquanto modo de resolver problemas concretos -, sem prescindir da objetividade que lhe confere um certo caráter científico,⁶³³ mesmo quando, por obra da equidade, a deliberação judicial pautar-se por uma solução peculiar, atípica. A objetividade e a clareza da argumentação garantem um mínimo de segurança e certeza, permitindo a construção de um consenso (mínimo) que lhe assegure legitimidade (conhecimento e controle).

Em que pese a construção de “consensos” seja dificultada pelo relativismo que permeia a era da pós-modernidade - traço que a distingue do período que a antecede (a

⁶³² Nesse aspecto, Paulo Mota Pinto destaca que, afora o efeito nivelador próprio do mercado, o contrato entre sujeitos de poder igual fornece, normalmente, pelo menos, uma certa garantia de que não é contrário - de modo evidente - às exigências de justiça (PINTO, *Declaração tácita...*, p. 62).

⁶³³ A invocação da equidade como fundamento da decisão é encarada com desconfiança pelos que nela não vislumbram parâmetros objetivos para a resolução dos conflitos de interindividuais. Tal postura reflete o relativismo moral e jurídico próprio do positivismo, que considera qualquer referência à justiça como mera manifestação subjetiva de um sentimento pessoal daquele que a invoca, inexistindo um sentido que possa ser compartilhado na comunidade.

modernidade), com ideais universais (liberdade, igualdade, justiça e progresso científico) -, a experiência demonstra que a sociedade prossegue orientando-se, pelo menos em parte, por padrões morais⁶³⁴ clássicos em situações limites (p.ex. a barbárie, a violência, a miséria ou a injustiça extrema) ou não.⁶³⁵ A discussão ética - pessoal, profissional e política - mantém-se como tema fundamental, o que se explica pela incorporação de elementos valorativos no ordenamento jurídico (p.ex. noções de dignidade humana, justiça social, solidariedade, moralidade, boa-fé, entre outras). Com efeito, o fundamento de uma posição particular sobre determinada matéria pode ser confrontado com padrões éticos mínimos.⁶³⁶

⁶³⁴ Para Ana Paula de Barcellos, saber de onde se podem extrair os padrões morais é uma questão complexa, cuja resposta, desde os tempos mais remotos da história da humanidade, é encontrada na metafísica. Inicialmente, a idéia de que um ser moral e transcendente - a divindade - a estabelecer esses padrões, incutindo-os no homem; mais recentemente, outras elaborações doutrinárias são desenvolvidas, como, por exemplo, a teoria de John Rawls, que, no afã de oferecer uma resposta racional à pergunta, refere-se ao “estado original”, *no qual, por força do véu da ignorância, as pessoas não teriam como ser egoístas e poderiam fazer escolhas moralmente adequadas* (BARCELLOS, *Constitucionalização das políticas públicas...*, p. 124).

⁶³⁵ Sobre o modelo adotado pelo Poder Judiciário atual, é interessante a análise das diferentes ordens normativas e práticas judiciais que coexistem no mundo globalizado, realizada por José Eduardo Faria. Para ilustrar o trabalho por ele desenvolvido, citem-se os itens “racionalidade”, “modo de formalização”, “tipo de procedimento”, “grau de institucionalização” e “efetividade do direito”. A racionalidade na *Lex mercatoria* (o corpo autônomo de práticas, regras e princípios, constituídos pela comunidade empresarial para autodisciplinar suas atividades) e no direito de produção (o conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, transporte e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de componentes, da origem das matérias-primas, etc.) é procedimental; no direito inoficial é material; no direito positivo é formal, e no direito marginal (ou contra-direito) é irracional. Os modos de formalização são contratual, negociação, aplicação e ausência de formalização, respectivamente. Os tipos de procedimento são transação/mediação, conciliação/arbitragem, decisão e punição/repressão, respectivamente. O grau de institucionalização são organização flexível e sistemas autoregulados, campo social semi-autônomo, campo normativo estatal e marginalidade social e criminal, respectivamente. A efetividade do direito ocorre por aceitação e inclusão, por adaptação ao contexto, por pretensão de aplicabilidade universal (soluções formais) e por desafio contínuo da ordem, respectivamente. Esse quadro comparativo é suficiente para demonstrar a existência de um pluralismo jurídico, no qual a jurisdição convencional mantém as características básicas do período moderno, porém divide espaço com outras espécies de justiça: no plano infra-estatal, as justiças profissionais (especializadas em arbitragem) e não-profissionais (por exemplo, as comunitárias); no plano supra-estatal, os foros descentralizados de negociação e órgãos técnico-normativos, e fora deles, a justiça marginal. A crescente autonomia dos diferentes setores da vida social, com suas racionalidades específicas, enseja a ampliação dos sistemas auto-organizados e auto-regulados, pondo em questão a identidade funcional do Poder Judiciário, que, à semelhança dos demais Poderes estatais, não mais pode pretender disciplinar contextos sociais complexos e heterogêneos, por meio de normas que desconsideram variáveis internacionais e/ou introduzam no ordenamento jurídico valores, categorias e procedimentos incompatíveis com os do direito positivo (FARIAS, *O Poder Judiciário...*, p. 69-70).

⁶³⁶ O relativismo dificulta a existência de consenso sobre o que é certo ou errado, porque a posição de qualquer pessoa constitui mera opinião, *cujo fundamento de autoridade é o próprio indivíduo e não uma verdade independente dele e a ele superior*. Nesse ambiente, o homem não consegue julgar ações com fundamento em padrões morais clássicos de certo/errado e bom/mal, ou avaliar comparativamente opções como melhores ou piores. Em nossa sociedade, ainda há certos padrões ou consensos morais que podem ser confrontados com uma posição particular. *Trata-se de conferir maior valor a uma opinião porque, em determinado contexto, e independentemente de seu emissor, nem todas as opiniões são equivalentes, indiferentes ou igualmente relativas; existem parâmetros morais aplicáveis que permitem afirmar que determinadas posições são certas e outras erradas e, como parece natural, as posições certas têm valor superior às erradas* (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 123-124).

2.2.3 A equidade como elemento integrador

A interpretação é recognitiva, quando se destina a averiguar o conteúdo do acerto negocial. Por meio dela, é possível inferir em concreto a intenção comum dos contratantes, considerando, para tanto, não só as declarações emitidas, mas também os comportamentos preliminares e subseqüentes ao contrato. Destinando-se, a declaração volitiva, ao conhecimento e aceitação de um destinatário determinado, a interpretação buscará o sentido que esse destinatário podia e devia atribuir àquela (pesquisa do sentido objetivamente revelado), além do seu significado socialmente contextualizado. Mas se o contrato contém lacunas, a interpretação recognitiva revela-se insuficiente, pois reclama a complementação do seu regramento normativo.

A integração contratual faz-se necessária quando, no exercício do poder revisional, o juiz suprime cláusulas anteriormente ajustadas, dando ensejo ao surgimento de uma lacuna a ser colmatada, ou quando as partes não dispõem sobre determinada circunstância que surge no curso da execução da avença, exigindo uma solução, ou, ainda, quando torna-se relevante, para o deslinde do litígio, a valoração da etapa formativa do contrato - das tratativas para o futuro negócio (com ou sem apresentação de carta de intenções) até a celebração do acordo -, sendo silente a lei sobre a sua disciplina.⁶³⁷ Por prolongar-se no tempo, de modo, por vezes, oneroso e complexo (p.ex. gastos com projetos, orçamentos, avaliações, etc.), sobre a base da expectativa ou confiança despertada no outro, a fase que precede a formalização do acordo não pode ser juridicamente ignorada, sobretudo porque a falta de uma adequada regulamentação legal pode ensejar condutas de má fé, apartadas da negociação ou o exercício abusivo do direito de contratar ou não. A análise dos deveres que decorrem das tratativas (p.ex. de informação, de exibição, condições de publicidade da oferta), sua determinação

⁶³⁷ Segundo Jorge Mosset Iturraspe, a etapa pré-contratual é desconhecida pela doutrina tradicional (da justiça generalizada e abstrata), salvo no tocante a oferta e a aceitação. Esse desconhecimento tem sua razão de ser na falta de norma expressa que regule as tratativas negociais e estabeleça a responsabilidade de cada um na hipótese de violação dos deveres emergentes desses contatos iniciais. Poucas são as decisões judiciais que, a despeito da omissão legislativa, reconhecem a responsabilidade pré-contratual, porque, em geral, os precedentes exaltam a liberdade contratual, inadmitem o surgimento de obrigações para os tratantes, sem um contrato celebrado, e afirmam que, nessa fase, cada um assume os riscos que possam originar-se do comportamento alheio. Os que sustentam a existência de responsabilidade pré-contratual, o fazem, em um primeiro momento, com base em uma ficção de acordo; depois, aproxima-a da responsabilidade por atos ilícitos, por violação ao dever genérico de não causar dano, e, por fim, fundando-a na responsabilidade por comportamento abusivo. A corrente doutrinária que se opõe à aplicação da equidade como critério supletivo alega que: os princípios gerais de direito e a equidade se contrapõem; b) a equidade não constitui nem um princípio nem uma regra de hermenêutica que auxilie na interpretação da lei. *Si la cuestión dudosa es de derecho, debe ser resuelta únicamente por los principios de la ciencia jurídica; si es de hecho, corresponde interpretarla a la luz de esos mismos principios, con pleno conocimiento de causa y ánimo imparcial* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 67-69).

como deveres de comunicação, explicação e conservação e a avaliação da diligência ou cuidado observados no seu cumprimento e de eventual responsabilidade derivada de sua violação exigem do juiz a avaliação de circunstâncias do caso e uma decisão individualizada.⁶³⁸ *La integración del contrato por la equidad significa que este principio forma parte de toda convención y hace nacer del contrato ciertas consecuencias jurídicas ajenas a la intención directa de las partes.*⁶³⁹

Emilio Betti distingue a integração da interpretação integrativa.

Diversamente da interpretação recognitiva - que procura fixar o sentido e o alcance das regras expressas no conteúdo negocial -, a interpretação integrativa destina-se à construção da regra que, embora não expressa, encontra-se implícita nesse conteúdo, e não à descoberta de uma vontade hipotética, presumível ou real, que jamais existiu. Em outros termos, define-se o que o texto explicitamente não diz, agregando ao seu conteúdo algo a mais, sem alterar o seu sentido original ou abandonar o que se quis dizer (complemento explicativo). A interpretação integrativa, portanto, visa a preencher uma lacuna “aparente” do contrato, extraído do seu próprio conteúdo a regulamentação omitida sobre determinado ponto (conteúdo implícito), sobre o qual os contratantes deveriam ter se pronunciado para que o regramento fosse preciso e completo. Trata-se de um processo intelectual pelo qual se deduz a regra de conduta faltante do contexto negocial, a partir do objeto que as partes se propuseram disciplinar e da valoração dos interesses em que se fundaram no momento da formação do negócio jurídico. Nele leva-se em conta a declaração emitida e os comportamentos significativos à luz da boa-fé, dos usos sociais e de outros parâmetros (p.ex. realidade empírica), apresentando a idéia alcançada como sendo referível aos contratantes e suas circunstâncias (conexão com o ambiente social),⁶⁴⁰ embora não tenha sido objeto de reflexões conscientes. Corolário desse procedimento é impossibilidade de os pontos assim integrados serem objeto de impugnação por erro, por não terem sido contemplados explicitamente em cláusulas contratuais.

Já a integração refere-se aos efeitos do negócio jurídico. Não concerne a qualquer omissão da regulamentação contratual que nela esteja implícita, nem se propõe a reconstruir o

⁶³⁸ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 81.

⁶³⁹ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 82.

⁶⁴⁰ As relações jurídico-contratuais têm o seu conteúdo apreendido na sua expressão objetiva e socialmente reconhecível. O contrato não se caracteriza como uma operação econômica isolada que se exaure em si; antes, traduz as expectativas individuais de cada contratante, inseridos em um contexto social, no qual assumem relevância todos os fatores (circunstâncias pressupostas pelas partes, comportamentos adotados ao longo da evolução do vínculo contratual, etc.) que possam conduzir ao seu correto adimplemento (ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. V).

conteúdo negocial, parcialmente omissivo. Antes, supõe a própria ausência de preceito, expresso ou implícito no negócio jurídico. Não se trata de integração da vontade negocial, e sim da determinação dos efeitos jurídicos do contrato, porque a lacuna existente não é resgatável a partir das declarações emitidas ou do comportamento das partes (ou seja, não há elementos internos ao vínculo contratual para suprir a lacuna dentro da realidade contratual). Não sendo possível interpretar a intenção comum das partes pela declaração feita ou pela conduta adotada, busca-se o regramento legal que determinará os efeitos jurídicos daquele ajuste. Nesse sentido, a integração projeta-se para além da força expansiva ou lógica da declaração e destina-se a suprir lacuna da regulamentação negocial, predisposta pelas partes, em matéria de efeitos jurídicos. Enquanto a interpretação integrativa diz respeito ao suporte fático (*fattispecie*) do negócio jurídico, a integração pressupõe a falta de uma norma dedutível do conteúdo negocial (lacuna neste e no próprio regulamento de interesses) e opera no sentido da determinação dos efeitos jurídicos não previstos expressa ou implicitamente pelas partes (regulamentação inteiramente omitida). A falta de um regulamento preciso denuncia uma discrepância entre a fórmula do contrato e a idéia que com ela se procurava exprimir, de molde que é inócuo procurar uma presumível intenção comum das partes a respeito de tais pontos. Diante de um regulamento lacunoso ou objetivamente ambíguo, o intérprete depara-se, normalmente, com um conflito de interesses entre os contratantes, que impede a integração do regramento contratual a partir da manifestação destes. Embora a ausência de disciplina decorrente de uma imprevisão não se confunda com aquela que resulta de deliberada exclusão, por ausência de relevância jurídica ou porque se atribuiu ampla liberdade às partes, se o aspecto omitido merecer tutela jurídica no caso concreto, a atividade do intérprete/aplicador não estará atrelada a um critério legal específico para esse proceder.

Nos contratos por adesão, a análise das circunstâncias do caso concreto, para fins de integração, pressupõe a distinção entre: a) as condições particulares submetidas à consideração do aderente e as condições gerais, e b) as cláusulas efetivamente conhecidas ou que poderiam sê-lo empregando uma diligência normal e aquelas cujo conhecimento efetivo não foi possível ou exigiam uma diligência excepcional. Nessa espécie contratual, a insipiência da “intenção comum” das partes deve ser compensada com uma atuação mais intensa do juiz no processo integrativo.⁶⁴¹

⁶⁴¹ Segundo Jorge Mosset Iturraspe, a compensação da menor presença da “vontade comum” em busca da justiça deve levar em consideração a situação de necessidade, inexperiência ou ligeireza em que pode encontrar-se o aderente, *pues el modo de contratar agudiza la posibilidad del aprovechamiento* (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 86).

3 Os limites oponíveis à atuação do juiz na aplicação da equidade

A interferência do Estado na formação e na execução do contrato entre particulares encontra o seu fundamento de validade na ordem pública e na justiça contratual, parâmetros que traduzem os valores que informam a organização política, econômica e cultural da sociedade em determinado momento histórico.

Essa atuação estatal interventiva é limitada pela necessidade de ser garantido e preservado o “equilíbrio” entre as partes na relação jurídico-contratuais, que, de regra, é assegurado pela equivalência entre as forças atuantes - contrapostas (contrato bilateral) ou convergentes (contrato plurilateral) -, de molde a tornar factível a realização (efetiva) dos interesses - individual e coletivo⁶⁴² - que motivam e justificam a vinculação jurídica estabelecida. À preservação de um mínimo de liberdade pessoal⁶⁴³ - vale dizer, de autonomia privada⁶⁴⁴ -, por imperativo de ordem pública (o que reforça a fundamentalidade dos

⁶⁴² Ao prescreverem que a liberdade de contratar é limitada pelo princípio da função social do contrato, os artigos 421 e 1.228, § 1º, do Código Civil Brasileiro, contemplam, em nível legislativo, uma transformação qualitativa do direito de contratar na esteira da diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, III, *in fine*, da CRFB). O alcance da inovação legislativa está atrelado às noções de estrutura como “um todo de significações”, de sistema e de função, na medida em que *o conceito de estrutura importa o de função, cujo papel crucial é fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas*. Em uma perspectiva estrutural e funcional, o artigo 421 indica que: *a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em caráter geral, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como limite da liberdade de contratar; e c) situa a função social como fundamento da mesma liberdade*. E, ao contrário do Código Civil anterior, em que os princípios encontravam-se implícitos no ordenamento jurídico e eram deduzidos da racionalidade do sistema, desempenhando um papel supletivo (supressão de lacunas) ou argumentativo (confirmação da razão de ser de determinada regra), a positivação de princípios - incluído o da função social do contrato - indica o seu valor integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Isso porque os *princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais* (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p041_066.pdf. Acesso em: 22 de julho de 2010).

⁶⁴³ *A liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana a quem se reconhece, pré-juridicamente, a autodeterminação. Acreditou-se, primeiramente, na “dívida de Prometeu” - que teria dado aos homens a plenitude do pensamento “que pode se impor àquilo que é” -, mas houve, em seguida, a descoberta de Sófocles: o homem ensinou a si mesmo a palavra e o pensamento. Então se percebeu que “a essência do homem (to deionon) é a sua própria autocriação”. Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender a liberdade* (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 43, maio 2005. Disponível em: www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p041_066.pdf. Acesso em: 22 de julho de 2010).

⁶⁴⁴ Sobre o conceito de autonomia privada, destaque-se o pronunciamento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no Acórdão de 28.10.1997, Processo 462/1997, 1.ª seção, *in verbis*: *O princípio da autonomia privada consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem jurídica. Este princípio liga-se ao valor da autodeterminação da pessoa e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como ‘direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio’* (Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, n. 470, p. 597, nov. 1997). A autonomia privada

princípios-garantia da irretroatividade da lei e da força vinculante do pacto na imbricada relação Estado-particular-coletividade), contrapõem-se as exigências da justiça comutativa, que, em sua essência, implica dar a outrem o que lhe é devido (por direito próprio), segundo uma igualdade: a *alteritas* consubstancia-se na pluralidade de pessoas, o *debitum* consiste naquilo que lhe é rigorosamente devido e a *aequalitas* corresponde a uma igualdade simples ou real na perspectiva dos envolvidos. Em outros termos, o equilíbrio inerente à justiça contratual é orientado pela situação específica das partes,⁶⁴⁵ porém contextualizada.

A relevância das considerações externas ao contrato na composição desse equilíbrio é inequívoca. Ao lado das normas de ordem pública de direção, associada à utilidade (particular e social), estão as de ordem pública de proteção, associada ao justo, que, em uma dimensão coletiva, têm como objetivo primário não reprimir as violações à justiça contratual, suportadas por um dos contratantes, mas regular as relações jurídico-contratuais, mediando, na maioria das vezes, interesses de grupos opostos, para fins de utilidade social (p.ex. regulamentação de ofícios e profissões, normas protetivas do trabalho, controle de preços de produtos de consumo). A edição de tais normas é motivada não tanto pela justiça das relações individuais entre os contratantes de cada grupo, e sim pela necessidade de repartir custos e benefícios de ordem econômica e social.⁶⁴⁶

Analisemos os limites oponíveis à atuação do Judiciário na busca desse equilíbrio na composição do regramento contratual.

3.1 Limites pontualmente existentes na legislação vigente

No direito positivo brasileiro, a aplicação da equidade é admitida em casos pontuais,

compreende um processo de ordenação, que permite aos particulares constituírem e modelarem suas relações jurídicas. Nesse aspecto, não se confunde com “*autonomia da vontade*”, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 44 e 60 (nota 12)).

⁶⁴⁵ A justiça particular está ordenada para as pessoas privadas. E estas podem ser comparadas à comunidade como as partes ao todo. Podem ocorrer, no caso, duas espécies de ordem. Uma, de parte à parte, entre uma pessoa e outra. Essa ordem é regida pela justiça comutativa... Outra ordem é a do todo para as partes, a que corresponde, na sociedade, a distribuição do que é comum aos particulares. Essa ordem é regida pela justiça distributiva... Na comutativa procura-se adequar ‘coisa a coisa’ (REM ad rei), realizando uma igualdade aritmética (S. Tomás, II, II, q. 61, a. 1 e 2).

⁶⁴⁶ CUMYN, *La validité du contrat...*, p. 241-243.

expressamente elencados (artigos 126 e 127⁶⁴⁷ do Código de Processo Civil), e proibida nos demais. Citemos, exemplificativamente, as hipóteses de: arbitragem (artigo 2º, *caput*,⁶⁴⁸ da Lei nº 9.307, de 1996), relações de natureza tributária (artigos 108, inciso IV e § 2º, e 172, inciso IV,⁶⁴⁹ do Código Tributário Nacional), trabalhista (artigo 8º, *caput*,⁶⁵⁰ da Consolidação das Leis do Trabalho), civil (artigos 413, 479, 928, parágrafo único, 944, parágrafo único, 953, parágrafo único, 954 e, em certa medida, 1.638, inciso III,⁶⁵¹ do Código Civil brasileiro), consumerista (artigos 7º, *caput*,⁶⁵² e 51, inciso IV,⁶⁵³ do Código de Defesa do Consumidor) e processual - no âmbito do Juizado Especial (artigos 6º e 25⁶⁵⁴ da Lei nº 9.099, de 1995) e da jurisdição voluntária (artigo 1.109, do Código de Processo Civil⁶⁵⁵).

Na legislação civil, encontramos, ainda, inúmeros dispositivos que, ao empregarem as expressões “justa causa”, “motivo justo”, entre outras, atribuem relevância jurídica para as

⁶⁴⁷ Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.* Art. 127. *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei* (grifei).

⁶⁴⁸ Art. 2º. *A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes* (grifei).

⁶⁴⁹ Art. 108. *Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade.* (...) § 2º. *O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.* Art. 172. *A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: (...) IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; (...)* (grifei)

⁶⁵⁰ Art. 8º. *As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público* (grifei).

⁶⁵¹ Art. 413. *A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.* Art. 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.* Art. 928. (...) Parágrafo único. *A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.* Art. 944. (...) Parágrafo único. *Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.* Art. 953. (...) Parágrafo único. *Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.* Art. 954. *A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.* Art. 1.638. *Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; (...)* (grifei).

⁶⁵² Art. 7º. *Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade* (grifei).

⁶⁵³ Art. 51. *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)* (grifei).

⁶⁵⁴ Art. 6º. *O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.* Art. 25. *O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade* (grifei).

⁶⁵⁵ Art. 1.109. *O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

especificidades do caso concreto. Nessa linha, os artigos 57,⁶⁵⁶ 156, parágrafo único,⁶⁵⁷ 157 e 158,⁶⁵⁸ 317,⁶⁵⁹ 335,⁶⁶⁰ 428,⁶⁶¹ 528,⁶⁶² 602, 603 e 604,⁶⁶³ 606,⁶⁶⁴ 624,⁶⁶⁵ 662,⁶⁶⁶ 705,⁶⁶⁷ 715,⁶⁶⁸ 717,⁶⁶⁹ 738,⁶⁷⁰ 825,⁶⁷¹ 834,⁶⁷² 839,⁶⁷³ 909,⁶⁷⁴ 928,⁶⁷⁵

⁶⁵⁶ Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo **justa causa**, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto (grifei).

⁶⁵⁷ Art. 156. (...) Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá **segundo as circunstâncias** (grifei).

⁶⁵⁸ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação **manifestamente desproporcional** ao valor da prestação oposta. (...) Art. 158. (...) § 1º. Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar **insuficiente**. (...) (grifei).

⁶⁵⁹ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier **desproporção manifesta** entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o **valor real** da prestação (grifei).

⁶⁶⁰ Art. 335. A consignação tem lugar: I - se o credor não puder, ou, sem **justa causa**, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; (...) (grifei).

⁶⁶¹ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: (...) II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido **tempo suficiente** para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; (...) (grifei).

⁶⁶² Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda **suficiente** para a subsistência do doador (grifei).

⁶⁶³ Art. 602. O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem **justa causa**, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Parágrafo único. Se se despedir sem **justa causa**, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por **justa causa**. Art. 603. Se o prestador de serviço for despedido sem **justa causa**, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato. Art. 604. (...) Igual direito lhe cabe, se for despedido sem **justa causa**, ou se tiver havido **motivo justo** para deixar o serviço (grifei).

⁶⁶⁴ Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição **normalmente** correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação **razoável**, desde que tenha agido com boa-fé (...) (grifei).

⁶⁶⁵ Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos.

⁶⁶⁶ Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes **suficientes**, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar (...) (grifei).

⁶⁶⁷ Art. 705. Se o comissário for despedido sem **justa causa**, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa (grifei).

⁶⁶⁸ Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem **justa causa**, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato (grifei).

⁶⁶⁹ Art. 717. Ainda que dispensado por **justa causa**, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos (grifei).

⁶⁷⁰ Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução **normal** do serviço (grifei).

⁶⁷¹ 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 (grifei).

⁶⁷² Art. 834. Quando o credor, sem **justa causa**, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento (grifei).

⁶⁷³ 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 (grifei).

⁶⁷⁴ Art. 909. O proprietário, que perder ou extraviar título, ou for **injustamente** desapossado dele, poderá obter novo título em juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos (grifei).

⁶⁷⁵ Art. 928. (...) Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser **equitativa**, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem (grifei).

1.019,⁶⁷⁶ 1.038,⁶⁷⁷ todos do Código Civil brasileiro.

A opção do legislador foi proibir a injustiça da situação retratada no ajuste, estabelecendo critérios indicativos da justiça contratual - reciprocidade, comutatividade, equivalência material, proporcionalidade, proibição do enriquecimento sem causa, função social do contrato e distribuição de risco e ônus -, ao invés de defini-la conceitualmente.⁶⁷⁸ Nesse sentido, os artigos 112, 113, 422, 423 e 424, do Código Civil brasileiro, agasalham os princípios éticos referidos nos artigos 46 a 54, do Código de Defesa do Consumidor, prestigiando a revisão qualitativa das disposições contratuais em detrimento de sua resolução (princípio da conservação do pacto).

Essas disposições normativas, com respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil (preâmbulo e artigos 170, *caput*, 193 e 194, inciso V)⁶⁷⁹ e na Lei de Introdução ao Código Civil ou Decreto-lei n.º 4.657, de 1942⁶⁸⁰ (artigos 4º e 5º⁶⁸¹), dizem respeito,

⁶⁷⁶ Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo **justa causa**, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios (grifei).

⁶⁷⁷ Art. 1.038. Se não estiver designado no contrato social, o liquidante será eleito por deliberação dos sócios, podendo a escolha recair em pessoa estranha à sociedade. § 1º. O liquidante pode ser destituído, a todo tempo: I - se eleito pela forma prevista neste artigo, mediante deliberação dos sócios; II - em qualquer caso, por via judicial, a requerimento de um ou mais sócios, ocorrendo **justa causa**. § 2º. A liquidação da sociedade se processa de conformidade com o disposto no Capítulo IX, deste Subtítulo (grifei).

⁶⁷⁸ MARTINS, *Princípio da justiça contratual*, p. 396.

⁶⁷⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Art. 170. 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**, observados os seguintes princípios: (...). Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a **justiça sociais**. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) V - **equidade** na forma de participação no custeio; (...) (grifei).

⁶⁸⁰ Traçando um paralelo entre o Código de Processo Civil, sancionado na vigência da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e o Código Civil brasileiro, editado sob a égide da Constituição Federal de 1988, Francisco Amaral salienta que cada um retrata um pensamento jurídico específico: o primeiro, normativista, é orientado pela aplicação lógico-dedutiva das normas jurídicas; o segundo, jurisprudencialista, é orientado pela aplicação de modo problemático-dialético, com recurso a critérios ético-jurídicos que viabilizam a concreção jurídica. E conclui que a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um arquétipo axiológico, que influi na aplicação do direito, visando a realizar a igualdade material perfeita e evitar o cometimento de eventual injustiça ou desigualdade decorrente da rigidez de sua fórmula geral. Nesse sentido, não é fonte de direito, pois não configura um poder de criar normas jurídicas ou forma de sua expressão. Tampouco é meio de integração de lacunas, porquanto admitida somente nos casos previstos expressamente (salvo na hipótese do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera, equivocadamente, a equidade como um princípio geral de direito (art. 4º da LICC)). É, antes de tudo, um critério de decisão de casos singulares, que se apresenta sob a forma de cláusula geral (AMARAL NETO, A equidade..., p. 207-208).

basicamente, à função integrativa/supletiva da equidade, mesmo porque, em relação às demais funções (interpretativa e corretiva), é desnecessária qualquer referência legislativa específica, para fins de aplicação, desde que a adaptação do enunciado normativo ao caso concreto em face de seus aspectos singulares constitui exigência inafastável em todo e qualquer processo interpretativo (função interpretativa), assim como a necessidade de corrigir eventual excesso ou inadequação da norma legislada ou pactuada (função corretiva) é ínsita à própria atividade jurisdicional, tendo em vista os parâmetros estabelecidos na Constituição (fator de unidade do ordenamento jurídico).

Toda lei ou contrato é, por definição, uma norma (ou seja, contém prescrições normativas - programa de ação prospectiva), que, eventualmente, pode não ser adequada a situações concretas particulares. Mas nem por isso é menos correta, pois ela é concebida para situações de normalidade, e não para determinadas circunstâncias excepcionais. Quando a lei ou o contrato estabelece uma norma que não se amolda a uma hipótese específica, cabe ao julgador promover a adequação necessária. Por isso, o equitativo é o justo nos casos em que a norma prefigurada é imprópria. A formação e a conformação da decisão judicial reclamam a contextualização temporal e espacial do ato normativo potencialmente aplicável, seja via interpretação, seja via correção ou integração.⁶⁸² Esse é, aliás, o sentido da norma inserta no artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil, ao prescrever a necessidade de atender-se aos fins sociais a que se dirige a lei (regra igualmente aplicável ao contrato) e às exigências do bem comum na sua aplicação.⁶⁸³

No processo interpretativo, a ponderação dos aspectos singulares da situação de fato real é inafastável, porque a prescrição normativa reclama sua concreção. Com efeito, a restrição legal contida no artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro⁶⁸⁴ - *O juiz só*

⁶⁸¹ Art. 4º. *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.* Art. 5º. *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

⁶⁸² Ao comentar a reforma empreendida na legislação civil argentina em 1968, Jorge Mosset Iturraspe destaca algumas remissões legislativas ao recurso à equidade, ressaltando que: a) o afastamento das normas gerais pela decisão de equidade visa a recuperar o homem concreto, *sustituído por una imagen espectral en la trama racionalista del sistema*; b) em alguns casos, a lei contempla expressamente a possibilidade de não aplicação estrita da norma que gera uma injustiça; em outros, silencia, apesar de evidente a injustiça; c) a decisão pode fundar-se nas circunstâncias do caso concreto; d) não raras vezes, o próprio legislador recorre ao arbítrio judicial, reconhecendo a dificuldade de abarcar a realidade humana por inteiro em marcos normativos, em uma ordem coerente de previsões lógicas, e e) em certos casos, o legislador explicita as circunstâncias subjetivas ou objetivas que devem ser consideradas na decisão judicial (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 52-59).

⁶⁸³ O bem comum não consiste na mera soma de interesses individuais, mas na coordenação do bem dos indivíduos, orientanda eticamente. Nessa linha, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil limita a atuação do juiz, impondo-lhe a observância aos valores que dão sustentação à ordem jurídica, e não aos seus pessoais.

⁶⁸⁴ Na mesma linha, o enunciado do artigo 17, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seguinte teor: *Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato*

decidirá por equidade nos casos previstos em lei - refere-se ao juízo que substitui o direito estrito, mediante a integração de elementos não-jurídicos ao regramento aplicável ao caso concreto (Lei nº 9.307, de 1996), e, quiçá, na aplicação de cláusula geral ou conceito juridicamente indeterminado. A vedação legal visa a impedir que o julgador decida sem justificar juridicamente a decisão,⁶⁸⁵ a não ser nas hipóteses autorizadas, porquanto previamente delimitados os elos de comunicação do complexo normativo com o universo metajurídico. A decisão não vinculada aos parâmetros do ordenamento jurídico - que, por sua singularidade, não pode ser sistematizada - pode constituir um risco à segurança jurídica, desde que implica um julgamento extra-sistemático, apesar de esse juízo integrar o direito positivo.⁶⁸⁶ Entendimento diverso contrariaria o imperativo de justiça na solução dos conflitos de interesse.

A autorização para a atuação “criativa” do juiz, quando inexistente norma positiva adequada à solução do caso concreto, está prevista, genericamente, no artigo 126 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: *O juiz não se exime de sentenciar ao despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*⁶⁸⁷ Admitido como princípio geral do direito aquele aos quais uma pluralidade de normas dispersas em diferentes textos legais ou de normas pertencentes a distintos ramos de direito pode ser reconduzida, ou ainda cuja adoção infere-se das soluções estabelecidas por lei,⁶⁸⁸ é possível reconhecer tal *status* à equidade⁶⁸⁹ e, por conseguinte, a existência de autorização legal para ela exercer a função integrativa.

Inobstante, como bem destacado por João Baptista Machado, a lei voluntariamente

incontroverso; (...). O artigo 127 do CPC elenca a equidade como fonte mediata de direito, na medida em que lhe atribui relevância jurídica somente quando a lei a ela remete expressamente.

⁶⁸⁵ Não se perca de vista que a função típica do direito é “por ordem” e “por em ordem”. *E a ordenação se faz, primordialmente, por meio de textos normativos que, lidos em consonância ao sistema e à experiência, resultam em normas jurídicas* (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2006, p. 33).

⁶⁸⁶ Esclarece a autora que, *ao ser prevista pelo direito positivo, de modo explícito ou implícito, seria equivocado sustentar que a equidade está “fora” do ordenamento ou a ele se opõe ou contrapõe. O que ocorre é que a equidade permite ao julgador afastar-se das amarras técnico-sistemáticas, de modo a direcioná-lo ao encontro de uma solução não previamente emoldurada e estabelecida pelas normas estatais* (MARTINS-COSTA. Judith. *A dupla face...*, p. 65).

⁶⁸⁷ Diante de uma lacuna legal, o juiz está autorizado a criar a norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador.

⁶⁸⁸ MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 164.

⁶⁸⁹ A aplicação da equidade é admitida no âmbito da responsabilidade civil (BRASIL, STF, 2ª Turma, RE 447584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/11/2006, DJ 16/03/2007, p. 43), da seguridade social (BRASIL, STF, Pleno, ADI 3128/DF, Rel. Min. Elie Gracie, Rel. p/ac. Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18/02/2005, p. 4), do direito contratual (BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 140437/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/06/1994, DJ 03/02/1995, p. 1024), o que denota o seu caráter geral (ou interdisciplinar).

posta não tem legitimidade para excluir a legitimidade de certas normas, inclusive as oriundas de fontes não enumeradas, porque o legislador é limitado por princípios fundamentais de direito que estão fora do seu alcance. Certos princípios - como postulações decorrentes da própria concepção de direito - orientam todo e qualquer ordenamento jurídico que pretenda ser coerente com a sua pretensão de legitimidade e validade, transcendendo às decisões positivadoras do legislador.⁶⁹⁰

Ao Estado incumbe tutelar a autonomia privada, assegurando indistintamente a todos tratamento jurídico isonômico, fundado no equilíbrio do binômio liberdade-igualdade em seus aspectos individual e coletivo, dentro da idéia de dignidade social.⁶⁹¹ Não se tratando de poder irrestrito, desde que ao juiz não é dado modificar a substância das relações privadas, o ordenamento jurídico estabelece limites a essa ingerência estatal, tanto na formação como no desenvolvimento das relações contratuais, os quais se refletem no modo pelo qual se opera a (re)composição do regramento negocial.

Por representar uma interferência no domínio privado, a atuação do juiz no campo das relações contratuais só é eficaz se, além da legitimação na ocupação do cargo exercido (critério da autoridade), houver a justificação formal e material das decisões por ele proferidas.⁶⁹² Logo, não basta vincular a atividade judicial no momento decisório à observância a certos cânones hermenêuticos, que lhe confirmam objetividade. A reconstrução do regramento contratual deve pautar-se pelo respeito a certos parâmetros processuais e substanciais.

A definição de referenciais balizadores dos processos revisional e resolutório dos contratos é motivada pela inoperatividade da vontade das partes na conformação do pacto às exigências sociais e pela complexidade do papel do Estado, que deve criar condições materiais adequadas para o exercício da liberdade-autonomia reconhecida aos indivíduos.⁶⁹³

⁶⁹⁰ Esses princípios fundamentais vinculam o legislador, assim como a gramática vincula o uso da linguagem: *pois aquele legislador, colocando as suas decisões normativas sob o signo da justiça na medida em que pretende que elas sejam justas e válidas por fundadas em princípios regulativos superiores e não apenas numa sua decisão arbitrária e contingente, se tem de submeter à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama.* Para exemplificar, cita como princípios fundamentais no Estado moderno o princípio democrático, que atribui o poder constituinte ao povo, e a dignidade humana como limite à competência das maiorias (MACHADO, *Introdução ao Direito...*, p. 163-164).

⁶⁹¹ No direito contratual contemporâneo, os princípios da autodeterminação e da autovinculação são complementados pela justiça da equivalência objetiva e da proporcionalidade (LARENZ, *Derecho justo...*, p. 89).

⁶⁹² A exigência de justificação formal e material da decisão é oponível não só ao juiz como a todo aquele que tem capacidade para criar normas jurídicas que obrigam os demais. Sobre o tema, ver: VIGO, *Interpretação jurídica*, p. 279.

⁶⁹³ Nenhuma relevância terá a liberdade-autonomia - que impõe ao Estado o dever de abstenção no âmbito de atuação dos indivíduos - se não existirem condições materiais adequadas que satisfaçam as suas necessidades vitais. Cabe ao ente estatal promover tais condições, realizando a justiça social, sem, contudo, intervir naquelas

3.2 Limites derivados de outros institutos jurídicos

Para a adequada compreensão das funções atribuídas à equidade, é preciso discerni-la de outros institutos jurídicos aplicáveis no âmbito do direito contratual, que, por não serem sobrepostos a ela, servem como limites para sua atuação concreta.

Toda e qualquer experiência jurídica compõe-se de elementos - factuais, axiológicos e normativos - que se interrelacionam, de modo tensional e não-linear. No âmbito da autonomia privada, essa interação impõe, para a solução dos conflitos resultantes das vicissitudes que afetam os interesses envolvidos na relação jurídica,⁶⁹⁴ a ponderação dos princípios⁶⁹⁵

áreas diretamente relacionadas à ação privada. *Sob a égide do Estado Social - e precisamente em função de suas novas finalidades - surgem as liberdades positivas e concretas, as quais, projetadas no domínio jurídico, exteriorizam-se nos direitos econômicos e sociais, que constituem realidade importante que emerge do processo de transformação do próprio Estado. O estágio de evolução em que se encontra o Estado contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de transformação. O Estado não pode ser visto como um aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante. A modernização do Estado reflete, na realidade, das novas tendências que exigem a sua constante atualização* (trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADIn nº 319-4, citado na nota n. 12 *supra*)

⁶⁹⁴ O tema relativo à ação intervencionista do Estado no campo do direito privado tem imbricações multidisciplinares. A análise do poder normativo dos particulares envolve o enfrentamento da questão dos limites constitucionais à atuação estatal e das exigências hermenêuticas impostas pelo direito econômico, assim entendido como o conjunto de normas de conteúdo econômico, cujo objeto é regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as com a ideologia consagrada na ordem jurídica (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3). A consideração de aspectos econômicos na definição da esfera de atuação dos sujeitos econômicos e do Estado, regulador de políticas econômicas, é inevitável. Como bem salienta Eros Roberto Grau, pensar direito econômico significa pensar o direito como um nível do todo social, optar por um modelo de interpretação essencialmente teleológico e funcional, que inspira toda a interpretação jurídica, e concebê-lo como um novo método de análise substancial e crítica (sincretismo metodológico), sob a perspectiva de sua utilidade funcional (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 167).

⁶⁹⁵ As normas jurídicas - como enunciados deônticos gerais (destinados a um conjunto indeterminado de pessoas) e abstratos (dizem respeito a um conjunto indeterminado de situações) - constituem o gênero, do qual são espécies as regras (normas imediatamente descritivas das condutas a serem observadas pelos destinatários (modelos permissivo, obrigatório ou proibitivo)) e os princípios (normas imediatamente finalísticas, que indicam um estado ideal de coisas a ser atingido, mediante a adoção de comportamentos que contribuam para a promoção gradual desse fim). Se fosse constituído exclusivamente por regras (com exclusão de princípios), o ordenamento jurídico teria uma limitada racionalidade prática, pois exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e plena, que estabelecesse, em termos definitivos, as premissas e os resultados de suas normas. Embora pudesse configurar um sistema seguro, não existiria espaço para a complementação e o desenvolvimento de suas prescrições (ausência de mobilidade), porque nele não haveria o conflito, as concordâncias ou o balanceamento de valores de interesses de uma sociedade pluralista e aberta. Já o modelo baseado exclusivamente em princípios caracterizaria um sistema inseguro e tendencialmente incapaz de reduzir a própria complexidade. Como tal careceria da existência de normas precisas e dependeria sempre do possível fático e jurídico. Com efeito, o ordenamento jurídico deve combinar regras e princípios (estes com funções normogênica e sistêmica idôneas, que lhes permitam ligar objetivamente todo o sistema, conferindo-lhe unidade), cuja operatividade depende de procedimentos adequados. No âmbito do direito constitucional, adverte Canotilho: (...) *pretende-se construir o direito constitucional com base numa perspectiva "principlista" (baseada em princípios), perspectiva esta inspirada em Dworkin e Alexy, mas com aberturas para as concepções sistêmicas e estruturantes (sentido de Luhmann e de Müller). Desta forma, fazemos também sugestões para uma visão estruturante do direito constitucional com suficientes suportes em esquemas funcionais e institucionais (W. Krawietz) (CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1127-1128)*. Seguindo as tendências mais modernas do constitucionalismo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 põe em relevo os direitos fundamentais da pessoa

imanescentes à atividade negocial, com a inferência de um conteúdo significativo para as garantias constitucionais, que supera a concepção tradicional de oposição estática entre o poder jurígeno dos particulares e a intervenção estatal.

Dentre os princípios que possuem valor integrativo na disciplina contratual, destaca-se a liberdade de contratar, prevista genericamente nos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos XIII e XVII, e 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único, entre outros, da Constituição da República Federativa do Brasil,⁶⁹⁶ e especificamente no artigo 421 do Código Civil Brasileiro.⁶⁹⁷

No plano constitucional, o exercício dessa liberdade está condicionado por uma série de fundamentos e objetivos, que, em sentido oposto ao reducionismo sociológico e ontológico da pessoa humana (em sujeito abstratamente igual aos demais), conferem-lhe uma significação pressuposta e contextualizada própria: *todo indivíduo é social e que o telos da individuação só pode ser alcançado socialmente.*^{698 699} Dado o seu caráter instrumental, a liberdade de contratar existe para um fim que a polariza e a conforma. E esse fim não se restringe à concretização da livre iniciativa econômica em si, mas sim de todos os princípios estruturantes dos artigos 1º e 170, dos objetivos traçados nos artigos 3º e dos direitos e garantias fundamentais, asseguradas nos artigos 5º, 6º e 7º, entre outros, da Constituição da República Federativa do Brasil. Os ditames da justiça social (fins) condicionam o exercício

humana, garantindo, em sua essência, a dignidade e a igualdade. Sem limitar-se a regular a organização do Estado, contempla disposições sobre direitos da personalidade, da propriedade e da família, cumprindo, destarte, o papel unificador do ordenamento jurídico em seus aspectos civilísticos e publicísticos. Nesse contexto, o Código Civil perde a sua tradicional centralidade, exercendo, os direitos fundamentais, influência decisiva no direito privado (CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 371). No plano infraconstitucional, os princípios positivados no Código Civil passaram a compor, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das normas contratuais (MARTINS-COSTA, *Reflexão...*, p. 42).

⁶⁹⁶ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; (...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é **livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...) XVII - é plena a **liberdade de associação** para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...) Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: (...) IV - **livre concorrência**; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (grifei).

⁶⁹⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁶⁹⁸ MARTINS-COSTA, *Reflexões...*, p. 46.

⁶⁹⁹ Essa visão contrapõe-se à realidade vigente no período em que há o predomínio da concepção (autônoma) da investigação sobre o direito privado como uma investigação sobre a melhor forma de assegurar a autonomia individual, inexistindo alternativa teórica à autonomia da vontade como princípio fundante daquele ramo do direito (MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101, mar. 2002).

dessa liberdade-meio, que é delimitada pela valorização da dignidade da pessoa humana.⁷⁰⁰

Elevado à condição de um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal - valor social da livre iniciativa), o valor social dessa liberdade permite a integração do ajuste, coibindo a concepção do contrato como algo que só interessa às partes contratantes. De seu enunciado extrai-se a idéia de uma finalidade a ser perseguida (função) em prol da coletividade (social). Logo, não se volta ao relacionamento entre as partes diretamente envolvidas, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros.⁷⁰¹

No plano infraconstitucional, a liberdade de contratar apresenta-se como uma liberdade situada, *que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis.*⁷⁰² Atrelada às noções de autonomia privada solidária⁷⁰³ e de responsabilidade,⁷⁰⁴ a sua

⁷⁰⁰ No conceito de dignidade da pessoa humana, insere-se o livre desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que a liberdade de iniciativa econômica privada sujeita-se aos ditames da lei e aos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo, sendo legítima somente quando reverte no interesse da justiça social, e não quando atende exclusivamente ao objetivo de lucro e a realização pessoal do empresário (BRASIL, STF, Plenário, ADI nº 319-DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 149/666-676). Alguns pontos que identificam a ordem jurídica econômica e social são, exemplificativamente, *a cidadania, a dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa; as diretrizes da liberdade social, justiça; existência digna, solidariedade; desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação; as garantias à pequena propriedade rural, à defesa do consumidor e à liberdade de concorrência, bem como a garantia da responsabilização por danos causados à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; pelos direitos à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros* (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 48 e notas 36 e 37).

⁷⁰¹ THEODORO JÚNIOR, *O contrato...*, p. 12-13.

⁷⁰² A liberdade, que não é consentida nem exercida no vazio, só adquire significado no contexto em que é exercida. A recusa à concepção de liberdade como objeto de um consentimento heterônomo não se confunde com a sua extensão à autonomia privada, porque, *ao diferenciar-se a liberdade (conceito político e filosófico) da autonomia privada (conceito técnico-jurídico) percebe-se que esta corresponde a um espaço de liberdade jurídica e, portanto, atribuída, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.* Em uma perspectiva formal, ela corresponde à incapacidade de o direito prever todos os efeitos concretos, e, do ponto de vista material, traduz-se em liberdades econômicas, como a de trabalho e a de empresa. Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO. O tratado de direito civil português. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. 1, p. 217-219, *apud* MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 60 (nota 15).

⁷⁰³ A noção de “autonomia privada solidária” resulta da conjugação as idéias de liberdade de contratar e função social do contrato, aliadas à expansão das imputações de responsabilidade. A função social prevista no art. 421, do Código Civil brasileiro, apresenta-se em *dois distintos níveis de compreensão semântica, quais sejam o que situa a função social como limite ao exercício da liberdade de contratar (3) e como razão de ser do exercício dessa mesma liberdade (4)* (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 47).

⁷⁰⁴ Na estrutura do Código Civil Brasileiro em vigor, observa-se uma expansão do conceito de responsabilidade, retratada na autonomia conferida à sua disciplina. Ao contrário do Código de 1916, a novel legislação codificada não mais a trata como mera consequência da inexecução de obrigações, mas uma das espécies de obrigação. *Além do mais, concorrem com o antigo modelo da imputação subjetiva, ou baseada na culpa, (art. 927, caput, c/c o art. 186) outros diversos modelos de imputação. Exemplificativamente, a responsabilidade pelos danos causados em virtude do exercício inadmissível de uma posição jurídica (art. 927, caput, c/c o art. 187, que versa hipótese de ilicitude objetiva); a derivada da quebra de dever de segurança (art. 931); prevê-se a responsabilidade pela confiança, como modalidade da Teoria da Aparência (arts. 861-862), e cria-se, no parágrafo único do art. 927, verdadeira cláusula geral de responsabilidade derivada de estruturas sociais causadoras de risco* (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 46).

disciplina jurídica é pautada por uma racionalidade complexa e substantiva,⁷⁰⁵ que, distanciando-se do modelo atomista, voluntarista e ideal de sujeitos iguais, valora a inserção da atividade negocial em um contexto social amplo e a diversidade real e concreta dos sujeitos atuantes (e respectivos papéis sociais).

A liberdade de contratar é exercida no seio de uma comunidade, histórica e socialmente situada, a qual produz, de modo permanentemente criativo, significados oriundos da prática intercomunicativa, que traduzem os valores ali predominantes. No campo do Direito Privado, a composição desses significados ditos “sociais” sofre a influência de dois paradigmas fundamentais - a tutela e a eficiência -, que constituem modelos condicionantes das normas jurídicas. Em um primeiro momento, o problema distributivo, apesar de conhecido, não é considerado na concepção dos institutos jurídicos, tanto que o contrato protege quem já é contratante, e os princípios e as normas referem-se às obrigações das partes, aos modos de extinção e à responsabilidade por descumprimento.⁷⁰⁶ Com a descentralização de atividades e a difusão do poder, nasce a noção de funcionalização do contrato, pela atribuição de uma série de características formais, para alcançar-se finalidades que teriam sido atribuídas aos particulares pelo legislador.

E é nesse ambiente que a função social do contrato - como competência dirigida a uma finalidade - deve ser compreendida e modelada, mediante a valoração dos significados construídos pela comunidade que se refletem no conteúdo do avençado pelos contratantes.⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ A racionalidade que informa a ordem jurídica não é mais a técnica ou instrumental, e sim própria das sociedades complexas, assimétricas, massificadas e impessoalizadas (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 47).

⁷⁰⁶ LORENZETTI, *Fundamentos...*, p. 311.

⁷⁰⁷ A função social do contrato, aqui considerada, não se confunde com as noções de “função econômica” ou “causa-função”, da doutrina de Emilio Betti, porquanto concebidas em um plano abstrato (a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo “tipo”). Para o propósito deste trabalho, interessa-nos a idéia de “causa concreta” (elemento lógico estrutural do contrato). (...) *a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual. É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo).* A função econômico-social também atua no campo dos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos contratos vinculados por conexão finalista (p.ex. grupos de contratos, contratos combinados e redes de contratos), auxiliando na qualificação dos negócios jurídicos complexos, sobretudo na identificação de sua unidade finalista (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 51). O conceito de “causa” do negócio jurídico é, contudo, controvertido na doutrina. Os adeptos de uma concepção autônoma do direito privado sustentam que a causa corresponde aos motivos que determinaram a celebração do negócio jurídico. Emilio Betti vincula-a à função econômica social do negócio jurídico, atribuindo-lhe uma noção funcionalista. Pontes de Miranda afirma que “causa” não equivale ao motivo, nem à função econômica ou tipo contratual, e atentar contra ela é atentar contra a natureza das coisas. E identifica três espécies distintas: a) a causa *credendi* (ou *constituendi*) refere-se a todos os negócios que estabelecem uma relação obrigacional comutativa (p.ex. compra e venda, troca, etc.); b) causa *donandi* diz com os negócios jurídicos que se fundam na vontade de promover uma liberalidade, não pressupondo qualquer forma de comutação (p.ex. doação), e c) causa *solventi* corresponde aos negócios jurídicos celebrados como forma de adimplemento de uma obrigação anteriormente assumida. Os critérios utilizados para a distinção são: a comutatividade (causa *credendi*), o respeito à vontade de um sujeito (causa *donandi*) e a

O objetivo constitucional de construir uma sociedade solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição) remete à doutrina solidarista preconizada por Émile Durheim, segundo a qual, nas sociedades mais complexas, com a divisão de trabalho mais intensa, a solidariedade é orgânica (e não mecânica) e implica a cooperação entre os seus membros. No âmbito do direito contratual, essa cooperação deve se dar não só entre os contratantes como também em relação a terceiros, porque, embora as obrigações contratuais possam ser contraídas e extintas com o simples acordo de vontades, esse poder de vincular-se e desvincular-se é conferido pela sociedade.⁷⁰⁸

Ao estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social,⁷⁰⁹ o artigo 421, do Código Civil brasileiro, consagra a idéia de que, além de atuar como limite externo, delineando o espaço de eficácia dessa liberdade (direito subjetivo⁷¹⁰) e impondo

adequação em relação ao que foi anteriormente estabelecido (causa *solvendi*) (MICHELON, Um ensaio sobre a autoridade da razão..., p. 108).

⁷⁰⁸ Sobre o tema, consultar: SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social, In: SARLET, Ingo (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

⁷⁰⁹ A inserção da idéia de função social na relação jurídico-contratual não implica a adoção irrestrita da concepção que reduz as instituições de direito privado a “meros” instrumentos para a persecução de objetivos socialmente desejados, definidos independentemente delas (o funcionalismo). Embora o funcionalismo tenha surgido historicamente em oposição ao paradigma da autonomia da vontade, alguns argumentos a favor deste são justificados com base em argumentos daquele, o que demonstra não serem tais concepções doutrinárias excludentes. Na realidade, a *oposição entre as duas concepções de direito privado pode ser vista como uma instanciação dentro do direito privado do debate entre utilitaristas e liberais, ou seja, entre a busca da maximização da utilidade social e a garantia da autodeterminação do ser humano*. Ademais, *existem diferentes formas de conceber a relação entre dois indivíduos, e a concepção da relação entre dois indivíduos enquanto membros de um grupo social que persegue objetivos gerais é apenas uma das formas de conceber relações interindividuais* (MICHELON, Um ensaio sobre a autoridade da razão..., p. 102-103 e 105-106).

⁷¹⁰ A dogmática do direito subjetivo é inaugurada por Savigny, que concebe o poder da vontade como expressão da liberdade humana. Para ele, todo o sistema de direito civil assenta-se na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de institutos jurídicos: *a liberdade humana expressava-se pela vontade; a vontade jurisdicizada expressava-se em “manifestações de vontade”*; *duas manifestações concordes entre si geravam um contrato*. A partir do início do século XX, a doutrina civilista inclina-se em direção à funcionalização do direito subjetivo, formulando teorias negativas que adotam outras figuras. *Entre as mais relevantes estão as de Léon Duguit que, fundado na pretensão cientificista da imparcialidade, quis afastar todo o traço de subjetividade, substituindo a idéia de direito subjetivo pela da existência de posições vantajosas para certas pessoas porque garantidas pelo poder estatal, na medida em que desempenham funções dignas dessa garantia; e de Otto von Gierke, sustentando a existência de “limites imanentes” aos direitos, decorrentes da impossibilidade da existência de direitos sem deveres. Desde então, toda a teoria do direito subjetivo está polarizada entre duas teses: a dos limites externos ao direito e a dos limites internos*. Para a teoria interna, os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica, de molde que o âmbito de sua proteção coincide com o âmbito de garantia desses direitos. Para a teoria externa, os direitos e as restrições figuram em dimensões distintas, constituindo estas em desvantagens impostas externamente àqueles; conseqüentemente, o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a sua garantia efetiva (porque qualquer limitação pressupõe a intervenção de uma norma na sua atuação, que se dá em contínua e ilimitada expansão). Cabe à lei estabelecer o ponto em que as diversas liberdades encontram-se, sem afrontar-se, mantendo intacta sua natureza, uma vez que o limite é estabelecido pela resistência oposta pelo outro. Nessa concepção, *os limites externos têm apenas uma dimensão negativa, expressa, privilegiadamente, pela idéia de “abuso da liberdade contratual”*. *O abuso é o “uso excessivo”, a carecer de externa - e eterna - repressão. Por isso mesmo a livre iniciativa, a propriedade e o contrato, dotados ontológica e tecnicamente de uma potencial “absolutividade”, só encontrariam limitações perante a lei imperativa ou norma de ordem pública* (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 47-48).

deveres negativos, independentemente de expressa cominação legal,⁷¹¹ ⁷¹² esta integra, constitutivamente, o modo do exercício daquela, figurando como a própria razão de ser da contratação (limites internos).⁷¹³

Na perspectiva dos limites internos oponíveis à autonomia privada, a relação jurídico-contratual pode ser concebida em uma dimensão intersubjetiva - que diz respeito à interação entre as partes em si - e outra transubjetiva - que se refere à repercussão dos direitos e das obrigações assumidas pelas partes na esfera jurídica de terceiros, determinados ou indeterminados. A eficácia intersubjetiva envolve a possibilidade de imposição de deveres positivos aos contratantes, que são inerentes ao próprio direito subjetivo de contratar, pois é da essência do contrato a vocação para promover os interesses justificados de ambos os contratantes.⁷¹⁴ Idêntica proteção jurídica merecem as suas expectativas legítimas, aferíveis das circunstâncias negociais (boa-fé). Em sendo assim, devem ser censuradas as condutas que revelam uma supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra e os casos de desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio.⁷¹⁵ A eficácia transubjetiva implica

⁷¹¹ O artigo 421, do Código Civil brasileiro, prevê a função social do contratual como norma de caráter geral, superando o esquema “regra-exceção” até então vigente. Como princípio geral não mais dirigido a certos sujeitos jurídicos, identificados por um *status* ou vinculação a um grupo, ele abrange uma variedade de casos particulares (p.ex. os que envolvem condutas que expressam a supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra ou o desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio) (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 48).

⁷¹² A existência de um limite externo, inspirado por preocupações solidaristas, constitui, no início do século XX, a base do socialismo jurídico e, após, do dirigismo contratual, a partir da idéia de oposição entre função social e liberdade contratual (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 48).

⁷¹³ O princípio da função social do contrato não atua somente como limite externo negativo, ao lado das normas estatuídas nos artigos 187 (consagradora da ilicitude de meios), 422 (integração segundo a boa-fé) e 423 (interpretação favorável ao aderente), do Código Civil brasileiro, ou em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra. Ele constitui a própria razão de ser da contratação (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 48). Registre-se, aqui, a posição adotada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka no sentido de que a funcionalidade social opera no âmago do conteúdo contratual - e não no domínio da liberdade de contratar, em que prevalece a autonomia privada -, restringindo a ingerência da vontade dos contratantes em searas de salvaguarda social. A liberdade de realizar ou não contratos, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade, é naturalmente ilimitada (HIRONAKA, Contrato..., p. 128-129).

⁷¹⁴ A imposição de certas cláusulas aos contratantes, por normas de ordem pública, consubstancia o verdadeiro papel limitador da função social do contrato. Em que pese o legislador tenha prescrito que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social, o artigo 421 do Código Civil brasileiro contempla a *função limitadora* [da função social] à *fixação absolutamente livre do conteúdo contratual, mas não é fundamento para justificar ou sustentar a restrição imposta em certos casos* (HIRONAKA, Contrato..., p. 130-131).

⁷¹⁵ Judith Martins-Costa ilustra a eficácia intersubjetiva da relação contratual, citando três grupos de casos: 1) os contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção, que têm uma interface direta com o princípio da função social da empresa e o princípio da função social da propriedade, em cujos campos predominam os valores e interesses comunitários sobre os individuais; 2) os contratos que viabilizam prestações essenciais, tendo em vista que quanto *mais essencial for, para as partes, o bem da vida subjacente ao objeto contratual (como no seguro de vida, no seguro-saúde, no fornecimento de água e energia elétrica, nos transportes etc.), maior deverá ser a intervenção estatal (concretizando o princípio da função social), na sua tríplice esfera, para tutelar o bem contratado*, e 3) os contratos ditos “comunitários” contratos (tais como os de seguro, consórcio, fornecimento de serviços de energia elétrica, entre outros), nos quais *subjaz na sua própria racionalidade econômico-social a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de “individualidades”, mas interesses supra-individuais ou coletivos* (MARTINS-COSTA, Reflexões..., p. 49).

a compreensão não isolada ou individualizada dos direitos subjetivos de cada contratante, tendo em vista a existência de interesses comuns a todos os membros da comunidade (p.ex. nos contratos de fornecimento de energia elétrica, não há como cogitar da conformação de conteúdos diferentes para cada um ou da diversidade da proporção das contribuições a cargo de cada contratante, sob pena de comprometimento da sua própria causa ou função econômico-social).

A percepção de que as relações obrigacionais não podem ser pensadas exclusivamente na perspectiva individual dos contratantes - sobretudo em uma sociedade impessoal, em que as ações pessoais geram expectativas, inclusive para terceiros com os quais a estrutura contratual entra em contato - confere relevância jurídica à sua projeção para além do vínculo bilateral, que une indivíduos com interesses contrapostos. Como um fato social (objetivação do princípio da relatividade), o contrato pode projetar-se, em graus variados, na esfera jurídica de terceiros,⁷¹⁶ inclusive impedindo-os de prejudicar ilicitamente não só a coletividade como os contratantes (quando houver a intenção de interferir, ou a consciência de estar interferindo). Essa configuração ampliada da liberdade pessoal deve ser considerada em todo e qualquer conflito de interesses que se pretenda resolver na via judicial. A necessidade de harmonização entre os interesses individuais e sociais é constitutiva ao próprio direito.^{717 718}

⁷¹⁶ A partir da idéia de fenômeno da transindividualidade, Judith Martins-Costa exemplifica a eficácia transubjetiva da relação contratual, mencionando três grupos de situações: 1) a tutela externa do crédito, que envolve como problema central a possibilidade de um terceiro ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito ou interferir no contrato, a partir da distinção entre a força obrigatória (relatividade) para as partes e a oponibilidade na relação com terceiros (embora não obrigue terceiros, o contrato - como fato social - pode criar situações jurídicas que os prejudicam ou favoreçam, de molde que *as partes podem opor seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes*); 2) a interdependência funcional entre vários contratos (*a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade*), e 3) a projeção de efeitos (positivos ou negativos) sobre terceiros não determinados ou a bens fundamentais da comunidade (p.ex., por força do disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, a liberdade contratual deve ser exercida de forma “não-lesiva”, preventiva e promocional do meio ambiente) (MARTINS-COSTA, *Reflexões...*, p. 49). Dentro da lógica do dogma da vontade, aquele que não declarou a sua vontade não pode ser atingido pelos efeitos contratuais, porque não expressou a sua vontade de forma livre (relativismo contratual). Contudo, admitida a concepção de que o contrato é um elo da cadeia econômica que transcende os interesses exclusivos dos contratantes, é de se reconhecer que o terceiro deve colaborar ou, pelo menos, não criar óbices para o desenvolvimento do contrato.

⁷¹⁷ A realização dos direitos fundamentais, fundada na noção de dignidade humana, envolve aspectos individuais e coletivos, às vezes de difícil composição. O contrato de seguro é um exemplo típico de contrato de expressão eminentemente econômica, assentado no princípio da solidariedade entre os sujeitos que dele participam, cuja revisão - ainda que destinada à proteção específica de um consumidor isolado - pode repercutir negativamente para uma coletividade de consumidores (p.ex. a cobertura de eventos não previstos originalmente como sinistros provoca o aumento da sinistralidade, que poderá justificar o incremento global do prêmio da carteira).

⁷¹⁸ Nos séculos XVIII e XIX, a solução para os problemas decorrentes do convívio em uma sociedade pluralista está assentada na idéia de tolerância, porque a todos deve ser garantida, na maior medida possível, a faculdade de

Embora o Código Civil brasileiro não aponte uma função social específica a ser cumprida, nem os mecanismos para assegurá-la, reservando tal tarefa ao operador do direito, é inafastável a sua consideração *in concreto* na resolução dos litígios.⁷¹⁹ Um contrato que não contemple prestação e contraprestação justas e úteis tenderá ao não cumprimento das obrigações pactuadas, daí resultando uma quebra da finalidade da liberdade exercida, com repercussão social ampla.⁷²⁰

A imposição de limites à ação individual em face de direitos e interesses do outro contratante e de terceiros, bem como de deveres positivos e negativos, independentemente de previsão legal ou contratual, corresponde ao que a doutrina denomina “funcionalidade exógena” do princípio da função social, em contraposição à “normatividade endógena” dos princípios da boa-fé e da autonomia privada, com fundamento na concepção de que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum.

Nesse ponto, convergem a justiça geral/legal (função social) e a justiça corretiva/comutativa (equidade).

Na justiça comutativa, o “devido” a cada um - ou seja, aquilo que pode ser exigido - é mais rigoroso do que nas demais espécies (justiças distributiva e geral/legal), *porque se trata de assegurar à pessoa o respeito a um direito que já lhe é “próprio”, como a integridade física, sua dignidade, seus bens.*⁷²¹ A igualdade fundamental na relação jurídica entre particulares - finalidade dessa justiça - não é um dado subjetivo, porque fixado objetivamente de forma simples, absoluta ou real. Trata-se de uma equivalência entre duas grandezas, fundada na igualdade fundamental de todos os homens (art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição), sem consideração da condição das pessoas envolvidas.⁷²²

determinar o seu próprio destino. A vontade individual é praticamente a única fonte de deveres cogentes para o próprio indivíduo.

⁷¹⁹ Em uma economia de mercados, estruturada, fundamentalmente, com base em relações contratuais que viabilizam a circulação de riquezas (troca de bens e valores), o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas.

⁷²⁰ No mercado financeiro, é usual a ponderação pelas instituições bancária do fator risco de inadimplência na definição de taxas de juros e outros acréscimos, a partir de uma avaliação ampla e empírica do segmento considerado (ocorrências pretéritas).

⁷²¹ Na justiça distributiva, deve-se repartir entre particulares o que é comum, segundo a qualidade de cada indivíduo (o padrão de correção da distribuição é a posse de determinada característica pessoal (critério de proporção), que torna o indivíduo destinatário daquela (p.ex. renda, parentesco, *status*, conhecimento, necessidade) - procedimento de qualificação/diferenciação), e, na justiça social (geral ou legal), há deveres em relação ao bem comum (BARZOTTO, *Justiça social...*, p. 17-20). E, *como diz S. Tomás, dever a alguém um bem “comum”, é coisa diferente de lhe dever um bem que lhe é próprio. Quando se distribui entre os membros da comunidade um bem comum, cada um recebe de “certa forma” (aliquo modo), o que é seu. Na comutativa, como vimos, o devido à pessoa não é seu, apenas “de certa forma” mas em sentido direto e próprio* (MONTORO, *Introdução...*, p. 191).

⁷²² *Para saber o que em Direito deve ser tido por equivalente, precisamos de critérios de valoração: porém não pura e simplesmente de valoração geral, mas sim da valoração relevante para o campo jurídico. (...) a justiça*

Nas relações de troca, não existe razão para diferenciar as partes entre si, com base em suas qualidades pessoais, a fim de que seja determinado o bem que é devido ou o encargo que deve ser suportado por cada um. A igualdade estabelece-se entre bens e valores compartilhados na relação jurídica, e não entre as pessoas que a integram. A adequação do montante atribuído a cada um deve atentar-se à manutenção do sinalagma do próprio vínculo, sendo equivalente em todas as situações e equânime a todos que a ele se sujeitam (a causa do débito é a equivalência a ser mantida, a igualdade entre os valores intercambiados (prestação/contraprestação, dano/indenização) como resultado de uma troca voluntária (contrato) ou não (ilícito)).

A não consideração da condição particular dos envolvidos não significa que, no dimensionamento objetivo da igualdade, não sejam sopesadas, além dos critérios combinados de utilidade e trabalho, outras estimativas fundadas, inclusive, em valores éticos (p.ex. no contrato de trabalho, a circunstância de o serviço ser prestado em condições insalubres pode onerar o valor da remuneração a ser paga). O importante é definir, objetivamente (e não individual e casuisticamente), os fatores que devem ser considerados para a determinação da proporcionalidade entre os termos da relação jurídica.

A concepção de que a justiça comutativa é delineada por convenção ou acordo das partes, apesar de antiga,⁷²³ mostra-se equivocada, na medida em que as suas exigências são objetivas, fundam-se na igualdade fundamental de todos os homens e impõem deveres, independentemente da vontade individual.⁷²⁴ Nessa perspectiva, abrange tanto o respeito à personalidade do outro (dever negativo ou abstenção) como o cumprimento de obrigações positivas (ações concretas).⁷²⁵

O dever de não ofender a pessoa de outrem - que se impõe a todos e gera, no caso de violação, uma obrigação de restituição ou de reparação - estende-se a ela em si mesma, na sua dignidade moral e integridade física, e em sua projeção social, no seu trabalho, nas obras materiais e intelectuais que realiza e nos bens adquiridos legitimamente. Já o adimplemento

[embora também seja um valor] *existe para que a realização dos valores sociais que caem dentro do âmbito do jurídico guarde a proporção harmônica [objetiva] que requer a estrutura hierárquica dos valores* (MONTORO, *Introdução...*, p. 204).

⁷²³ A tese é defendida pelos sofistas gregos Trasímaco, Glauco e Adimanto, no diálogo com Sócrates na *República* de Platão; Filo sustenta a mesma opinião na *República* de Cícero. Sob nova roupagem, a idéia é retomada no direito moderno, pelas doutrinas contratualistas e da autonomia da vontade (Rousseau e Kant), inspirando o individualismo e o liberalismo jurídico do século passado (MONTORO, *Introdução...*, p. 201).

⁷²⁴ *Acima da vontade das partes, há uma equivalência real, que deve ser respeitada. Na compra e venda, por exemplo, o “preço justo” não se confunde com o “preço convencional”, que, muitas vezes, pode decorrer do maior poder, habilidade ou força de uma das partes* (MONTORO, *Introdução...*, p. 202).

⁷²⁵ No campo de aplicação da justiça comutativa, Aristóteles distingue as comutações voluntárias (contratuais) e as involuntárias (não contratuais) (*Ética a Nicômaco*, Livro V, Capítulo VII).

de uma obrigação pode consistir na prestação de um serviço, na entrega de uma mercadoria ou no pagamento de determinada importância, com origem em um contrato,⁷²⁶ uma declaração unilateral de vontade,⁷²⁷ um ato,⁷²⁸ uma imposição legal⁷²⁹ ou uma exigência da natureza ou de cunho moral.⁷³⁰ Em todos esses casos, os sujeitos ativo e passivo são pessoas determinadas ou determináveis.

A justiça corretiva/comutativa isoladamente não assegura a justiça na coletividade,⁷³¹ uma vez que depende, para sua concretização, do seu direcionamento ao bem comum.^{732 733} Nessa perspectiva, a função social, como expressão da justiça geral/legal, constitui uma limitação à aplicação da equidade, que, no âmbito do direito contratual, opera no espaço reservado à justiça comutativa. À semelhança da lei,⁷³⁴ todo contrato contém uma finalidade

⁷²⁶ As obrigações contratuais encontram-se disciplinadas no Código Civil brasileiro, nos artigos 421 a 853 (compra e venda (arts. 481 a 532), troca (art. 533), doação (arts. 538 a 564), locação de coisas (arts. 565 a 578), comodato (arts. 579 a 585), mútuo (arts. 586 a 592), depósito (arts. 627 a 652), mandato (arts. 653 a 692), comissão (arts. 693 a 709), fiança (arts. 818 a 839), sociedade (arts. 981 a 1.195), hipoteca e penhor (arts. 1.419 a 1.505), entre outros), na Consolidação das Leis do Trabalho (contrato de trabalho – arts. 13 a 510), entre outros diplomas legais. Ressalve-se que os contratos de locação de imóveis são regulados por leis especiais (Lei nº 8.245, de 1991); os de edição e representação dramática foram revogados pela Lei nº 9.610, de 1998; a gestão de negócios (arts. 861 a 875) está disciplinada no Título VII, que trata dos atos unilaterais, e há ainda outras espécies referidas no Código Civil, tais como o contrato estimatório, o de prestação de serviços, o de agência, o de corretagem, o de transporte, o de seguro, o de constituição de renda, entre outros.

⁷²⁷ As obrigações derivadas de declarações unilaterais de vontade estão reguladas no Código Civil brasileiro (promessa de recompensa (arts. 854 a 860) e títulos ao portador (arts. 904 a 909)) e em leis esparsas.

⁷²⁸ No Código Civil brasileiro, as obrigações delituais estão previstas nos arts. 186, 927 e 942.

⁷²⁹ Um exemplo típico de obrigação legal é o de prestação de assistência entre parentes, regulado pelo art. 1.694.

⁷³⁰ Inserem-se nessa categoria as obrigações naturais, que, embora não impostas por lei, geram efeito jurídico, caso sejam cumpridas espontaneamente (art. 814 do Código Civil brasileiro).

⁷³¹ Vale aqui lembrar que a justiça é de natureza eminentemente social e manifesta-se onde encontram-se ações e exigências de mais de uma pessoa, com a função de marcar entre elas um limite e uma proporção harmônica (MONTORO, *Introdução...*, p.208).

⁷³² Ao tratar sobre o tema, o Prof.º Michelon refere-se à relação entre a justiça corretiva/comutativa e a justiça distributiva, ambas aplicáveis às relações privadas na concepção aristotélica. *Em sociedades onde a implementação de uma justiça distributiva simplesmente não ocorreu nem mesmo em um grau mínimo*, a função social do contrato, da empresa, da propriedade e a responsabilidade civil constituem instrumentos de uma justiça distributiva e limites da justiça comutativa (MICHELON, *Um ensaio sobre a autoridade da razão...*, p. 111).

⁷³³ Aqueles que afirmam que os interesses em jogo no contrato são de natureza eminentemente privada, pertencem ao campo econômico e não afetam o Estado em suas finanças ou economia olvidam que é função do Estado velar pelo bem comum, pela paz social, pela convivência harmônica entre os indivíduos (ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 65).

⁷³⁴ O direito consiste em atingir os fins sociais elencados na legislação (variáveis, portanto, no tempo e no espaço), de modo que a sua compreensão encontra-se nesses objetivos. Na filosofia social, o conceito de fim social equipara-se ao de bem comum (como resultado da harmonização (e não da justaposição mecânica) dos elementos liberdade, paz, justiça, segurança, utilidade social, solidariedade e cooperação). Todo fim corresponde a um propósito de produzir na realidade social determinados efeitos considerados valiosos, justos, convenientes e adequados à subsistência da sociedade. *Na sociedade, onde se busca o “fim social”, encontram-se normas e marcos de referencia pelos quais os indivíduos e os grupos sociais se caracterizam por desempenharem “papéis” sociais preferencialmente distintos. O fim social, sociologicamente, fim próximo, radicar-se-á no “papel social”, ordenado a um fim social, filosófico-social, fim mais distante, que é o bem comum. (...) O intérprete-aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá ser por ela regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; e b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins. Conseqüentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será*

social imediata, que o orienta no sentido da promoção da sociabilidade humana.⁷³⁵

Nas relações entre particulares, algumas considerações, por irrelevantes, são excluídas. *Os sujeitos privados são considerados como iguais em todos os aspectos que não dizem respeito à particular relação que se estabelece entre eles.* O fato de um possuir mais virtudes ou ter mais necessidades ou, ainda, realizar mais ou maiores obras ao longo de sua vida não tem qualquer significação para o desenvolvimento da relação jurídico-contratual estabelecida entre ambos,⁷³⁶ quando tais circunstâncias não integram a contratação em si. Contudo, se algum aspecto individual relevante é desconsiderado na definição do regramento contratual, a sua valoração impor-se-á no processo decisório destinado à composição de eventual litígio.

A par disso, o maior ou menor grau de proximidade ou distância entre os indivíduos é um dado que pode ter relevância jurídica, existindo - mesmo nos casos em que o contato social é mínimo (como a mera pertinência a um mesmo grupo social) - a obrigatoriedade de certas *standarts* gerais de conduta.⁷³⁷ O contrato, como fato social, é uma realidade que se insere em um contexto mais amplo, e, nesse sentido, qualquer modificação que se promova no seu conteúdo não pode afetar negativamente essa inserção.

A exigência de manutenção do equilíbrio contratual realça o papel do juiz na concretização da justiça, segundo os parâmetros gerais estabelecidos na lei - que protege *determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes*⁷³⁸ - e aqueles decorrentes da situação particular dos contratantes naquilo que destoar do padrão de justiça genericamente definido pelo legislador. A autonomia da vontade e a imperatividade das estipulações contratuais, como pautas gerais, são “postas de lado” em tais hipóteses, sem prejuízo de sua prevalência

adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação (DINIZ, Lei de Introdução..., p. 160-163).

⁷³⁵ Para José Reinaldo de Lima Lopes, a partir dos séculos XVIII e XIX, os juristas perdem de vista uma outra forma de justiça: a justiça da distribuição e da participação, aplicada na deliberação das coisas públicas. A tendência de decidir tudo com base em regras da justiça comutativa, mesmo quando a relação jurídica é regulada por regras de justiça distributiva (p.ex. o condomínio, a herança antes da partilha), gera irracionalidade e estimula o comportamento predatório, porque se apropria singularmente de algo que é coletivo (LOPES, Uma conversa sobre Filosofia do Direito..., p. 4-5).

⁷³⁶ *A igualdade é, portanto, função do fato de que a pergunta sobre quem eu sou em uma relação privada é respondida por referência à própria relação, e não por referência a qualquer aspecto de minha vida fora da relação. E o critério de justiça é aplicável ao tipo de sujeito que eu sou na relação privada* (MICHELON, Um ensaio sobre a autoridade da razão..., p. 106-107).

⁷³⁷ Ressalva, porém, o Prof.º Cláudio Michelon, que *o grau de contato social só pode ser considerado um dado juridicamente relevante se os critérios através dos quais nós julgamos a correção de uma conduta forem variáveis de acordo com o tipo de relação social entre as partes e isso é justamente o que está suposto no critério de comutatividade aristotélico-tomista* (MICHELON, Um ensaio sobre a autoridade da razão..., p. 107).

⁷³⁸ O espaço reservado para os particulares auto-regularem suas relações é reduzido por normas imperativas, perdendo a vontade a condição de elemento nuclear (MARQUES, *Contratos...*, p. 175-176).

nos contratos ditos “normais”.⁷³⁹

3.3 Limites derivados da exigência de fundamentação racional^{740 741}

A exigência de fundamentação racional no discurso jurídico conduz a uma reflexão sobre a argumentação jurídica em si,⁷⁴² na medida em que a articulação de fundamentos

⁷³⁹ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 51.

⁷⁴⁰ Uma das aspirações dos Iluministas é fornecer ao debate público critérios e métodos de justificação racional, pelos quais, destronando a autoridade e a tradição, pode-se julgar o que é justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo (...). Nessa linha, a justiça, a moral e a política extraem o seu fundamento em princípios irrecusáveis para todo Ser dotado de razão (FARAGO, *A justiça*, p. XIX). Entretanto, tal desiderato é inalcançável, seja em razão de particularidades socioculturais (pluralismo), seja pela força da tradição, que influencia a percepção do “justo” na coletividade.

⁷⁴¹ A teoria da argumentação visa a oferecer as bases teóricas para a construção e a estruturação do raciocínio jurídico. A explicitação inteligível da compreensão (argumentação) impescinde da interpretação, com a qual mantém relação de interdependência, uma vez que só é possível argumentar legitimamente se há a compreensão da alteridade da coisa e do outro. Como toda e qualquer teoria que pretenda solucionar problemas, a teoria da argumentação jurídica deve satisfazer a critérios de racionalidade, que, para alguns, resumem-se à coerência entre os seus postulados e, para outros, além disso, a capacidade de rejeitar com seus próprios termos teorias rivais. (...) *alguém pode falhar se propuser uma tese que já sucumbiu à refutação; ou pode ainda falhar se defender sua tese de tal modo que ela, e ele, só consigam escapar à refutação, fechando-se sobre si mesmos, presos num círculo estreito de consistência, do qual são excluídos todos os contra-exemplos e objeções possíveis, através de alguma definição inicial. Para evitar esse último risco, é necessário estruturar suas teses de modo que permaneçam tão abertas à refutação quanto a adequação da formulação o permite (...)* (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem?*..., p. 90-91). O primeiro critério de racionalidade - coerência entre os postulados -, no grau menos elevado de complexidade, consiste na ausência de contradição direta entre duas teses dentro de uma mesma teoria (ou seja, ausência de inconsistência), ou, ainda, na inexistência de um princípio explicativo para aquele aspecto da prática que seja compatível com as duas teses. Ressalva, porém, o Prof.º Cláudio Michelon, que há pelo menos uma situação limite para esse critério: *quando duas teorias rivais são internamente consistentes e coerentes, esse critério de racionalidade não oferece qualquer solução sobre qual das teorias rivais pode reclamar a autoridade da razão para si. Do ponto de vista lógico duas são as soluções possíveis em uma situação como essa: ou bem não existem critérios racionais para governar a escolha (que passa a ser arbitrária), ou bem existem critérios adicionais de racionalidade que não estão compreendidos no critério da não contradição* (MICHELON, Um ensaio sobre a autoridade da razão..., p. 109-110).

⁷⁴² As teorias da argumentação jurídica, independentemente do seu referencial teórico dominante (a retórica aristotélica e a tópica (Perelman) ou as regras argumentativo-discursivas inspiradas no universalismo kantiano ou na teoria do discurso de Habermas (Alexy)), revelam uma preocupação com a aplicação judicial ou administrativa do direito (prática) e a correção racional dos argumentos utilizados nos discursos de justificação das decisões jurídicas. Ocupam-se dos argumentos empregados no discurso jurídico (tanto dos que se inferem das fontes de direito e dos materiais positivamente estabelecidos pelo legislador ou por precedentes jurisprudenciais, como daqueles que se justificam com base no trabalho desenvolvido pela dogmática jurídica e pela teoria geral do direito), analisa o valor de cada um deles (com a pretensão de construir um parâmetro de comparação entre as diversas alternativas decisórias, de modo a facilitar a escolha racional por uma delas). Robert Alexy, por exemplo, vislumbra três dimensões para a ciência do direito: uma analítica (que investiga as estruturas do sistema jurídico e elabora conceitos jurídicos fundamentais), uma empírica (que se ocupa do conhecimento do direito positivamente válido e a utilização de certas premissas empíricas na argumentação jurídica) e uma normativa (que apresenta um caráter prescritivo) (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação jurídica*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 65 e 67). Em sua obra *As razões do Direito - Teorias da argumentação jurídica*, Manuel Atienza examina, sob três perspectivas distintas (objeto, método e função), as doutrinas de Viehweg, Perelman e Toulmin (os precursores das atuais teorias da argumentação jurídica), de um lado, e MacCormick e Alexy (os representantes da teoria padrão), de outro, todas desenvolvidas a partir da década de 50, após a percepção da insuficiência da lógica formal dedutiva. Segundo o

persuasivos na motivação do ato decisório requer habilidade e domínio de técnicas específicas.

A base da legitimidade da atuação do Poder Judiciário é a aplicação das normas do ordenamento jurídico, inclusive quando a controvérsia submetida à sua apreciação tem implicações políticas. O dever de motivar - ou justificar publicamente - a decisão judicial tem por finalidade torná-la socialmente aceitável - o que é relevante nas sociedades pluralistas que não vislumbram na tradição ou na autoridade fontes (autônomas) de legitimidade ou de consenso -, viabilizar o controle do seu conteúdo por outras instâncias judiciais e pela própria sociedade⁷⁴³ e permitir ao direito exercer a função de orientação da conduta humana.⁷⁴⁴ Nesse sentido, envolve uma atividade de justificação (um processo discursivo e racional) que consiste em dar razões a favor ou contra uma determinada tese que se está a sustentar ou rejeitar (ou seja, razões que dão suporte a uma conclusão),⁷⁴⁵ sem o uso da força ou da coação

autor, essas doutrinas são deficientes, porque não abordam aspectos relevantes do raciocínio jurídico, não oferecem um método adequado para a análise dos processos de argumentação jurídica e respectivos resultados e não são suficientemente críticas em relação ao direito positivo (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 211-212). A nova retórica de Perelman resgata a tradição retórica da Antiguidade grego-romana, incorporando as diversas elaborações intelectuais que, *desde o desmoronamento das visões míticas do mundo estabeleceram as coordenadas do pensamento racional - com a distinção entre aparência e realidade, o reconhecimento dos princípios da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, e a busca por submeter o fluxo das palavras a uma medida*. Com efeito, agrega elementos da tradição retórica grego-romana e estabelece procedimentos para a organização e dissociação de argumentos. Incorpora as idéias de lugar comum (topos), presença, hierarquia de valores e lugares do preferível, utilizando formas de ligação como: argumentos quase lógicos (incompatibilidade, identidade, definição, regra de justiça, transitividade, comparação), argumentos baseados na estrutura do real (ligações de sucessão e de coexistência), ligações que fundam a estrutura do real (modelo, analogia, ilustração e metáfora). Emprega a noção de auditório universal, articulando-a com o problema da diferença entre convencimento (o discurso argumentativo endereçado à idéia-limite de auditório universal, com base em teses consideradas verdadeiras por quem as alega) e persuasão (o discurso argumentativo referenciado a um auditório específico, envolvendo interesses nem sempre justificáveis) (MAIA, Argumentação e seus desenvolvimentos contemporâneos. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 62).

⁷⁴³ É indispensável, para o funcionamento regular da democracia no Estado de Direito e, especificamente, para o controle social da atuação do Poder Judiciário, a aceitação de duas premissas básicas, ou pressupostos para a viabilização da participação consciente de todos no processo de deliberação e diálogo no espaço público: todos os indivíduos são livres e iguais. Sobre o tema ver: RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26; AARNIO, Aulis. *Reason and authority*, 1997, p. 217 e ss.

⁷⁴⁴ ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 22.

⁷⁴⁵ Argumentar é oferecer ao interlocutor as razões que respaldam uma certa conclusão (razões geradoras de convicção), submetendo-as às críticas e promovendo o confronto de opiniões (processo autocorretivo ou de formação cooperativa). Os argumentos são tentativas de defesa de determinados pontos de vista com razões. Trata-se de uma atividade derivada da competência comunicativa racional do homem, cujos elementos fundamentais são: *uma linguagem, posto ser a argumentação uma prática lingüística que se realiza em um conjunto de enunciados; uma ou várias premissas funcionando como ponto de partida da argumentação; regras norteadoras dos passos aceitáveis para a passagem das premissas às conclusões*. A tomada de posição desprovida de argumento constitui mera opinião, um ato de autoridade que não justifica o que enuncia como verdade (MAIA, *Argumentação*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 60-61).

psicológica para a resolução dos conflitos.⁷⁴⁶

Por meio do uso da linguagem, assegura-se uma determinada qualidade a proposições ou enunciados (que, entrelaçados entre si, formam uma rede argumentativa idônea a conferir fidedignidade às conclusões), os quais, por serem fundamentados (ou seja, por não serem evitados de arbítrio ou dúvida), pretendem conquistar a aceitabilidade racional por parte dos destinatários do discurso jurídico (persuasão).

Ao contrário da lógica, a argumentação não produz uma conclusão necessária irrefutável, podendo ser ela aceita ou rejeitada pelo interlocutor. Com efeito, a sua solidez depende de sua capacidade de ser sustentada, de rechaçar objeções e contra-argumentos, de manter pertinência e suficiência em um dado contexto, de respeitar determinados *standarts* (por exemplo, não contradição e consistência na aplicação de seus termos e expressões).⁷⁴⁷ Em alguns casos, significa mais do que extrair, por meio de um raciocínio dedutivo,⁷⁴⁸ uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas.

A atividade argumentativa desenvolve-se nos campos da produção de normas jurídicas

⁷⁴⁶ O Judiciário, como estrutura hierarquizada e fechada, *orientada por uma lógica legal-racional e obrigada a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se uma instituição que tem de enfrentar o desafio alargar os limites de sua jurisdição, de modernizar estruturas organizacionais e de rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente*. No contexto da globalização econômica, o alcance da jurisdição estatal, organizada para atuar dentro de limites territoriais específicos e com centralidade, tende a reduzir-se *na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações e dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação*. Estruturada para operar sob a égide de códigos, com prazos e ritos incompatíveis com a multiplicidade das formas, ritmos e horizontes temporais (tempo real) da economia globalizada, ela ressent-se de meios materiais e condições técnicas para tornar possível a compreensão dos litígios inerentes a ambientes sócio-econômicos complexos e transnacionais. Do ponto de vista funcional, o monopólio da jurisdição, calcado em uma ordem jurídica pretensamente completa, lógica, coerente e imune a ambiguidades, lacunas ou antinomias, é confrontado por ordens normativas e práticas em expansão (pluralismo jurídico de natureza infra-estatal e supra-estatal) (FARIA, O Poder Judiciário..., p.68-69).

⁷⁴⁷ MAIA, Argumentação. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 61.

⁷⁴⁸ A lógica dedutiva fornece critérios de correção formais, mas não trata de questões materiais (ou de conteúdo) que são relevantes no contexto da justificação do discurso jurídico. Embora constitua um instrumento necessário em alguns casos, mostra-se insuficiente para o controle dos argumentos (e a aferição de sua correção) e, às vezes, também para estabelecer os requisitos para ser um bom argumento. A dificuldade em distinguir um argumento válido de uma falácia (argumento que parece válido, mas não é) decorre do fato de que existem não só falácias formais como também não formais (de concernência (a premissa não tem atinência lógica em relação à conclusão, sendo incapaz de estabelecer a sua verdade) e de ambigüidade (o raciocínio contém palavras ou frases ambíguas, cujos significados mudam sutilmente no curso dele)). Além disso, muitas vezes, os argumentos utilizados no direito partem de e chegam a normas, e em relação a elas não se pode falar em verdade ou falsidade (noções típicas da lógica formal). Para Kelsen, as regras da lógica são aplicáveis ao silogismo teórico, que se baseia em um ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (ou seja, aquele em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas). Outro limite relevante para a lógica deriva do seu caráter dedutivo, da necessidade de que haja a passagem das premissas à conclusão. Quando essa passagem é apenas provável ou plausível, estamos diante de argumentos indutivos (não no sentido do movimento do particular para o geral). Em que pese a verdade das premissas sugira a da conclusão, não há certeza absoluta quanto a isso. O estabelecimento da premissa menor do silogismo judicial (premissa fática) ou da premissa maior (premissa normativa) pode resultar de um raciocínio não dedutivo (p.ex. analogia) (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 28-29 e 34-37).

(tanto na fase pré-legislativa como na fase legislativa propriamente dita), de sua aplicação à solução de casos concretos (seja em relação aos fatos, seja no tocante ao direito) e da dogmática jurídica (cujas funções são: fornecer critérios (argumentos) para a produção normativa e a aplicação do direito, ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico).⁷⁴⁹ A descoberta e a enunciação do modo como se origina e se desenvolve o conhecimento científico⁷⁵⁰ - tarefa do sociólogo e do historiador da ciência - não se confunde com a justificação e a validação da teoria, procedimentos que pressupõem sua confrontação com os fatos, exigindo uma análise de tipo lógico (dentre outras) que se rege pelas regras do método científico. (...) *uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão.*⁷⁵¹

No âmbito da aplicação do direito, o órgão judicante deve justificar as suas decisões, e não explicá-las, indicando as causas que o levaram a emitir aquele juízo.⁷⁵²

⁷⁴⁹ Não há diferenças substanciais entre os processos de argumentação, que se destinam ao oferecimento de critérios (argumentos) para a facilitação da tomada de decisões, salvo no tocante a sua finalidade - os órgãos aplicadores têm que resolver casos concretos, e os dogmáticos ocupam-se de casos abstratos. Ambos, porém, precisam recorrer a critérios fornecidos por todos esses processos (ATIENZA, *As razões...*, p. 19).

⁷⁵⁰ O conhecimento científico repousa na demonstração, que, com base em raciocínios lógico-formais e na idéia de evidência, chega a conclusões necessárias e universais (diante das quais todo homem racional deve ceder). Já a argumentação utiliza-se de técnicas que visam a obter a adesão do interlocutor às teses que são apresentadas à sua apreciação, chegando a resultados mais ou menos fortes (MAIA, *Argumentação*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 63).

⁷⁵¹ As causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias ideológicas que levam um juiz a emitir uma determinada decisão constituem a razão explicativa; as razões expostas pelo juiz para demonstrar que a sua decisão é correta ou aceitável compreendem a razão justificadora. Via de regra, os órgãos jurisdicionais e administrativos não precisam explicar suas deliberações, e sim justificá-las (ATIENZA, *As razões...*, p. 20). O processo psicológico de construção das decisões judiciais e a sua justificação podem ser estudados separadamente. Essa distinção demarca os limites entre a hermenêutica jurídica (na visão de Gadamer, por exemplo, eis que se atém à estrutura da interpretação e à compreensão do jurista) e a teoria da argumentação (que se volta para a justificação das decisões) (MAIA, *Argumentação e seus desenvolvimentos contemporâneos*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 66).

⁷⁵² A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação permite o desenvolvimento de duas perspectivas de análise das argumentações: a que esboça diversos modelos explicativos do processo de tomada de decisão, mediante a utilização de argumentos, e a que estuda sob que condições de pode considerar justificado um argumento. Um dos modelos do primeiro grupo é o da informação integrada, elaborado por Martin F. Kaplan (1983), para quem *o processo de tomada de decisão por um juiz ou um jurado é resultado da combinação dos valores da informação com os da impressão inicial. O processo de decisão começa com a acumulação de unidades de prova ou informação; a isso se segue o processo de avaliação, em que a cada item informativo se atribui um valor numa escala específica para o julgamento que está se desenvolvendo; o terceiro passo consiste em atribuir um peso para cada informação; depois a informação avaliada e sopesada é integrada num julgamento singular, como por exemplo "probabilidade de culpabilidade"; e finalmente se leva em conta a impressão inicial, isto é, os preconceitos do juiz ou do jurado, que podem provir tanto de condições circunstanciais (por exemplo, seu estado de humor no momento do julgamento) quanto de condições ligadas à sua personalidade (por exemplo, preconceitos raciais ou religiosos). O modelo não pretende explicar apenas como se decide (e se argumenta) de fato, mas também sugere o que se poderia fazer para reduzir o peso dos preconceitos (dar um peso maior aos outros elementos) ou, então, sob que condições os julgamentos com jurados (o que implica também as argumentações dos jurados, que conduzem a uma determinada conclusão) poderiam ser tão confiáveis quanto os julgamentos com juízes profissionais.* Na segunda perspectiva de análise,

A teoria-padrão da argumentação jurídica⁷⁵³ insere-se em uma perspectiva de análise restrita à investigação sobre a justificação dos argumentos, com pretensões descritivas (mostrar como de fato as decisões são justificadas) e prescritivas (indicar como elas deveriam ser justificadas), sem uma atuação relevante no contexto da explicação ou descoberta, tendo em vista a finalidade de tornar a prática jurídica cada vez mais racional e criticamente controlável.⁷⁵⁴ A partir da premissa de que as decisões podem e devem ser justificadas, opõe-se tanto ao determinismo metodológico (que sustenta que as decisões jurídicas prescindem de justificação, porque emanam de autoridades legítimas e/ou resultam de simples aplicação de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (que defende a impossibilidade de justificação das decisões jurídicas, por constituírem puros atos de vontade⁷⁵⁵).⁷⁵⁶ Propõe um conjunto de regras discursivas - regras sobre a aplicação e a fundamentação de normas -, cuja

a justificação dos argumentos pode ser formal (quando um argumento é formalmente correto (lógica formal ou dedutiva)) ou material (quando um argumento, em um campo determinado, é aceitável (lógica material ou informal - tópica e retórica)) (ATIENZA, *As razões...*, p. 21-22).

⁷⁵³ Existem diferentes teorias da argumentação jurídica que pretendem fornecer ao jurista um método de justificação racional de suas decisões. As de caráter discursivo-procedimental, isto é, as que buscam fixar regras para o processo jurídico-discursivo, ao invés de estabelecer parâmetros materiais para julgar as normas e decisões, são denominadas teorias-padrão, pois servem de base para o desenvolvimento de novas regras e procedimentos, que, uma vez observadas, garantem a correção racional da decisão (p.ex. o código da razão prática, de Robert Alexy, e a racionalidade-D, de Aulis Aarnio). Elas ocupam-se das condições em que o discurso jurídico pode ser considerado racional, independentemente do conteúdo dos argumentos (premissas) utilizados pelos interlocutores (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, *Argumentação jurídica*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 67).

⁷⁵⁴ Conceitualmente, a teoria da argumentação jurídica consiste em um método de análise racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos normativos em geral), dos enunciados dogmáticos, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas e demais aspectos relevantes dos argumentos empregados na justificação das decisões judiciais. Abrange conteúdos da lógica jurídica (que estuda o encadeamento de proposições), da axiologia jurídica e da teoria da interpretação, tendo como objetivo saber onde e em que medida são necessárias valorações jurídicas, bem como o modo de torná-las racionalmente justificadas. Ocupa-se dos argumentos que se inferem a partir das fontes de direito e dos conteúdos materiais normativamente estabelecidos pelo legislador ou por precedentes judiciais, bem como daqueles que se justificam com base no trabalho da dogmática jurídica e da teoria geral do direito, com vistas à construção das razões e dos elementos de justificação dos enunciados sobre a aplicação do direito (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação jurídica*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 66-67).

⁷⁵⁵ A idéia de racionalidade prática revela-se incompatível com os postulados do positivismo metodológico, fundados na crença de que toda e qualquer valoração jurídica é arbitrária, em virtude da subjetividade inerente às interpretações jurídicas (relativismo). Para a doutrina positivista, as decisões práticas não podem apoiar-se em parâmetros racionais, por dependerem de valorações, escolhas e tomadas de posição, naturalmente relativas. Ilustra esse posicionamento a afirmação de Kelsen de que inexistente método que permita identificar, dentre as possíveis significações da norma, aquela que seja a correta, porque todos têm idêntico valor, não podendo ser aceitos como critérios para a interpretação jurídica. O desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, está ligado à substituição do paradigma cientificista (ou seja, a noção de que a tarefa da ciência do direito é descrever a relação entre as normas jurídicas e as suas possíveis interpretações, bem como os conceitos jurídicos fundamentais, sem qualquer interferência no seu objeto de estudo - neutralidade) pela visão de uma ciência do direito mais abrangente, com pretensão de encontrar instrumentos para não só explicar como se forma uma decisão jurídica como também justificá-la (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação jurídica*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 65).

⁷⁵⁶ Ainda que as decisões judiciais sejam tomadas, pelo menos em parte, por meio de um processo mental que vai da conclusão às premissas ou esteja impregnado por preconceitos, persiste a exigência de justificação (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 23).

observância confere racionalidade à decisão, que são divididas em dois grupos: as de justificação interna - que se referem à relação entre as premissas utilizadas na argumentação e a conclusão alcançada com base nelas - e as de justificação externa - que fixam parâmetros para a escolha das premissas empregadas no discurso jurídico.⁷⁵⁷ Nos casos jurídicos simples e comuns, o juiz limita-se a efetuar inferências meramente dedutivas, que realizam a passagem de uma premissa normativa e de uma premissa fática para uma conclusão normativa (justificação interna). Nos casos mais complexos, o próprio estabelecimento das premissas fáticas e/ou normativas exige argumentações que podem ou não ser dedutivas, tornando necessário ir além da lógica em sentido estrito (justificação externa).⁷⁵⁸

Após discorrer sobre diferentes teorias da argumentação jurídica, Manuel Atienza tece críticas à teoria-padrão, a começar pela preocupação quase exclusiva com questões de natureza normativa, embora a argumentação jurídica também diga respeito a fatos. A par disso, ocupa-se dos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do direito, olvidando-se da argumentação desenvolvida no âmbito da produção normativa.⁷⁵⁹ Nesse contexto, considera somente o processo de adjudicação, quando a resolução de problemas jurídicos pode resultar de uma mediação ou negociação. Por fim, ostenta um caráter puramente prescritivo, descurando-se de sua dimensão descritiva.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Nessa categoria, incluem-se as regras sobre os direitos de participação e de intervenção oral (na linha da idéia de Habermas sobre a *situação ideal da fala*, que consiste em um ideal regulativo para avaliar as condições comunicativas do discurso jurídico, a imporem: a) um dever geral de fundamentação; b) um princípio de universalidade de acesso ao discurso e de problematização das questões debatidas, e c) a não-coerção sobre os participantes do discurso); as regras sobre cargas de argumentação; a regra da universalidade (como o princípio da troca de papéis (Hare), do consenso (Habermas), da publicidade e acesso geral (Baier)); as regras para o exame do surgimento de convicções normativas; as formas de argumentos dedutivos, entre outras (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação jurídica*. In: BARRETTO, *Dicionário...*, p. 67).

⁷⁵⁸ ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 40.

⁷⁵⁹ Se uma das condições limitadoras do discurso jurídico é o respeito à lei, é de se supor que a racionalidade na aplicação do direito pressupõe a racionalidade na legislação. A legislação *pode ser vista como uma série de interações que ocorrem entre elementos diferentes: os redatores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores das normas*. Nesse sentido, a racionalidade legislativa opera em vários níveis, cada qual vinculado a um tipo de argumentação: *uma racionalidade lingüística, entendida no sentido de que o emissor (redator) deve ser capaz de transmitir de forma inteligível uma mensagem (a lei) ao receptor (o destinatário); uma racionalidade jurídico-formal, pois a nova lei deve se inserir de modo harmonioso num sistema jurídico preexistente; uma racionalidade pragmática, uma vez que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito na lei; uma racionalidade teleológica, pois a lei teria de alcançar os fins sociais perseguidos; e uma racionalidade ética, na medida em que as condutas prescritas e os fins das leis pressupõem valores que precisariam ser suscetíveis de justificação ética* (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 213-214).

⁷⁶⁰ A teoria da argumentação jurídica deve contemplar critérios sobre como as decisões serão justificadas (ou seja, para o julgamento da correção dos argumentos e seus resultados), bem como um método que permita representar adequadamente o processo real de argumentação. Para Manuel Atienza, não há razão para o seu estudo ater-se ao contexto da justificação, sem preocupar-se com o da descoberta. Ademais, a lógica formal dedutiva revela-se insuficiente para cumprir o objetivo de descrever como se fundamentam de fato as decisões jurídicas (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 215-216).

Assentadas as insuficiências das teorias examinadas, o autor esboça um modelo que permite uma reconstrução racional do processo de argumentação jurídica em um caso difícil.⁷⁶¹ a) em primeiro lugar, identifica-se o problema a ser resolvido (que pode ser de quatro espécies: de pertinência, quando há dúvida sobre qual a norma aplicável à hipótese concreta; de interpretação, quando há dúvida sobre o adequado significado da(s) norma(s) aplicável(is) ao caso; de prova, quando há dúvida sobre a efetiva ocorrência de um fato, ou de qualificação, quando há dúvida sobre a incidência ou não de um fato (não discutido) no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma; b) definido o problema, determina-se se ele surge por uma insuficiência ou um excesso de informação (a argumentação é um processo de tipo informativo, no qual se parte de uma informação, contida nas premissas, para alcançar uma informação de saída (a da conclusão) - se as premissas contêm toda a informação necessária, lança-se mão de uma argumentação do tipo dedutivo); c) a seguir, constrói-se hipóteses de solução para o problema (isto é, novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente para chegar à conclusão); d) na sequência, justificam-se as hipóteses de solução formuladas, apresentando argumentos a favor da interpretação proposta (se se tratar de um problema de insuficiência de informação, a argumentação será do tipo analógica (*a pari* ou *a simili*, *a contrario* ou *a fortiori*); se o problema for de excesso de informação, a argumentação será desenvolvida mediante o esquema da *reductio ad absurdum* (isto é, demonstrar-se-á que determinadas interpretações não são possíveis porque gerariam consequências fáticas ou jurídicas inaceitáveis), ambas apresentando-se como estratégias ou formas argumentativas, e não argumentos propriamente ditos), e d) na última etapa, realiza-se a passagem das novas premissas à conclusão.

Observa, ainda, que os critérios da racionalidade prática - desenvolvidos por Alexy e MacCormick - são critérios mínimos, que permitem descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentação, mas não resolvem todos os problemas. Não raras vezes, em casos difíceis, as diferentes soluções encontradas são aprovadas no teste de racionalidade, não havendo um parâmetro para a escolha da mais adequada. Por essa razão, é preciso incorporar à noção de racionalidade prática uma teoria da equidade, da discricionariedade ou

⁷⁶¹ Nos casos fáceis, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; já nos casos difíceis, é possível, pelo menos em princípio, propor mais de uma resposta correta dentro dos parâmetros estabelecidos pelo direito positivo. Há, porém, para Manuel Atienza, uma terceira categoria - os casos trágicos -, em relação aos quais *não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral* (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 226).

da razoabilidade que ofereça algum tipo de critério não formal para lidar com essas situações.⁷⁶²

A compreensão do fenômeno jurídico não se dá em um processo abstrato que conduz a uma verdade universal; antes, pressupõe a sua contextualização e desenvolvimento em um espaço discursivo que envolva entendimento, seja porque a lei não tem um sentido em si, pronto e amplamente aceito, seja porque os fatos são naturalmente mutáveis.⁷⁶³ (...) *a produção de sentidos jurídicos não se dá de forma fechada e definitiva, pois, em razão do caráter histórico de toda compreensão humana, possui um horizonte verdadeiramente mutável.*⁷⁶⁴ A análise dos dados lingüísticos, contidos no enunciado normativo, e dos dados reais articula-se em um processo concretização, uma vez que o significado não é algo pré-constituído, dependendo de valorizações do intérprete. Os possíveis sentidos são atribuíveis em razão da faticidade em que ele está inserido.⁷⁶⁵

Além disso, a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica, porque os argumentos podem ser analisados de uma perspectiva que não é a da lógica (por exemplo, a perspectiva psicológica ou sociológica, ou, ainda, a perspectiva não formal (lógica material, tópica, retórica, dialética)).⁷⁶⁶

⁷⁶² A teoria da argumentação jurídica tem, basicamente, três funções: a) uma de caráter teórico ou cognitivo, pelo qual deve contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas, auxiliando na compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e da prática argumentativa (como afirma Alexy, o direito é um sistema de normas e de procedimentos); b) outra de natureza prática ou técnica (instrumental), pela qual deve ser capaz de orientar nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito, fornecendo critérios e um método, e c) uma terceira de índole política ou moral, a qual se relaciona com a questão de qual é a ideologia jurídica que está na base de uma determinada concepção da argumentação.

⁷⁶³ A argumentação jurídica vincula-se não só à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica como também à pré-compreensão que emerge da situação existencial que se apresenta ao julgador. (...) *O Direito não está restrito ao conjunto de decisões tomadas em âmbito institucional, mas o transborda, devendo ser tido, em termos gerais, como um sistema de princípios construídos a partir da interpretação da história das práticas sociais, ponto que se deve pressupor nas decisões institucionais.* Para uma reflexão que conduza a uma resposta correta para os casos difíceis, Alexy propõe o estabelecimento de uma ordem obtida mediante um sistema de condições de prioridade, um sistema de estruturas de ponderação e um sistema de prioridades *prima facie*. Esse procedimento deve seguir uma dinâmica distinta daquela proposta por Dworkin e Habermas, na medida em que a possibilidade de aplicação de uma norma não é considerada na perspectiva do caso concreto. Os *princípios (valores) em conflito são identificados por meio de um procedimento que os trata como juízos de evidência, já que não são problematizados diante do próprio caso posto para julgamento. Transformam-se, assim, em juízos que versam não mais sobre a idéia de correção de uma norma, mas sim sobre sua verdade (...)* (PEDRON, Comentários..., p. 73, 74 e 76).

⁷⁶⁴ OHLWEILER, Teoria versus prática..., p. 146.

⁷⁶⁵ Por mais operosa que seja, toda e qualquer teoria da argumentação jurídica encontra limites no que é faticamente possível. O método de justificação racional de decisões jurídicas (pautas, diretivas ou regras) que propõe é, por natureza, incapaz de garantir sempre uma única (ou pelo menos uma) resposta correta para as questões jurídicas (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação jurídica. In: BARRETTO, Dicionário..., p. 67).

⁷⁶⁶ Em contrapartida, a lógica jurídica vai além da argumentação jurídica, abarcando a lógica do direito (voltada para a análise da estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico) e a lógica dos juristas (dedicada ao estudo dos raciocínios e argumentações feitas pelos teóricos e pelos práticos). Na aplicação do direito, a lógica jurídica distingue a forma básica de raciocínio jurídico (o silogismo judicial ou jurídico) e os argumentos

Ao direito é inerente a pretensão à correção própria da razão prática.⁷⁶⁷ A decisão jurídica é produto de um procedimento e da própria lei,⁷⁶⁸ na qual se apóia normativamente.⁷⁶⁹ O risco de um subjetivismo incontrolável e atentatório à igualdade e à neutralidade ideológica é afastado pela necessidade de justificação racional do pronunciamento judicial, seja no tocante à sua estrutura interna, seja em relação às premissas que embasam o raciocínio jurídico,⁷⁷⁰ não podendo o juiz deliberar com livre arbítrio nem contrariar o conteúdo expresso da norma legal. *A argumentação racional, fundada nos critérios a priori desenvolvidos por uma dogmática responsável permitirá uma resposta segura e controlável,*⁷⁷¹ sobretudo se for receptível aos pontos de vistas de todos que integram a comunidade dos intérpretes-aplicadores do direito, a que se refere Habërle.⁷⁷²

especiais (raciocínio por analogia (ou *a simili*), *a contrario*, *a fortiori* (*a maiore ad minus* e *a minori ad maius*), *ad absurdum* e argumentos interpretativos). Estes últimos servem para estabelecer as premissas dos raciocínios dedutivos (justificação externa). Os raciocínios jurídicos podem ser raciocínios de coação intelectual (lódicos), de persuasão (teóricos) e propriamente jurídicos (os que se baseiam em suposições, prescrições, ficções, etc., estabelecidas pela lei). Os raciocínios normativos são aqueles em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas, e os raciocínios não-normativos são jurídicos apenas por acidente (ATIENZA, *As razões do Direito...*, p. 41-42).

⁷⁶⁷ O discurso jurídico preocupa-se com a correção das afirmações normativas, e a argumentação desenvolve-se no contexto de uma série de condições limitadoras ou fatores de sujeição (por exemplo, a vinculação com a lei, a consideração de precedentes, a inclusão da dogmática e a sujeição às limitações impostas por regras processuais). Se a afirmação sujeita-se às limitações estabelecidas por essas condições, ela é racionalmente justificável. A tarefa da teoria do discurso é criar normas que tenham pouco conteúdo normativo, de modo a permitir que indivíduos com opiniões normativas distintas possam concordar com elas, mas que, ao mesmo tempo, sejam fortes o suficiente para tornarem racional qualquer discussão feita com base nelas (ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, p. 28).

⁷⁶⁸ A existência de uma autêntica hermenêutica jurídica pressupõe que a lei estabeleça a igualdade entre todos os membros da comunidade jurídica, sob pena de predominar a vontade do soberano, que sustenta suas próprias palavras à revelia de qualquer regra de interpretação. A hermenêutica aproxima o direito da justiça, uma vez que a mera existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do direito. Ao jurista é imprescindível, mais do que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo.

⁷⁶⁹ Michel Villey adverte que o pensar o direito como mero instrumento de maximização do bem-estar, do desenvolvimento ou de qualquer outro objetivo pode contribuir, a longo prazo, para o enfraquecimento da lei, em virtude da perda de autoridade. Isto porque a lei, sem apoiar-se nas fontes de outrora - a razão ou a vontade geral do povo -, torna-se suscetível às constantes alterações produzidas circunstancialmente. *Sob o nome de lei, termo que foi conservado, figuram agora textos que não oferecem mais as seguintes características específicas: generalidade, abstração, rigor do enunciado, permanência. São diretivas: "leis-quadros", "leis de orientação", que devem ser complementadas por uma profusão de decretos e portarias de aplicação, circulares ministeriais. Abrem a porta ao arbitrário da administração. O direito se curva às circunstâncias particulares de cada momento. Ou então teremos um Plano, uma diretiva para a gestão da economia.* O instrumentalismo faz com que as leis não tenham mais prestígio (VILLEY, *Filosofia do Direito...*, p. 401).

⁷⁷⁰ Em sendo a interpretação a apropriação daquilo que se compreende, constitui exigência do Estado Democrático de Direito trazer ao entendimento público as decisões de poder, apresentando uma posição defensável dentre outras possíveis (CAMARGO, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 228).

⁷⁷¹ MARTINS-COSTA, Prefácio. In: CACHAPUZ. *Intimidade e vida privada ...*, p. 36.

⁷⁷² Sobre a concepção hermenêutica de Peter Häberle, ver a sua obra *Hermenêutica Constitucional*, citada na nota 104 *supra*. Após discorrer sobre as teorias de Alexy, Dworkin e Habermas, Flávio Quinaud Pedron conclui que: *Entre os pressupostos necessários da argumentação estão uma completa inclusão dos envolvidos, a distribuição igualitária dos direitos e deveres da argumentação, a não-coerção da situação comunicacional e a atividade dos participantes orientada para o entendimento mútuo* (PEDRON, *Comentários...*, p. 76).

A importância da argumentação minimamente racional sobressai nos casos em que a decisão judicial alicerça-se em um juízo de equidade, porquanto não derivado de um raciocínio dedutivo.

O consenso - como substrato social de toda e qualquer decisão judicial - consiste em um entendimento alcançado pela troca de informações (cooperação mútua) e valoração/avaliação de todos os argumentos antes da deliberação. Não significa a concordância de todos com a solução dada ao caso concreto, mas a tolerância e a aceitação desta, tendo em vista uma visão maior do todo. A inflexibilidade de posições dos intervenientes torna esse processo menos propenso à obtenção de um resultado satisfatório. Na construção de um consenso, os seus participantes almejam sedimentar uma decisão que seja a melhor para o grupo, com lastro em uma argumentação derivada da participação de todos. E, para alcançar uma fundamentação adequada, é preciso estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio que se pretende invocar, bem como distingui-lo de outros princípios, regras e institutos legais.

Na doutrina tradicional, o juízo deliberativo resulta de uma operação dedutiva (subsunção) ou construção silogística, na qual a norma geral (legal ou contratual) figura como premissa maior, o conflito de interesses, premissa menor, e a decisão, conclusão. Para estabelecer a premissa maior, procede-se a uma qualificação jurídica do caso concreto. A norma, ao referir-se genérica e abstratamente a uma determinada situação fática possível, tipifica-a, prescrevendo o modo como deve agir o seu destinatário. A tipificação realça, em nível abstrato, aspectos comuns a fenômenos individuais distintos, agrupando-os, o que permite o enquadramento do fato real, que contém em si aquela nota de tipicidade. Esse enquadramento envolve um ato de conhecimento e um ato de vontade, por vezes dificultada pela linguagem utilizada na norma (vaguidade, ambigüidade ou indeterminação semântica) e pela falta de informações sobre o fato concreto (a autorizar o emprego de presunções legais, regras de ônus probatório, etc.).⁷⁷³

⁷⁷³ *A norma jurídica seria um esquema simbólico que seleciona traços comuns a fenômenos individuais, ostensivamente diferentes, agrupando-os em classes, pois fixa tipos. Essa abstração conduz ao afastamento da norma da realidade, porém o fato individual, por conter em si, uma nota de tipicidade, possibilita seu enquadramento no comando abstrato da norma, caso em que se teria a subsunção feita pelo aplicador do direito, optando por uma alternativa possível.* Conquanto o princípio da legalidade vincule o juiz à lei e ao direito, existem casos em que a aplicação da norma jurídica envolve avaliações próprias, cabendo a ele preencher o conteúdo estimativo de certos conceitos empregados pelo legislador. O conceito indeterminado configura certos supostos de fato ou consequência jurídica, cujo sentido reclama a explicitação de conteúdo no momento de sua aplicação. O conceito normativo exige do julgador uma co-participação na determinação do seu sentido, pois, além de sua indeterminação, encerra uma valoração de comportamento que requer especificação ou concretização. Nesse processo, surgem os *standarts* jurídicos como construções apoiadas em generalizações da moral social, que permitem a identificação do sentido de boa-fé, bons costumes, entre outros termos. Há, ainda, a

Conquanto a configuração sistemática do ordenamento jurídico reclame certa vinculação aos parâmetros da lógica,⁷⁷⁴ como condição mínima para a sua unidade e coerência interna, os processos de conclusão jurídica pautam-se, fundamentalmente, em considerações de ordem teleológica ou axiológica, seja para estabelecer as premissas que nortearão o posterior raciocínio por subsunção, seja para definir o “círculo de semelhança” que autoriza a aplicação da analogia, seja para identificar a *ratio* de uma disposição e a razão pela qual ela não se “adapta” a determinado fato excepcional (redução teleológica), seja para apontar a razão pela qual um valor já conhecido respeita a um caso não expressamente regulado (argumento *a fortiori*), seja para indicar a razão pela qual um fato é valorativamente tão diferente de outro que a consequência jurídica não pode ser a mesma (argumento *a contrario*).

A técnica de pensamento orientada para o problema, desenvolvida a partir da retórica, a qual se aplica ao direito, naturalmente vocacionado à resolução de conflitos concretos. Ela apresenta uma estrutura espiritual, centrada em um dado da realidade (ou seja, questão que aparentemente comporta mais de uma resposta e pressupõe uma compreensão provisória), que desencadeia um jogo de ponderações acerca das razões favoráveis e contrárias a um determinado modo de agir. Essa configuração distingue-se da estrutura dedutivo-sistemática pelo modo de pensar, que é apreendido a partir do todo. No pensamento sistemático, não há necessidade de buscar o ponto de vista, pois ele já é dado previamente, e é a partir dele que os problemas são selecionados (os de conteúdo incompatível são rechaçados por serem questões falsamente propostas); no pensamento aporético (ou problemático), o caminho é inverso, desde que o ponto de partida não é um dogma, mas um senso comum, que opera com o verossímil. Se a ênfase for dada ao sistema, haverá, necessariamente, uma seleção de problemas, sendo alguns considerados insolúveis; se a tônica recair sobre o problema, ter-se-á uma seleção de sistemas e se conduzirá normalmente a uma pluralidade de sistemas. De qualquer sorte, o problema tem origem em um nexos de compreensão já existente. E, para que não haja incerteza na escolha dos pontos de vista, apóia-se em um repertório de pontos de

discricionariedade que confere ao juiz certa margem de liberdade para deliberar acerca de aspectos da controvérsia, sem comprometimento de sua imparcialidade e da exigência de satisfação de requisitos mínimos de aceitabilidade (DINIZ, *Lei de Introdução...*, p. 136-139).

⁷⁷⁴ As noções de unidade valorativa e coerência da ordem jurídica implicam a ausência lógica de contradições como previsão mínima. Não obstante, os processos de conclusão jurídica têm como elemento decisivo não um argumento de natureza lógica, mas, sim, teleológica ou axiológica, e a sua justificação metodológica é alcançável por meio da recondução ao valor da justiça e ao princípio da igualdade, nela compreendido. “Assim, na chamada subsunção, apenas a obtenção das premissas é decisiva: quando a “premissa maior” e a “premissa menor” sejam suficientemente concretizadas e ordenadas entre si - e para isso a lógica formal não é essencial - está concluída a tarefa própria dos juristas; a conclusão final surge agora, por assim dizer, de modo automático, e até este último acto, a “subsunção” não é, de modo algum, apenas de tipo lógico-formal, antes surgindo, numa parte essencial, ainda que frequentemente não explícita, numa ordenação valorativa” (CANARIS, *Pensamento...*, p. 33 e 35).

vistas já disponíveis, cuja autoridade assenta-se na sua aceitabilidade. O consenso é o ponto de partida da argumentação jurídica, e não se confunde com o consenso enquanto propósito final daquela, pois, neste último caso, seria possível a verificação da racionalidade da decisão. Embora a tópica não seja em si uma teoria da argumentação jurídica, mas um vértice, dotado de mobilidade, para o processo argumentativo que delinea o raio de possível opção decisória, ela admite complementação por princípios ou doutrinas direcionadas à decisão, desde que compreende uma diretiva dos modos de proceder na praxis jurídica e de seus pressupostos. Os Tribunais, ao decidirem casos concretos, criam jurisprudência, porque as normas em que baseiam as suas decisões - que compõem a *ratio decidendi* - têm um caráter geral e abstrato, desde que são observáveis nos casos futuros.

Nas soluções fundadas em equidade, devem ser valoradas todas as circunstâncias que permitam a realização de uma justiça individualizada, observado o princípio da congruência processual, que vincula o pronunciamento judicial ao alegado e ao provado na causa.⁷⁷⁵ Embora no Estado de Direito almeje-se a submissão das relações a um regime legal, por imperativo democrático,⁷⁷⁶ a normatização se dá em termos genéricos e abstrato, cabendo ao Poder Judiciário a sua efetiva concretização, por meio de um procedimento que envolve a atribuição de um sentido próprio ao seu conteúdo. Em suma, não se pode recusar ao juiz autonomia decisional, a qual deve ser exercida, para fins de legitimação, de forma fundamentada. A decisão jurídica aceitável é aquela que pressupõe uma argumentação pautada por uma clareza metodológica, racionalidade e controlabilidade.

⁷⁷⁵ ITURRASPE, *Interpretacion...*, p. 55-56.

⁷⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *AJURIS*, p. 115.

CONCLUSÃO

Ao ordenamento jurídico é reservada a tarefa de ordenar a conduta humana no sentido da máxima efetividade das expectativas humanas (plano total) na sociedade civilizada, ajustando as relações interpessoais.⁷⁷⁷ Como parte essencial da experiência histórica do homem, o direito deve conter estruturas práticas e paradigmáticas ou de modelos. E, como todo e qualquer padrão social, o modelo jurídico é uma estrutura dinâmica e não estática, pelo menos no sentido de seu direcionamento a certos fins *a serem solidariamente alcançados*.⁷⁷⁸

Assentada essa premissa, sobressai inequívoca a importância da atuação do Poder Judiciário na composição e no desenvolvimento das relações jurídico-contratuais. A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do direito, qual seja, a realização da justiça. Tal finalidade é alcançável no momento de sua aplicação, quando se atribui às normas jurídicas consideradas pertinentes o significado mais consentâneo com a realidade fática e a aspiração de alcançar o justo.⁷⁷⁹

Não obstante, a ingerência estatal no domínio da aplicação do direito só será legítima e eficaz se forem fixados parâmetros para tal atuação e houver a justificação formal e material das decisões proferidas.⁷⁸⁰ Há uma tendência de cada um justificar, à sua maneira, a idéia que

⁷⁷⁷ Para Roscoe Pound, a manutenção da ordem social pelo direito assegura a livre afirmação da própria personalidade do indivíduo. A liberdade é um desejo humano ou, ainda, uma necessidade ou exigência. Ocorre que o homem também deseja certas coisas que não são alcançáveis em um regime de máxima liberdade de agir. Essa realidade conduz à idéia de máxima satisfação dos desejos, necessidades ou expectativas humanas. Nesse contexto, incumbe ao direito reconciliar e ajustar esses desejos, necessidades ou expectativas humanas, até o limite em que possam ser assegurados em sua totalidade (POUND, *A justiça...*, p. 27).

⁷⁷⁸ *Toda estrutura social é, em última análise, uma ordenação axiológica de fatos ou de atos, na medida de um fim visado. Nela observa-se a reiteração constante de certos atos ou comportamentos organicamente correlacionados, visando a alcançar objetivos mais ou menos permanentes, ou pelo menos estáveis, envolvendo uma pluralidade convergente de interesses individuais ou grupais.* Quando uma estrutura social adquire o valor de paradigma, configurando um padrão ou razão de condutas futuras, assume as características de uma estrutura normativa (unidade de fins). Ao contrário das fontes, que são naturalmente retrospectivas, os modelos, de caráter prescritivo e obrigatório, são prospectivos e resultam das fontes como estruturas de comportamento futuro. Compreendem a idéia de *planificação lógica* e a *representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições*. Vale dizer, prefiguram uma ordem de competência ou de conduta, vinculada a conseqüências que advêm de seu adimplemento ou violação, representando a opção por determinadas formas de organização ou de conduta, consideradas “em vigor” pela autoridade que lhes confere coercibilidade. São, portanto, estruturas normativas de fatos segundo valores, instauradas em virtude de um ato concomitante de escolha e prescrição (REALE, *Teoria tridimensional...*, p. 107-108 e 111-112).

⁷⁷⁹ Para José Eduardo Faria, o Poder Judiciário encontra-se, atualmente, em uma encruzilhada. Ao mesmo tempo em que integra um Estado-nação, cujas soberania, iniciativa legislativa e autonomia decisória têm sido confrontadas pela transnacionalização dos mercados e das economias, está situado em contextos sociais contraditórios e conflituosos, que em nada lembram a imagem de uma sociedade formada por uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e concebidos a partir de sua individualidade (FARIA, *O Poder Judiciário...*, p. 74). A cidadania, quando não é excluída e atrelada ao universo da informalidade, é submetida ao fenômeno da despersonalização do indivíduo e do anonimato.

⁷⁸⁰ VIGO, *Interpretação...*, p. 279.

faz do “justo”.⁷⁸¹

Por imperativo de ordem e segurança jurídica, a justiça legal (princípio da legalidade) pautas as relações jurídicas estabelecidas no seio da coletividade, porque, se a cada um fosse lícito decidir arbitrariamente sobre a conveniência do cumprimento das leis ou acerca de sua justiça ou injustiça, a estabilidade do ordenamento jurídico restaria, gravemente, comprometida. Em contrapartida, a rigidez do sistema não é absoluta para o juiz, que, diante de um caso específico, promove a adaptação e a flexibilização do enunciado normativo, para amoldá-lo à realidade concreta. Nesse processo, há margem para a mitigação do rigor da norma legal ou sua correção, tendo em vista os interesses a que se destina tutelar. Como bem salienta Tomás de Aquino, os atos humanos que a lei deve regular são particulares e contingentes, podendo variar ao infinito, razão pela qual é impossível ao legislador prever todos os casos, devendo ater-se ao que ocorre com mais frequência. A lei, por sua natureza e finalidade, tem que ser geral e abstrata, incidindo de modo igualitário e homogêneo.⁷⁸²

A constituição demarca o espaço público e o privado, organiza o poder político e define direitos fundamentais; a lei opera a despersonalização do poder, visando a assegurar previsibilidade nos comportamentos e objetividade na interpretação (segurança jurídica). Em algumas circunstâncias, entretanto, a aplicação desse acervo normativo contraria a igualdade e o bem comum. Com efeito, incumbe ao juiz, na equação entre o geral e o particular, assegurar um termo médio que assegure a manutenção da lei, sem causar uma injustiça.

É antiga a concepção de que a justiça geral, legal ou social tem em vista o bem comum; a justiça particular, o indivíduo em face de outro indivíduo ou da coletividade: a

⁷⁸¹ Ao referir-se sobre a questão, France Farago salienta que, entre os anos de 1980 e 1990, proliferaram, nos países anglo-saxões, as obras e artigos que abordam o debate entre liberais e comunitários: os primeiros, valorizando a liberdade individual como fonte de escolha dos valores reivindicados por cada um, e os segundos, defendendo a prevalência dos valores da comunidade ou da tradição. E conclui que hoje a discussão centra-se sobre *o fato de se saber se o justo deve ser pensado dentro de uma concepção deontológica de uma justiça formal ou processual, independente da problemática do bem, problema deixado ao arbítrio de cada um, ou se ele deve ser trazido ao âmbito do quadro clássico de uma concepção teológica da vida bondosa, o bem precedendo o justo como seu fundamento*. Nem todos os princípios de justiça são contestados - é o caso da comutação (equivalência) -, mas multiplicam-se as concepções conflituosas. Essas múltiplas concepções, contudo, só são inteligíveis se relacionadas às tradições, igualmente diversificadas (FARAGO, *A justiça*, p. XVIII-XIX).

⁷⁸² Ao lado da justiça e do bem-estar social, a segurança é apontada como um dos fundamentos do Estado e do direito. No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica compreende um conjunto de idéias e conteúdos, que pressupõe: a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, sujeitas ao princípio da legalidade; a confiança nos atos do Poder Público (boa fé e razoabilidade); a estabilidade das relações jurídicas (normas duradouras, não retroatividade da lei e proteção a direitos em face da lei nova); a previsibilidade dos comportamentos, e a igualdade na e perante a lei. Contemporaneamente, o poder dos meios de comunicação e da velocidade (da informação e das transformações) compromete a idéia de segurança fundada em estabilidade e permanência (BARROSO, Luis Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, a. 19, n. 64. Brasília: AJUFE, julho a setembro de 2000, p. 77).

distributiva corresponde a atividade de atribuição de bens ou encargos entre os membros do grupo social, de acordo com um critério de justificação racional que se ampara em características pessoais do próprio destinatário da distribuição; a comutativa realiza-se nas relações de troca, nas quais não há razão para diferenciar os envolvidos entre si, com base em suas qualidades pessoais, para determinar o bem que lhe é devido ou encargo que deve suportar.

No âmbito da autonomia privada, nem sempre o contrato é capaz por si só de gerar uma coordenação social eficiente, e o equilíbrio só pode ser alcançado pela contraposição/composição de interesses, e não na vontade das partes. A relação jurídico-contratual deve ser compreendida em sua totalidade como um processo no qual se interligam atos na consecução de determinados fins consubstanciados no adimplemento. Nesse sentido, todo o esforço de interpretação, correção ou integração do seu regramento deve voltar-se para a realização desse resultado.

Em sendo a interpretação um pressuposto lógico da aplicação do direito - o que varia é o espaço que lhe é reservado, porque há normas cuja elaboração segue a técnica da casuística, com a indicação relativamente nítida do critério de valoração, e outras que se caracterizam pela maior flexibilidade de seu enunciado -, a equidade como exigência de valorização do singular (ou de adequação fática do enunciado normativo) está sempre presente no processo de concreção da norma (legal ou contratual), servindo, inclusive, como contraponto à crescente despersonalização das relações jurídicas em geral (e, em especial, as contratuais). O ato interpretativo envolve aplicação, o que afasta a possibilidade de atribuir-se qualquer sentido ao enunciado normativo, como se texto e norma tivessem existências autônomas. Em sendo a realização concreta da justiça a sua finalidade, toda interpretação deve integrar a realidade fática subjacente e orientar-se por esse fundamento teleológico, respeitando a logicidade e a historicidade do ser humano. Em que pese o ordenamento jurídico apresente-se sempre como um sistema justo e, portanto, razoável, a justiça realiza-se por meio de um proceder estatal, minimamente previsível, no qual o contingente é relacionado com a lei ou o contrato. Tanto um como o outro contém algo de indefinido (um programa para ordenar comportamentos futuros) que deve ser concretizado. As razões fáticas e jurídicas do convencimento do julgador devem ser explicitadas no discurso jurídico, a fim de que possam ser passíveis de controle social.

A complexidade da tarefa hermenêutica deriva precisamente da infinita variedade dos fatos (concretos) da vida, a impedir a redução da aplicação do direito a uma operação de

lógica formal que se esgota em simples raciocínios silogísticos.⁷⁸³ Eis a razão de ser da equidade como referencial hermenêutico idôneo a suprir as deficiências resultantes da generalização redutora das normas jurídicas. O dever de obediência do juiz à lei compreende uma certa potencialidade criadora para o desempenho da tarefa de individualização.⁷⁸⁴ Embora nesse processo o juiz sofra intensa influência de suas concepções prévias - trazidas pela tradição e apoiadas sobre textos ou normas em vigor -, o conflito de interesses, historicamente situado, reclama a valorização dos aspectos que o singularizam.

Em sua atuação corretiva, a equidade permite a percepção de que a situação fática *in concreto*, dada as suas especificidades, não pode ser alvo da incidência pura e simples da norma selecionada, tal como apreendida pelo operador do direito, bem como a adequação da proposta de solução normativa original às especificidades relevantes, tendo em vista o que mais se aproxima do ponto de equilíbrio no confronto dos interesses (individuais e sociais) envolvidos. Como critério que exige a relação da norma geral com os aspectos peculiares ao caso, a sua aplicação pressupõe que as circunstâncias de fato, descritas no enunciado normativo, devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, o que permite estabelecer em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, nele não se enquadra. Para nortear a elaboração da norma particular, o juiz recorre às idéias de igualdade e proporção (axiológica, e não matemática), critérios que se encontram na base do conceito de justiça. Em outros termos, trata-se da adequação do geral para o particular, e não correção do geral em si, ainda que fundada na inadequação da solução legislativa. A norma cuja aplicação conduz a uma solução injusta, em razão de uma particularidade relevante do caso concreto, é afastada pelo juiz, que, fundado na equidade, constrói a norma individual concretamente aplicável, ainda que esta não seja passível de ressystematização.

Em casos de lacuna no ordenamento jurídico, e diante da insuficiência dos métodos ordinários de integração, o juiz pode valer-se da equidade - como diretriz de valorização de aspectos relevantes da situação fática (elementos metajurídicos) - para construir a norma adequada às especificidades da situação fática, não alcançada pela norma geral. O equilíbrio inerente à justiça é orientado pela situação de fato específica, porém contextualizada. Em virtude do seu caráter assistemático, o recurso à equidade na integração normativa se dá

⁷⁸³ AZEVEDO, *Método e hermenêutica...*, p. 25.

⁷⁸⁴ *Não pode o Juiz - a menos que professe o positivismo jurídico-filosófico - abrir mão das potencialidades criativas de seu trabalho, capazes de influenciar substantivamente a evolução social, esquecendo-se de que, como bem lembrava Cornil, a função do legislador serve à necessidade de estabilidade das relações sociais e a do Juiz à necessidade não menos imperiosa de mobilidade das relações sociais (AZEVEDO, *Método e hermenêutica...*, p. 26-27).*

apenas residualmente.

Idêntico raciocínio aplica-se à utilização da equidade como critério de decisão substitutivo, que é admitida somente em casos pontuais na legislação, ante a impossibilidade de incorporação definitiva da solução assim construída ao ordenamento jurídico.

No campo do direito contratual, o problema da justiça é antigo e está relacionado ao conteúdo do negócio jurídico. O contrato constitui um mecanismo cujo correto funcionamento pressupõe certas condições como que “ambientais”, sem as quais não se alcança o seu fim precípuo, qual seja, o de promover um equilíbrio dinâmico entre as partes, sem transformar-se em instrumento de exploração e opressão. A justiça só se realiza se forem asseguradas a efetiva autodeterminação do sujeito (vontade ponderada e livre) e a igualdade de poder negocial entre as partes, para que elas próprias possam conformar as suas relações jurídicas, observados os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O equilíbrio entre liberdade e justiça (igualdade e proporcionalidade) consiste, em última análise, a finalidade das garantias constitucionalmente estabelecidas. Não é sem razão que, no domínio da autonomia contratual, o primeiro critério interpretativo eleito pelo legislador é a intenção comum das partes, assim compreendida não a vontade (interior) de um ou outro contratante, mas a intenção contida na declaração volitiva objetivamente apurável. O segundo critério positivado na nossa legislação civil é a boa-fé, que corresponde a um parâmetro de cunho ético-social, que orienta o intérprete na valoração dos interesses em jogo. Partindo da premissa de que, desde a fase pré-negocial, as partes pautam o seu agir pela honestidade, lealdade e probidade, cumprindo os deveres de cooperação e de proteção a legítimos interesses e expectativas, devem ser salvaguardados os interesses daquele que procurou entender o acordo objetivamente reconhecível, em confronto com o que agiu arditosamente, se a presunção não se confirma concretamente. Nesse sentido, a boa-fé tem o efeito de afastar a prevalência do significado unilateral ou contrastante com a legítima confiança em concreto (valoração do comportamento das partes em um contexto de objetivação do contrato), bem como atribuir relevância a comportamentos, inclusive pré-contratuais. Com base no pressuposto de que o enunciado normativo considera aquilo que normalmente ocorre na realidade social, a interpretação orientada pela equidade promove a adequação do seu conteúdo às peculiaridades do caso concreto, sem repercutir na validade da norma legal em si ou na sua aplicação às situações fáticas ditas comuns. A tradição, a pré-compreensão e os argumentos das partes subsidiam a identificação do que no todo é singular e significativo para a resolução do conflito.

Ocorre que o equilíbrio entre as posições das partes é exigível em todas as fases do relacionamento contratual. Se, no momento da formação da relação jurídica contratual, a composição dos interesses das partes não o assegura efetivamente, seja em razão da hipossuficiência de um dos contratantes, a impedir a pactuação de cláusulas justas, seja em virtude de uma situação de necessidade ou escassez, está autorizada a intervenção estatal corretiva. É da própria essência da justiça contratual a existência desse equilíbrio na relação jurídica estabelecida (ou seja, o equilíbrio que justifica a contratação). E, para a sua aferição, há que se atentar à realidade do contrato, porque nem toda onerosidade revela-se ilegítima (ou equivale a um benefício/vantagem excessivo para a contraparte), podendo decorrer dos riscos normais do negócio. Do mesmo modo, pode agir o Estado-juiz, intervindo corretivamente, quando o equilíbrio rompe-se no curso da execução do contrato. A longa duração de certas relações jurídicas contratuais potencializa o risco de virem a sofrer as vicissitudes da realidade circundante ou os efeitos de iniciativa interventiva do legislador, inclusive com eficácia modificadora do convencionado.

A proporção desejável ou a margem de desproporção ou desequilíbrio admissível (tanto no momento nomogenético da relação contratual como supervenientemente), ou, ainda, a adequação dos meios de execução forçada do ajuste (cláusula penal, direito de retenção, condenações cominatórias ou astreintes, etc.) à prestação não cumprida nem sempre podem expressar-se em uma norma legal ou convencionada, devendo ser submetidas à apreciação judicial, com base em aspectos do caso concreto (equidade corretiva).

A equidade vincula-se à vedação ao excesso, segundo critérios racionalmente apreensíveis, tendo em vista um certo ponto de equilíbrio sinalizado pelo contexto negocial (fático e jurídico). Nos contratos paritários - individualmente negociados por sujeitos que se encontram em idênticas condições -, exceto em certos domínios em que há interesses supra-individuais no estabelecimento de limites imperativos (p.ex. índices de correção monetária, taxa de juros, etc.), esse controle material é excepcional (em limites extremos, como no caso de lesão, negócios usurários ou de violação a ordem pública), pois há de prevalecer a liberdade contratual que se visa tutelar à intervenção estatal, sem prejuízo da fixação de balizas amplas para a legitimidade do conteúdo negocial e o regular funcionamento do mecanismo contratual. Nos contratos de adesão e, em certa medida, nos contratos-lei, em que as cláusulas não são negociadas uma a uma pelas partes em condições de igualdade, esse controle material tende a expandir-se, legitimando-se nos casos em que não há um equilíbrio entre liberdade e justiça contratual. Ressalve-se, ainda, em relação a estes últimos, que a

existência de interesses - perspectivados em uma dimensão macroeconômica e social - que motivam a ação legislativa mais intensa do Estado e não podem ser desprezados, enseja um espaço maior para a aplicação da equidade, tendo em vista que a interferência do legislador na composição do regramento contratual opera de modo abstrato e geral.

No tocante aos limites oponíveis à atuação do juiz, é de se referir a necessidade de que sejam observados as prescrições legais restritivas, os parâmetros estabelecidos por outros institutos jurídicos igualmente relevante (p.ex. a função social do contrato) e a exigência de argumentação suficiente a justificar a decisão proferida.

O ordenamento jurídico estabelece restrições à ingerência estatal, tanto na formação como no desenvolvimento das relações contratuais, os quais se refletem no modo pelo qual se opera a (re)composição do regramento negocial. Por representar uma interferência no domínio privado, a atuação do juiz no campo das relações contratuais só é eficaz se, além da legitimação na ocupação do cargo exercido (critério da autoridade), houver a justificação formal e material das decisões por ele proferidas. Não basta vincular a atividade interpretativa inerente ao momento decisório à observância a certos cânones hermenêuticos, que lhe confirmam objetividade. A reconstrução do regramento contratual, na via judicial, deve pautar-se pelo respeito a certos limites processuais e substanciais.

A imposição de restrições à ação individual em face de direitos e interesses do outro contratante e de terceiros, bem como da existência de deveres positivos e negativos, independentemente de previsão legal ou contratual, corresponde ao que a doutrina denomina “funcionalidade exógena” do princípio da função social, em contraposição à “normatividade endógena” dos princípios da boa-fé e da autonomia privada, com fundamento na concepção de que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum (justiça legal). Nesse ponto, convergem a justiça geral/legal (função social) e a justiça corretiva/comutativa (equidade). A função social, como expressão da justiça geral/legal, constitui uma limitação à aplicação da equidade, que, no âmbito do direito contratual, opera no espaço reservado à justiça comutativa. À semelhança da lei, todo contrato contém uma finalidade social imediata, que o orienta no sentido da promoção da sociabilidade humana.

O dever de motivar - ou justificar publicamente - a decisão judicial tem por finalidade torná-la socialmente aceitável - o que é relevante nas sociedades pluralistas que não vislumbram na tradição ou na autoridade fontes (autônomas) de legitimidade ou de consenso, viabilizar o controle do seu conteúdo por outras instâncias judiciárias e pela própria sociedade e permitir ao direito exercer a função de orientação da conduta humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito romano*. v. I. 5 ed. revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1983
- AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-208.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.
- AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Etica a Nicómaco de Aristóteles*. 2 ed. rev. Trad. Ana Mallea. Estudo preliminar e notas de Celina A. Lértora Mendoza. Madri: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2004.
- _____. *Suma teológica*. v. 6. São Paulo: Loyola, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no Direito*. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, a. 19, n. 64. Brasília: AJUFE, julho a setembro de 2000, p. 77-88.

BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência. Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, v. 1, São Leopoldo, 1999, p. 163-192.

_____. O direito ou o justo - O direito como objeto da Ética no pensamento clássico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Unisinos*, São Leopoldo, 2000, p. 159-184.

_____. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 17, Porto Alegre, 2003, p. 17-53.

_____. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERTOLO, Rozangela. Democracia e subsidiariedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.22, p. 412-426, set. 2002.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e Dogmática)*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949.

_____. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1953.

BITTAR, Carlos. Da interpretação e da integração dos negócios jurídicos. In: *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Onerosidade excessiva e a dispensável demonstração de fato imprevisível para a revisão ou resolução dos contratos. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 133-151.

BULNES, Maria Elton. *Logica, vida afectiva y verdad practica según Georges Kalinowski*. Santiago: Universidad de los Andes.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar-Editora Unisinos, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 215-240.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução António Manuel Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio. *Quaderni Fiorentini*, n. 18, 1989, p. 79-145.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4 ed rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDEIRO, António Manuel Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1986.

COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 63, jul./set. 1982, p. 28-36.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CUMYN, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*. Prefácio de Jacques Ghestin. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Saraiva.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed.

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, a. 19, n. 64. Brasília: AJUFE, julho a setembro de 2000, p. 67-74.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 263-278.

FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA, R. Limongi França. *Princípios Gerais de Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FREITAS, Juarez. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FROSINI, Vittorio, *Enciclopedia del Diritto*. v. XV. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 69-82.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 8 ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 195-206.

GODOY, Cláudio Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 17-26.

- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.
- HECK, Luis Afonso. O fenômeno jurídico. *Revista dos Tribunais*. v. 681. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/1992, p. 15-32.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. Autonomia de las partes en las leyes de los Estados de America Latina. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, número especial, dez. 2007, p. 102-123.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.), *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- IRTI, Natalino. Principi e problemi di interpretazione contrattuale. In: *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Padova: CEDAM, 2000, p. 614 e ss.
- ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n. 23. Porto Alegre: Editora Sulina, dez 2003, p. 37-46.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretacion economica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1994.
- JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar/2003, p. 59-68.
- JAPIASSÚ, Hilton e SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Uma conversa sobre Filosofia do Direito com o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso*, n. 4, ano I, São Paulo: Editora Revistas Oficiais, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Análisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 5-17, abr./jun. 1995

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações - parte geral*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 10 reimp. Coimbra: Almedina, 1997.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar-Editora Unisinos, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 - aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. Contratos de Time-Sharing e a Proteção dos Consumidores: crítica ao Direito Civil em tempos pós-modernos. In: SEMINÁRIO DERECHO Y POLITICA DE CONSUMO, 1997, Cartagena das Índias. [Atas...] Cartagena das Índias, Colombia: Ministerio de Sanidad y Consumo de España, 1997, p. 1-4.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coord). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken, et alii. (Org.). *Direito Civil e Processo - Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60 - 73.

_____. Crise e Modificação na Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 127-154, 1992.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V. t. II (arts. 389 a 420). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p041_066.pdf. Acesso em: 22 de julho de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002.

MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2 ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1986.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomos III e XXXI. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Tutela da autonomia privada.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. n. 30. Brasília: CEJ, 2005, p. 70-80.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar 2002.

POUND, Roscoe. *Justicia conforme a Derecho*. México D.F.: Editorial Letras S.A., 1965.

PAGE, Henry. *Traité de Droit Civil Belge*. 2 ed. v. 2. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PRODI, Paolo. *Uma história da justiça*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo:

Martins Fontes, 2003.

REALLE, Giovanni. *História del pensamiento filosofico y científico*. Tomo I - Antigüedad y edad media. Barcelona: Editorial Herder, 1988.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. rev. e reestr. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofia del Derecho*. 1 ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1959.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4 ed. Paris: LGDJ, 1949, e

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais a Constituição de 1988. In: *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ronovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 83-128.

TAVARES, Fernanda Girardi. *Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil*

funcional (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, 159p.

TEBBIT, Mark. *Philosophy of Law: an introduction*. 2 ed. Londres: Routledge, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TURNBULL, Neil. *Fique por dentro da Filosofia*. 2 ed. São Paulo: Cosac & Naify Edições, 2001.

VALLESPINOS, Carlos. Las condiciones generales de los contratos. *Contratos*. Ediciones Buenos Aires: La Rocca, 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil. Parte geral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5 ed., rev. e ampl. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA - La Ley, 2006.

_____. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis*. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WHITAKER, C. W. A. *Aristotle's de interpretatione*. Contradiction and dialectic. Oxford: Clarendon Press, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. *El principio general de La buena fé*. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.