



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

FELIPE KIRCHNER

HERMENÊUTICA CONTRATUAL E CONCREÇÃO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa

Porto Alegre, 2009

FELIPE KIRCHNER

HERMENÊUTICA CONTRATUAL E CONCREÇÃO

Porto Alegre, 2009

*À Carla,
que não me deixa esquecer das coisas importantes da vida que estão para além da
busca de meus ideais.*

AGRADECIMENTOS

A realização de um estudo científico envolve um trabalho eminentemente solitário, em todas as dimensões da pesquisa e instâncias de seu cotidiano. Porém, ao se colocar um ponto final (necessariamente arbitrário) na obra, deve-se reconhecer que a tarefa jamais poderia ter sido realizada sem que um universo de pessoas e instituições participassem de sua trajetória, tanto contribuindo diretamente para a realização prática do estudo, quanto pelas lições de vida que estão presentes em cada linha desta dissertação. É neste sentido que gostaria de registrar, neste espaço, meus mais sinceros agradecimentos.

À Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE/RS), que me ensina diuturnamente a importância do raciocinar por concreção e da inserção da dimensão ontológica do sujeito no discurso jurídico. Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), que no início de minha trajetória profissional me concedeu as condições de realizar o curso de mestrado com a dedicação por este merecida.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDIR/UFRGS), pelo ensino de excelência e pelo fomento de um ambiente acadêmico extremamente democrático. Aos funcionários da Secretária, pelo seu empenho e presteza nas lides administrativas.

Aos professores que acompanharam minha trajetória acadêmica e o desenvolvimento deste trabalho, moldando positivamente minha visão sobre o Direito, em especial aos Drs. Luis Renato Ferreira da Silva, Cláudia Lima Marques, Vera Maria Jacob de Fradera e Luís Afonso Heck, exemplos de retidão profissional e rigor científico.

À Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa, modelo de caráter pessoal e dignidade acadêmica, e que no exercício da função de orientadora não mediu esforços na consecução e engrandecimento desta pesquisa, sempre com mais atenção e cordialidade do que lhe poderia ser exigido pela convivência do ambiente acadêmico.

Às inúmeras pessoas que tenho a verdadeira honra de chamar de amigos, cuja individualização torna-se impossível por, felizmente, necessitar de tantas páginas quanto aquelas que compõem este estudo. Difícil fazer justiça, mas agradeço a todos com a devida equidade, pelas experiências de vida que me foram proporcionadas.

A meus pais, Carlos e Rosana, que, juntamente com minha família, me criaram em um ambiente onde todos tinham voz e vez; em um lar onde tive minhas primeiras noções de justiça e de comprometimento social e onde, até hoje, encontro paz, amor e um porto seguro. Minha eterna dívida de gratidão a todos vocês.

À Carla, minha companheira, amiga, amante e confidente, exemplo de determinação e perseverança no labor diário, e de beleza e companheirismo que preenchem todos os meus momentos. Também a seus familiares, que já há muito me acolheram, razão pela qual lhes sou muito grato.

*“Alguns homens vêem as coisas como são e dizem porquê?
Eu sonho com as coisas que nunca foram e digo por que não?”*

George Bernard Shaw

RESUMO

Tendo como objeto de análise a hermenêutica contratual, o presente estudo investiga as bases sobre as quais surge a compreensão do instituto do contrato, delineando os caminhos necessários à efetivação da atividade interpretativa, com destaque para a imprescindibilidade de um raciocinar por concreção.

Utilizando a hermenêutica filosófica gadameriana como base teórica primária, a pesquisa não se preocupa com a demonstração de vias de condução e correção da atividade exegética, procurando, antes, apresentar os pressupostos que possibilitam e condicionam a interpretação do contrato e as estruturas que garantam a concreção da relação contratual. Sem pretensões de dominar o fenômeno hermenêutico, esta investigação científica procura compreendê-lo.

Nos matizes da concreção jurídica, o estudo enfrenta os aspectos fáticos e normativos contidos na situação objetiva complexa que forma o horizonte do contrato, mediante a utilização dos postulados normativos das circunstâncias do caso e da proporcionalidade. Ademais, a pesquisa alcança os limites desta forma de raciocinar, fixando parâmetros e critérios que posicionem o método concretista em um quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos, impedindo que o recurso retórico à figura do caso concreto se transforme em um apanágio para a ditadura da subjetividade e do descritério, resguardando a segurança jurídica nas relações contratuais.

Palavras Chaves: Hermenêutica – Interpretação Contratual – Concreção – Circunstâncias do Caso – Proporcionalidade

ABSTRACT

Having the contractual hermeneutics as its analysis goal, the following study searches the basis in which the contract institute comprehension comes from, outlining the necessary ways to the stabilization of the interpretative activity and highlighting the essential of a reason by concretion in the interpretative plan.

Using the gadamer's philosophical hermeneutics as the primarily theoretical basis, the research doesn't focus on the conductive ways of demonstration or the interpretive activity eye, firstly looking for a way to present the assumptions that allow and conduct the contract interpretation and the structures that guarantee the contractual relation concretion. With no claims of mastering the hermeneutic phenomenon, this scientific investigation tries to understand it.

On the shades of legal concretion, this essay faces the material and normative aspects contained in the complex objective situation that forms the contract horizon by the usage of normative postulates of case circumstances and proportionality. Moreover, the research reaches the boundaries of this logical form, setting parameters and criteria that place the concretist method in an intelligibility and intersubjective control board, avoiding that the rhetorical resource generalizes the dictatorship of subjectivity and discriterion, safeguarding the legal security in contractual relations.

Keywords: Hermeneutics – Contractual Interpretation – Concretion – Case Circumstances – Proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
I. A ATIVIDADE HERMENÊUTICA	12
A. O HORIZONTE DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA	12
1. O OBJETO E OS LIMITES DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA.....	12
2. A DELIMITAÇÃO DO HORIZONTE HERMENÊUTICO.....	24
3. O CARÁTER CRIATIVO, CONSTRUTIVO E PRODUTIVO DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA	33
4. A INCOMPLETUDE DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA.....	46
5. O CARÁTER CRÍTICO DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA	62
B. A HERMENÊUTICA CONTRATUAL	68
1. AS PARTICULARIDADES DA HERMENÊUTICA CONTRATUAL.....	69
2. O NEGÓCIO JURÍDICO E SEU CONTEÚDO	74
3. A AUTONOMIA PRIVADA E SUA RELEVÂNCIA HERMENÊUTICA	86
4. O PROCEDIMENTO, OS MÉTODOS E AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO.....	106
5. A FIXAÇÃO DO OBJETO E DA DIMENSÃO FUNCIONAL DA HERMENÊUTICA CONTRATUAL	143
II. HERMENÊUTICA E CONCREÇÃO	167
A. O RACIOCÍNIO JURÍDICO POR CONCREÇÃO	169
1. OS PRESSUPOSTOS GERAIS SOBRE O RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO.....	170
2. A NECESSÁRIA IMPOSIÇÃO DE LIMITES AO RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO.....	186
3. A INFLUÊNCIA DO RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO NA FORÇA NORMATIVA DO CONTRATO....	196
4. O PONTO DE RELEVÂNCIA HERMENÊUTICA E A EXTENSÃO DOS MEIOS INTERPRETATIVOS ..	205
5. A NATUREZA JURÍDICA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E DA PROPORCIONALIDADE	214
B. A CONCREÇÃO FÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL	219
1. O POSTULADO NORMATIVO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO	219
2. OS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O POSTULADO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO	232
3. A JURISPRUDÊNCIA E O PARADIGMA DA SÚMULA VINCULANTE N. 01, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	252
C. A CONCREÇÃO NORMATIVA DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL	257
1. AS PREMISSAS GERAIS DA CONCREÇÃO NORMATIVA DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL....	257
2. O POSTULADO NORMATIVO DA PROPORCIONALIDADE	268
3. OS PRESSUPOSTOS DA SISTEMATICIDADE HERMENÊUTICA	280
CONCLUSÃO	295
REFERÊNCIAS	324

INTRODUÇÃO

Tendo como objeto de análise a hermenêutica contratual,¹ o presente estudo pretende investigar as bases sobre as quais surge a compreensão desse instituto sociojurídico, delineando os caminhos necessários e adequados à efetivação da atividade interpretativa, com destaque para a imprescindibilidade de um raciocinar por concreção no plano exegético.

Nesse contexto, cabe salientar, desde já, que a pesquisa não detém uma preocupação direta em demonstrar vias de condução e correição da atividade interpretativa.² Visando alcançar as estruturas que garantam a efetiva concreção da

¹ Sem negar a influência da teoria da interpretação explicitada em todas as espécies contratuais e ramos do Direito, o estudo tem como foco primário os contratos paritários.

² Esta pesquisa irá focar as estruturas transcendentais que condicionam o compreender (modo de ser do fenômeno interpretativo), tendo-se excluído da análise aquilo que para as teorias clássicas da interpretação surge como função primordial: a análise e enunciação de cânones interpretativos (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 200-201). Sem pretender negar a importância do procedimento metódico e as convergências existentes entre os cânones de interpretação e os pressupostos da hermenêutica filosófica, esta pesquisa atende ao alerta de Karl Larenz: “*Não é tarefa de uma metodologia jurídica, ao contrário do que pretende uma opinião amplamente difundida, estabelecer uma espécie de catálogo de regras de procedimento, cuja observância estrita pudesse garantir resultados acertados. (...) A tarefa da metodologia é mostrar a possibilidade e os modos específicos de proceder deste pensamento. (...) Não é necessário (...) aceitar a validade exclusiva do conceito cientifista de ciência*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. XXI-XXII). Como adverte Miguel Reale, a aceitação irrestrita do modelo das ciências (naturais) resultou na equívoca redução da teoria do conhecimento à teoria da ciência, o que resta mais nocivo quando se esquece – o que ocorre com o pensamento majoritário – que as ciências são momentos essenciais de uma cultura (REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 24 e 42). A busca pela correição interpretativa, em sentido estrito, é tarefa tanto do estudo instrumental da interpretação dos contratos, que visa delinear regras que guiem o intérprete, quanto da teoria da argumentação, que visa oferecer bases para a construção e estruturação do raciocínio jurídico. Deve-se reconhecer que a questão da retórica, em especial, traz importantes complementos ao marco teórico aqui apresentado, principalmente no que respeita à explicitação de conteúdos do procedimento compreensivo (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004, p. 339; HECK, Luís Afonso. Aulas ministradas na cadeira *Teoria da Argumentação Jurídica e a Questão da Fundamentação Jurídica (DIRP118)*, proferida em 2007/I, no PPGDir/UFRGS, 2007a; HECK, Luís Afonso. Aulas ministradas na cadeira *Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (DIRP146)*, proferida em 2007/II, no PPGDir/UFRGS, 2007b). Porém, a necessária escolha e delimitação do tema da pesquisa implica, necessariamente, uma tomada de posição excludente de outras possibilidades, e uma delas é analisar as influências da teoria da argumentação na atividade hermenêutica. De qualquer modo, cabe mencionar que, salvo melhor juízo, a explicitação da compreensão, em termos de construção de um raciocínio jurídico, se constitui em um momento posterior ao fenômeno hermenêutico, pois, como salienta Gadamer, “*quem quer compreender não precisa afirmar o que compreende*” (GADAMER, 2004, p. 317). Embora sejam momentos distintos, há uma inegável relação entre interpretação e argumentação, pois se de um lado o caráter dialógico da compreensão exige o uso da argumentação entre

relação contratual, a análise estará voltada aos pressupostos que possibilitam e condicionam a interpretação do contrato, segundo a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, aqui adotada como base teórica primária.³ Em face desta escolha (ao seu modo arbitrária), o estudo pretende conjugar esta matriz filosófica com a base dogmática do Direito Privado voltada à interpretação do contrato, procurando contribuir com as discussões neste campo do saber jurídico, que se constitui no foco primordial do presente exame científico.

A consecução destes objetivos demanda, necessariamente, a formulação de um juízo crítico acerca da reflexão metodológica,⁴ o que implica a superação do pensamento dogmático que há muito habita o senso comum teórico dos juristas brasileiros.⁵ A construção do pensamento jurídico neste estudo acabará conduzindo o

os locutores (sujeitos e objetos), mesmo no plano interno do pensar, de outro a argumentação pressupõe a interpretação, uma vez que só argumenta legitimamente quem compreende a alteridade da coisa e do outro. Embora existam diferenciações evidentes, a proximidade entre as dimensões ora examinadas é tamanha que parte da doutrina entende que não é possível interpretar sem argumentar, assim como não é possível argumentar sem interpretar (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 100-101 e 233-234). Ademais, é inequívoca a necessidade da compreensão vir à tona, o que se dá por intermédio da argumentação, aspecto que está intimamente correlacionado a busca pela objetividade no âmbito hermenêutico (alcance da intersubjetividade quando a compreensão se eleva ao plano de uma intercomunicação). Nesses termos, deve ser reconhecido que a argumentação pode fazer-se presente até mesmo no plano subjetivo do compreender, mas, em termos teóricos, esta dimensão parece estar representada no aspecto aplicativo que é inerente à atividade hermenêutica.

³ Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria entendem existir um perfeito paralelismo entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica (VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e Interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 1999, p. 189-190; ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di Interpretazione*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, p. 65).

⁴ GADAMER, 2004, p. 133.

⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 78 e 82; WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 22. Embora não se pretenda discutir esse *senso comum teórico*, cabe ressaltar que grande parte da doutrina jurídica ainda não introjetou a mudança de paradigma havida na filosofia, relativamente a viragem linguística e a constituição de mundo pela compreensão. Os operadores do direito continuam indelevelmente mergulhados em seus hábitos, num conjunto de crenças, práticas e pré-juízos arraigados a opiniões anteriores, como se tais fossem verdadeiros dogmas, fazendo com que permaneçam reféns da cotidianidade, que se traduz na expressão *como sempre o direito tem sido* (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38), o que resta por impedir a necessária releitura do fenômeno jurídico, especialmente no campo da teoria da compreensão.

leitor para alguns questionamentos produtivos,⁶ os quais passam longe dos limites tranquilizantes da tradição metódica voltada simplesmente ao estabelecimento de um “sentido e alcance” da atividade hermenêutica cabalmente definíveis *a priori*.⁷

Estando ciente do condicionamento dos seus pontos de partida⁸ e buscando alinhar a pesquisa com construções teóricas que proveem da experiência prática (cultural, ética, social, jurídica e política),⁹ este estudo procura responder às seguintes perguntas: A partir de que pressupostos e estruturas é possível a compreensão do contrato? Em face destes elementos condicionantes, como se dá a compreensão dos elementos fáticos e normativos que formam a declaração negocial, o contrato e a relação contratual?

Estes questionamentos dirigem o foco de análise, posicionando-o conscientemente a um passo do que tradicionalmente se entende por interpretação contratual,¹⁰ exatamente ali onde se encontram os antecedentes indispensáveis à

⁶ Tratando sobre os paradigmas contratuais, destacam Eros Roberto Grau e Paula Forgioni que “*mais difícil é aceitar que o novo e o antigo se mesclam e, no resultado geral, as fronteiras de um extrato são fluidas, impossibilitando a confortável ilusão da segurança jurídica*” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15).

⁷ MORATALLA, Domingos Agustín. Historia y Filosofía em H. G. Gadamer. In: GADAMER, Hans-Georg. *El Problema de la Conciencia Histórica*. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 25.

⁸ Miguel Reale reconhece que, no início de toda investigação, há um problema prévio de seleções de conteúdo e definição de prioridades, o que implica naturais e determinadas escolhas e atitudes axiológicas (REALE, 1999, p. 194). O presente ensaio não pretende esgotar as discussões acerca do tema tratado, mas antes suscitar novas vias possíveis de abordagem do problema hermenêutico, as quais jamais chegarão a um tal ponto de maturidade que encerre o diálogo, pois como suscita Gadamer, “*seria um mau hermeneuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra*” (GADAMER, 2004, p. 544). No mesmo sentido Miguel Reale, para quem “*a busca de universalidade não exclui, mas antes exige, a consciência da perfectibilidade ou da natureza inacabada e sempre provisória de todas as formas de conhecimento, filosófico e científico*” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66).

⁹ GADAMER, 2004, p. 561; ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O Ideal da Europa: Gadamer e a hermenêutica da alteridade. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000, p. 326; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 436; MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da Criação e dos Esquecimentos: o Holzwege do mandado de injunção. In: *Revista Forense*, v. 390, mar./abr. 2007, p. 181.

¹⁰ Atualmente a interpretação ainda quer ser, antes de tudo, uma doutrina do método, o que garante seu lugar técnico-científico. Nessa condição, encontra-se presa à lógica do sujeito cognoscente, baseada na dicotomia sujeito-objeto e alheia a importância da linguagem e ao caráter construtivo do processo hermenêutico, buscando a mera extração de um sentido imanente ao objeto interpretado, por meio da

consecução desta tarefa. Nesses termos, o viés objetivo do estudo precede a todo comportamento subjetivo do intérprete e a todo procedimento metodológico das ciências da compreensão, inclusive no que respeita à aplicação de suas regras e cânones.¹¹ No lugar de pretender dominar o fenômeno hermenêutico, aqui procura-se compreendê-lo. Recuando a análise, pretende-se contribuir para que o intérprete ache o verdadeiro caminho da compreensão e o desbrave sobre bases mais firmes, seguras e, principalmente, verdadeiras.

Seguindo esta vertente, cabe salientar, desde já, que o presente estudo se debruça sobre uma hermenêutica vivida mais do que sobre uma hermenêutica pensada, pois antes de se constituir em um instrumento à disposição do homem, o compreender é aqui assumido como sendo a estrutura constitutiva do *Dasein* (*ser-aí*)¹² e uma dimensão intrínseca do ser humano, a qual é, antes de tudo, prática, temporal, intencional, histórica, linguística, dialética e universal.¹³ É o desvelamento desta dimensão complexa e dos pressupostos condicionantes da compreensão que permitirá a apresentação de uma doutrina da interpretação contratual que conceda relevo às vicissitudes humanas e à

adoção de métodos de conhecimento que trabalham com a lógica cientificista do conhecer para dominar (GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 2: a virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007b, p. 158; MÖLLER, Josué Emilio. A Aplicação da Hermenêutica Filosófica Contribuindo para a Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v.30, n. 63, jan. 2006, p. 82; ARAÚJO, André Gustavo de Melo. *A Atualidade do Acontecer: contribuição à leitura do projeto dialógico de mediação histórica na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo: Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, nov. 2005, p. 20).

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 16.

¹² A expressão *Dasein* (*ser-aí*) indica a situação existencial do ser humano em sua facticidade, ou seja, a condição (humana) que compromete o homem com situações e instâncias por ele não escolhidas. A chave para o entendimento deste preceito está na partícula *aí*, significativa do mundo concreto, real e cotidiano, no qual o ser humano está imerso e que se constitui no espanto primordial e na origem de toda e qualquer indagação ontológica. A identidade existencial do homem e o mundo estão completamente fundidas, pois o *ser* é *ser-mundano*, razão pela qual o compreender é um modo de ser do *Dasein* como *ser-no-mundo* (o saber é uma espécie de *ser*).

¹³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 145, 214 e 216; MORATALLA, 2003, p. 17-18 e 20. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, v. 6, São Paulo: Paulus, [s.d.], p. 250. Como afirma André Araújo, “*nada mais claro que, desde Gadamer, a hermenêutica não mais poderia ser (apenas) ferramenta a serviço da técnica auxiliar da compreensão dos textos*” (ARAÚJO, 2005, p. 158).

autoria criativa do sujeito cognoscente, aspectos que servirão de sustentáculo à indispensável busca da concreção fática e normativa da relação contratual.

Em razão da natureza ontológica do paradigma hermenêutico escolhido, nem todas as condições que serão desenvolvidas possuem ou fazem parte de um *procedimento* ou *método*, no sentido de que quem as compreende possa aplicá-las por si mesmo.¹⁴ Antes, estas condições devem estar dadas ao intérprete, de modo a possibilitar o desenvolvimento próprio do processo exegético.¹⁵ Como dito, aqui não se pretende desenvolver ou estabelecer um determinado procedimento compreensivo apresentando pautas para a interpretação do contrato (discurso prescritivo), mas, sim, apontar e dissertar sobre as condições que sempre se dão na atividade hermenêutica, enfatizando aquilo que invariavelmente acontece com o intérprete, independente do que este deseja, faz ou deveria fazer (discurso descritivo), sem negligenciar, evidentemente, a busca de soluções práticas que envolvam a atividade de compreensão do contrato.

O estudo contempla peculiares preocupações em termos bibliográficos. Em um viés transdisciplinar,¹⁶ procura-se projetar ao exame da hermenêutica contratual as

¹⁴ Nesse sentido o entendimento do próprio Gadamer: “No conjunto de nossa investigação mostrou-se que 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” (GADAMER, 2005, p. 631). Heidegger e Gadamer posicionaram a tarefa hermenêutica à margem da metodologia própria das ciências da natureza e da tarefa de elencar regras de interpretação textual, enfocando a explicação fenomenológica da própria existência humana (PALMER, 1997, p. 51). Não se trata de um caráter “ametódico” ou “antimetódico” da hermenêutica, mas no reconhecimento de que esta trabalha em outra perspectiva que não aquela derivada da cientificidade cartesiana. As ciências do espírito se desenvolvem em uma dimensão que se encontra para além da questão do método. No cerne da teoria gadameriana encontra-se a crítica à visão unívoca de racionalidade que limitou a filosofia a uma discussão metodológica (GACKI, Sérgio Ricardo Silva. Perspectivas do Diálogo em Gadamer: a Questão do método. In: *Cadernos Instituto Humanitas Unisinos*, n. 16, 2006, p. 8 e 11; BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência Histórica e Hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey. In: *Revista Trans/Form/Ação*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista. n. 28(2), 2005, p. 150).
¹⁵ GADAMER, 2005, p. 391.

¹⁶ A conquista de autonomia e independência por um determinado ramo do conhecimento humano não pode significar isolamento científico. Gadamer entende que a pesquisa interdisciplinar surge como um dos desideratos da ciência, havendo a necessidade do pesquisador olhar para além de seu campo de trabalho, encarando as suas reflexões com novos olhares e oxigenando questões há muito tempo conhecidas. A escolha desta pesquisa pela abordagem filosófica não é aleatória, pois a sua visão de totalidade “*está implicitamente presente e operante em qualquer auto-reflexão em nível de pesquisa*”

originais e indispensáveis lições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer,¹⁷ realizando um contraponto produtivo, naquilo que for possível, com a teoria metodológica de Emílio Betti.¹⁸ O grande objetivo é estabelecer pontes discursivas entre a doutrina civilista e os elementos trazidos genericamente pela análise filosófica, retomando aspectos de uma tradição que, não obstante tenha influenciado decisivamente o Direito Privado, hoje resta obscurecida.¹⁹ Independentemente das eventuais discordâncias que possam surgir – até mesmo porque o diálogo transdisciplinar importa na mútua transposição de questões teóricas aos campos do saber envolvidos, o que é deveras problemático –, o rigor científico não permite mais ignorar as lições que serão aqui apresentadas.²⁰

(GADAMER, Hans-Georg. Teoria, Técnica e Prática: a tarefa de uma nova antropologia. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, P. (org.). *Nova Antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural*. v. 1 (antropologia biológica), São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977a, p. 5; GADAMER, Hans-Georg. Considerações Finais. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, P. (org.). *Nova Antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural*. v. 7 (antropologia filosófica), São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977b, p. 276 e 278-279).

¹⁷ STEIN, 2004, p. 71. O direito como um todo se apresenta como um *locus* privilegiado para a aplicação da hermenêutica filosófica (HOMMERDING, Adalberto Narciso. O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 91, 2003, p. 17), razão pela qual a mesma influencia até mesmo o campo específico da interpretação dos contratos.

¹⁸ Como antes mencionado, a hermenêutica filosófica é adotada neste estudo como base teórica primária, sendo que a concepção bettiana servirá, diretamente, para o apresentação das diferenças de objetivos que existem entre uma apreensão ontológica e metodológica do fenômeno hermenêutico. Contudo, como ficará claro no desenvolvimento da pesquisa, as diferentes pretensões de cada paradigma não afastam as possibilidades de diálogo, nas quais será possível identificar expressivas aproximações em temas de fundamental importância para o alcance da compreensão. Como refere Richard Palmer, há espaço para uma hermenêutica orientada pela objetividade e método e outra pela historicidade da compreensão, sendo o fenômeno hermenêutico amplo e complexo demais para abarcar apenas uma concepção (PALMER, 1997, p. 68 e 75-76). Nesse sentido: VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 198-201.

¹⁹ Como refere Betti, “*desde tempos remotos, no campo do direito, o território mais fértil de questões interpretativas é o direito civil*”, até mesmo porque foi no âmbito privado que se deu a formulação dos cânones hermenêuticos fundamentais que, posteriormente, foram exportados e dominaram o direito público (em especial o direito constitucional) (BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XLII-XLIII). James Gordley entende que a filosofia transformou significativamente o trabalho dos juristas, sendo a partir daquele ramo do saber que o contrato foi organizado em uma doutrina sistemática e coerente pela primeira vez. Ademais, o autor refere que a estrutura de conceitos contratuais dispostas na ordem estatal, por comungar desta origem comum, é similar nos sistemas de *civil law* e *common law* (GORDLEY, James. *The Philosophical Origins os Modern Contract Doctrine*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991, p. 1-2 e 230).

²⁰ HECK, 2007a.

Por deter um viés transdisciplinar, talvez o grande desafio deste estudo seja inserir satisfatoriamente, do ponto de vista científico, uma matriz hermenêutica ontológica (situada no plano do *ser*) no universo normativo do Direito (situado no plano do *dever-ser* construído por meio de determinados institutos e categorias jurídicas). Sobre esta questão, cabe suscitar, desde já, que o necessário enfrentamento das categorias presentes no plano do Direito não contradiz a correção da matriz ontológica da hermenêutica filosófica, não havendo, *a priori*, nenhuma pretensão de desconstrução deste paradigma. O fenômeno hermenêutico é amplo e, em sua complexidade, depende da inclusão e assimilação das peculiaridades da área do conhecimento humano em que esteja atuando (no caso o Direito Contratual).²¹

Adentrando de forma introdutória e superficial na concepção gadameriana, mister se faz salientar que, perante este paradigma, a hermenêutica assume a finitude do intérprete, a historicidade da compreensão (autoridade da tradição) e a questão da linguagem como princípios básicos e pressupostos produtivos permanentes no caminho fenomenológico em direção à coisa mesma, que se constitui na pedra fundamental sobre a qual é edificado um projeto prévio de compreensão. Esses pressupostos não são afastados nem mesmo quando se tem em vista um objeto essencialmente dinâmico como o contrato. A realização da compreensão nunca começa do vazio e sempre coloca em jogo as várias possibilidades de conhecimento por meio de uma estrutura prévia que condiciona a compreensão e forma expectativas de sentido extraídas da relação precedente do sujeito cognoscente com o objeto. Nesse sentido, o agir interpretativo

²¹ Gadamer construiu um paradigma de compreensão unitário, não tendo se preocupado com as peculiaridades do projeto de *dever-ser* que constitui o universo normativo do Direito. Nesses termos, o exame das categorias presentes no *Nomos Jurídico* não visa desconstruir a matriz gadameriana que se centra no existencial do *ser*, mas inserir esta dimensão em um mundo (jurídico) que é construído sob a promessa constante do *dever-ser*. Dito de outra forma, ao se trabalhar com as categorias do Direito, não se está negando a natureza essencialmente ontológica da atividade hermenêutica.

sempre pertence a uma situação hermenêutica específica e já se encontra prefigurado pelos juízos prévios que o sujeito tem sobre o objeto interpretado (pré-compreensão), os quais, de modo consciente ou inconsciente, comandam seu discurso e compreensão.

Partindo desta projeção inicial, cabe ao intérprete esclarecer e convalidar seus preconceitos (legítimos) por meio de mediações autênticas (perguntas orientadas) no diálogo com a alteridade da coisa, deixando possibilidades ao objeto, o que ocorre quando não se silencia o complexo horizonte do contrato, que deve ser desvelado e trazido ao horizonte do intérprete. Essa atividade, que é realizada sem a intervenção necessária de um procedimento metódico, dá-se estruturalmente de forma circular ou espiraliforme (na dicção de Hassemmer), pois demanda que o intérprete realize um retorno reflexivo e contínuo ao projeto prévio de compreensão, a partir da relação estabelecida e desenvolvida com a coisa a ser compreendida.

A necessidade imperativa e cogente do sujeito “deixar a coisa falar” constitui-se na tarefa primeira, constante e última da atividade hermenêutica, já que esta se inicia na coisa, se desenvolve por meio de mediações dialógicas entre o projeto prévio e o objeto e termina quando o hermeneuta encontra as verdadeiras possibilidades de interpretação na convalidação de tal projeto naquilo que está interpretando. O resultado destas considerações é o amálgama hermenêutico entre sujeito e objeto, pois não apenas o intérprete sai diferente do processo hermenêutico, mas também a coisa, que embora mantenha sua singularidade (e a alteridade da tradição), ganha novas e verdadeiras possibilidades de ser compreendida, adquirindo diferentes unidades de sentido em um horizonte mais amplo.²²

²² ALMEIDA, Custódio de; FLICHINGER, Hans-Georg; RHODEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 61-68.

É a partir da estrutura do *Dasein* e do condicionamento da atividade interpretativa à necessidade de “deixar a coisa falar” que se alcança a indispensabilidade hermenêutica do raciocínio por concreção, pelo qual a força enunciativa dos elementos normativos contratuais passa a ser compreendida em essencial coordenação com o caso concreto, em um processo multidirecional entre Direito e realidade, dimensões que nesse paradigma passam a se complementar e interpenetrar continuamente. Nesse viés, o contrato é interpretado a partir das circunstâncias concretas e de sua correlação com determinados elementos normativos e axiológicos do sistema jurídico.²³

Porém, a tarefa deste estudo não se restringe à apresentação dos matizes da concreção jurídica. A pesquisa alcança, ainda, os limites desta forma de raciocinar, fixando parâmetros e critérios que posicionem o método concretista dentro de um quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos, já que seu excesso impede processos de discernimento, abstração, valoração, ordenação e sistematização; obstaculizando, assim, o próprio nascimento e desenvolvimento do agir científico que deve se fazer presente tanto na dogmática (aspecto teórico) quanto na narrativa jurídica (aspecto prático).²⁴ Este desiderato cumpre com a necessidade de se impor limites à onipotência da reflexão,²⁵ preocupação que diz com o resguardo da segurança jurídica nas relações contratuais.²⁶

Em termos estruturais, a primeira parte do estudo tem como objeto as especificidades próprias da atividade interpretativa, na qual são enfrentados os

²³ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscita pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v. 4. São Paulo: Método, 2005b, p. 136-137.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio. In: CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 35.

²⁵ GADAMER, 2005, p. 449.

²⁶ O contrato inegavelmente visa garantir previsibilidade e certeza aos contraentes, permitindo o planejamento particular, protegendo expectativas legítimas e razoáveis e potencializando a possibilidade de cumprimento das promessas, tanto pela formalização do acordo quanto pela possibilidade de coação estatal.

pressupostos fundamentais da teoria geral da hermenêutica (Tópico A) e desenvolvidas algumas das questões essenciais à interpretação contratual (Tópico B). Assentadas as premissas basilares do fenômeno hermenêutico que se debruça sobre o instituto do contrato, a segunda parte tem como tema a influência do método concretista no âmbito da interpretação contratual, apresentando as considerações gerais sobre o raciocínio por concreção (Tópico A) e enfrentando as peculiaridades da concreção fática, relativa ao contexto material significativo da relação contratual (Tópico B) e, ainda, da concreção normativa, atinente à relação da pactuação privada com as diretrizes do ordenamento jurídico (Tópico C).

Encerrando esta parte introdutória, cabe destacar que o estudo logrará êxito se sua narrativa contribuir, ao seu modo, para o delineamento de uma doutrina jurídica da interpretação contratual que se conjugue adequadamente com uma teoria da compreensão, de cujo amálgama seja possível extrair a conciliação das pretensões objetivas da teoria hermenêutica com o reconhecimento da subjetividade criadora do sujeito cognoscente, na unidade integrante e dinâmica da transdisciplinariedade da pesquisa que foi aqui proposta.²⁷ Como fez Emílio Betti,²⁸ no diálogo que agora se passa a construir com o leitor cabe reivindicar apenas a liberdade de manifestação do pensamento próprio do autor deste estudo científico, cumprindo a missão que cabe ao pesquisador de dizer a verdade segundo sua ciência e convicção.

²⁷ REALE, 1999, p. 22.

²⁸ BETTI, 2007, p. XV e XXXI-XXXII.

I. A ATIVIDADE HERMENÊUTICA

Procurando conjugar os campos da filosofia e da teoria geral do Direito Civil, em um viés transdisciplinar que norteou e conformou esta pesquisa científica, a primeira parte do estudo está voltada para a discussão das matérias atinentes às especificidades próprias da atividade interpretativa. No primeiro tópico serão considerados alguns dos temas referentes à teoria geral da hermenêutica, reservando-se para o segundo capítulo o desenvolvimento de questões atinentes à teoria geral da hermenêutica contratual.

A. O Horizonte da Atividade Hermenêutica

No presente tópico será apresentada a estrutura teórica do horizonte hermenêutico, em seu plano geral, o que compreenderá tanto a fixação de seu objeto, limites e alcance, como a defesa de um caráter produtivo, incompleto e crítico da interpretação. Subsidiária e complementariamente, serão enfrentados algumas das estruturas e pressupostos fundamentais da teoria gadameriana que interessam à interpretação dos contratos, exatamente por condicionarem e possibilitarem esta atividade.

1. O objeto e os limites da atividade hermenêutica

No paradigma gadameriano, a hermenêutica, enquanto teoria da compreensão, consiste em tomar consciência do que realmente ocorre quando algo se oferece à compreensão e o sujeito compreende, constituindo-se, mais concretamente, na arte da

interpretação daquilo que passa a ser compreendido.²⁹ Nesses termos, o desenvolvimento do pensamento hermenêutico gadameriano não diz com “*o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas (com) o que nos acontece além do nosso querer e fazer*”,³⁰ precedendo todo comportamento subjetivo e metodológico.

Para a hermenêutica filosófica, a dimensão exegética se encontra na base de toda experiência de mundo,³¹ pois a compreensão transcende sua condição enquanto modo de conhecer, constituindo-se no próprio *modo de ser* do homem. O sujeito sempre interpreta, uma vez que é a atividade hermenêutica que produz toda e qualquer compreensão. Essa noção amplia significativamente o objeto da atividade hermenêutica, que passa a responder, também no plano da *práxis*, pela experiência e realidade que engloba o intérprete, o objeto e a relação destes entre si e com o mundo (natural e jurídico) que os constitui e condiciona.³²

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. Poema y Dialogo: reflexiones em torno a uma selección de textos de Ernst Meister. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1993a, p. 144; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 1: Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007a, p. 94-95).

³⁰ Refere Gadamer que a atividade hermenêutica é “*o modo de ser da própria pré-sença (Dasein)*”, e que a “*hermenêutica é uma palavra que a maioria das pessoas não conhece (...) nem precisa conhecer (...) mas ainda assim a experiência hermenêutica atinge-as e não as exclui*”, o que denota que a compreensão é um acontecimento, e não mais um mero processo mecânico de aprendizagem. Este aspecto é tão relevante na obra gadameriana que o filósofo refere que, originariamente, pretendia nominar sua obra *Verdade e Método* com o título *Compreensão e Acontecimento* (GADAMER, 2005, p. 14 e 16; GADAMER, 2004, p. 280, 561 e 563; GADAMER, 2007a, p. 115; GADAMER, Hans-Georg. *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998c, p. 24). Após Gadamer, a compreensão não pode mais ser vista como um simples ato do homem, tendo de ser quantificada enquanto evento que ocorre no homem (PALMER, 1997, p. 217).

³¹ A visão de Gadamer é tão ampla que abarca, inclusive, o estudo dos fenômenos naturais (GADAMER, 2004, p. 138). Emilio Betti discorda deste entendimento, referindo ser impróprio qualificar como interpretação o diagnóstico de um fenômeno físico e a explicação de fenômenos naturais (BETTI, 2007, p. XLII, XCIV e XCIX). A centralidade da atividade hermenêutica no plano da interpretação dos contratos é evidenciada por Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 105, 129-133, 183 e 435).

³² GADAMER, 2004, p. 566; GADAMER, 2007b, p. 180. Na teoria gadameriana a experiência e a realidade estão dimensionadas no âmbito racional do que pode ser objeto de acordo, o que circunscreve a hermenêutica dentro de uma dimensão ético-prática (SILVA, Rui Sampaio. Gadamer e a Herança Heideggeriana. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000b, p. 529-530). O caráter prático da atividade hermenêutica é salientado por Gadamer quando este afirma que “*a essência da reflexão hermenêutica consiste justamente em que ela deve surgir da práxis hermenêutica*”, embora não se possa confundir o aspecto teórico e prático, já que “*a*

Esta matriz teórica permite que a atividade hermenêutica contratual alcance a conexão existente entre a declaração negocial e os elementos fático-normativos que constituem a relação contratual. Porém, torna-se produtivo traçar um paralelo desta vertente com a concepção metodológica de Emílio Betti que, embora seja mais restritiva,³³ aporta interessantes elementos para uma atividade hermenêutica jurídica, situada no plano do *dever-ser*, principalmente no que respeita à centralidade destinada à questão da forma.

Para o jurista italiano, a possibilidade de compreensão surge quando o intérprete se encontra na presença das chamadas *formas representativas*.³⁴ Enquanto o vocábulo *forma* denota a relação unitária de elementos sensíveis que conserva a marca de quem a criou (aspecto físico da declaração ou comportamento),³⁵ o termo

hermenêutica filosófica não é ela própria a arte do compreender, mas a sua teoria” (GADAMER, 2004, p. 10 e 34).

³³ PESSOA, Leonel Cesarino. A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti: dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, 2001, p. 64-66. Na mesma passagem o autor aponta que Emilio Betti distingue a interpretação de outras formas de conhecimento quando restringe seu objeto às formas representativas, conceito com características bastante próprias. O objeto da interpretação bettiana não é uma coisa simples, mas uma objetivação do espírito, fato que irá condicionar toda a construção teórica, culminando na concepção reconstrutiva do procedimento hermenêutico, como será apresentado no tópico “O caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica”.

³⁴ BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffrè, 1990a, p. 59 e 62.

³⁵ BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2 ed., v. 2, Milano: Giuffrè, 1990b, p. 802 e 817. Miguel Reale entende que “ao contrário de preexistirem no espírito formas definitivas, o que o caracteriza é antes o poder de ir sempre constituindo novos e adequados esquemas e processos de captação do real, o qual, a rigor, só existe sob o prisma gnoseológico, enquanto se converte em objeto” (REALE, 1999, p. 33). A questão da forma e de sua representatividade é de fundamental importância no campo jurídico, especialmente de sua interpretação, pois enquanto em outras esferas de manifestação humana (v.g.: arte) a representação não se encontra aprioristicamente vinculada a uma forma, no direito a representatividade normativa legal e contratual se encontra invariavelmente, em maior ou menor grau, vinculada a uma determinada forma prescrita para o âmbito material ou processual (ex.: tipos contratuais, cláusulas obrigatórias, número mínimo de testemunhas, etc.). Como salienta Betti, “o negócio deve responder àqueles mesmos requisitos de estrutura a que deve satisfazer para configurar um negócio existente e válido: os requisitos de relevância para a interpretação são ligados por um nexo de coerência harmônica aos requisitos estruturais de validade e de existência jurídica” (BETTI, 2007, p. 350; BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. 2, Campinas: LZN, 2003b, p. 178). Como contrato e autonomia privada são fenômenos sociais, a forma atende a uma exigência de recognoscibilidade, essencial ao entendimento da espiritualidade alheia, uma vez que um ato só é reconhecível pelos outros por meio de sua forma e nenhum negócio existe sem uma forma que o torne socialmente reconhecível, pois é esta que revela a tomada de posição do contratante em relação aos interesses em jogo, mesmo que este não tenha consciência disto. Por fim, cabe destacar que esta recognoscibilidade é dirigida, pois a exigência não abrange toda a sociedade, mas o círculo onde o contrato possui relevância jurídica, em

representativa diz com a manifestação de um espírito revelado ao intérprete por meio da forma e que com ele procura comungar (plano metafísico do sentido da comum intenção das partes contratantes). Sob o prisma da teoria bettiana, o objeto da interpretação é a manifestação objetiva de um pensamento que se consubstancia por meio de um comportamento prático. A representatividade do pensamento (situação objetiva complexa) chega ao intérprete por intermédio da forma (declaração negocial e circunstâncias),³⁶ razão pela qual o objeto da interpretação não é uma espiritualidade que fala ao intérprete (vontade subjetiva), mas a objetivação de uma espiritualidade em uma determinada forma (representativa) que se põe entre a espiritualidade do autor e do intérprete, em um processo triádico que envolve a forma representativa e dois polos espirituais.³⁷ Contudo, cabe destacar que o presente estudo rechaça esta cisão, encampando a noção gadameriana de que na atividade hermenêutica inexistente uma separação entre sujeito e objeto.

Existem dois aspectos da teoria bettiana que merecem ser destacados. Primeiro, o efeito representativo do objeto independe da intenção e do pensamento ter sido manifestado com um fim representativo, razão pela qual faz parte da atividade hermenêutica a busca pelo valor (representativo) implícito nos comportamentos práticos que dizem com o negócio jurídico.³⁸ Segundo, a representatividade contida na forma é

conformidade com a estrutura típica do negócio (BETTI, 2007, p. 350; BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. 1, Campinas: LZN, 2003a, p. 79, 181, 183 e 187; BETTI, 2003b, p. 179).

³⁶ BETTI, 1990a, p. 61; BETTI, 2007, p. XXXIII-XCVII. Mister se faz esclarecer que a noção de forma representativa não se limita às declarações negociais externadas, pois o conceito encampa até mesmo o silêncio, objeto de grande significância no âmbito jurídico (MEGALE, Maria Helena Damaceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, jan./jun. 2005, p. 155).

³⁷ MEGALE, 2005, p. 148-149. Analisando a estrutura interna da construção dogmática linguística de Betti, pode-se afirmar que o conceito de formas representativas passa a ser significativa da própria linguagem presente na atividade hermenêutica.

³⁸ BETTI, 2007, p. XXXV-XXXVI.

dinâmica e dialoga com o entorno sociocultural e histórico em que o objeto está inserido, o que remete à necessidade de um raciocinar por concreção.³⁹

Conjugando as teorias, pode-se afirmar que, enquanto para Gadamer o objeto da interpretação é a própria realidade (limitada pela linguagem e historicidade),⁴⁰ para Betti a coisa a ser conhecida é mais restrita, pois se encontra limitada pela noção de *formas representativas*. Embora a dissonância, as correntes de pensamento concordam que a interpretação tem como objeto um sentido que não se limita à forma e aos elementos físicos que a constituem. Como refere Emílio Betti no contexto hermético de seu pensamento, o “objeto de interpretação é sempre a declaração documentada (ato representativo da autonomia), e não o documento que a representa.”⁴¹

Assumido o paradigma gadameriano de que o procedimento hermenêutico sempre ocorre, mesmo quando o intérprete se depara com um objeto de fácil compreensão – já que não há como fugir do fato de que a compreensão se realiza por meio da interpretação –, cabe enfrentar a questão da (in)aplicabilidade do brocardo *in claris cessat (non fit) interpretatio*,⁴² representativo da ideia de que as disposições claras

³⁹ Emilio Betti colaciona o exemplo da transformação da interpretação da lei sem alteração (legislativa) de seu texto, pois a redação da norma pode ser “preenchida por um espírito diferente, conforme o espírito da época e da sociedade para a qual a norma é destinada a valer” (BETTI, 2007, p. 32).

⁴⁰ A hermenêutica filosófica visa exatamente a superação da filosofia da subjetividade a partir da quantificação do vínculo do sujeito cognoscente à tradição e a influência da história na construção de qualquer texto, admitindo que o intérprete jamais conseguirá superar a sua própria facticidade, determinadora da sua experiência de mundo (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 227-229).

⁴¹ BETTI, 2007, p. 400.

⁴² Carlos Maximiliano adverte que o brocardo, embora expresso em latim, não tem origem romana, pois Ulpiano ensinou exatamente o contrário: *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus* (embora claríssimo o édito do pretor, não se deve descuidar da interpretação respectiva). O autor ainda adverte que a este conceito os tradicionalistas opõem a máxima de Paulo: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir a pesquisa acerca da vontade ou intenção). Contudo, conforme consta no Digesto, este brocardo só se refere aos testamentos, enquanto a paremia de Ulpiano abrange a generalidade dos éditos pretorianos (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Globo, 1925, p. 40-41).

dispensam interpretação.⁴³ Esta questão detém grande utilidade prática, seja porque a noção existe desde o romantismo⁴⁴ e ainda se encontra disseminada em muitos manuais, seja porque até mesmo pensadores de enorme relevância (como o próprio Gadamer) deixam margem a contradições com o entendimento de que a atividade hermenêutica é inerente a qualquer forma de conhecimento humano.⁴⁵

O aporte teórico da hermenêutica filosófica permite a superação do brocardo. Miguel Reale, por sua vez, entende que a regra jurídica “*jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação (essencialidade do ato interpretativo)*.”⁴⁶ Não se deve confundir interpretação com dificuldade de interpretação, não sendo a obscuridade um pressuposto para a necessidade de efetivação da compreensão, o que traz consigo duas conclusões, explicitadas a seguir.⁴⁷

⁴³ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contrato: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 140. O brocardo pode ser lido de duas formas: *non fit*, indicando que quando da clareza não há interpretação; e *cessat*, indicando que, em face da clareza, a interpretação deve ser “interrompida”. Claudio Scognamiglio ressalta uma outra apreensão da paremia, a qual indica que, quando o significado textual é unívoco, não podem ser usados cânones hermenêuticos diversos daqueles que pregam o resguardo da literalidade do instrumento contratual (SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1992, p. 301). Nesta parcela do estudo a discussão acerca do brocardo em exame enfatizará a primeira acepção apresentada (quando da clareza não há interpretação).

⁴⁴ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 176.

⁴⁵ STEIN, 2004, p. 51. Exemplificativamente, cabe colacionar três passagens da obra gadameriana onde se verificam as aparentes contradições mencionadas: (1) “*A tarefa da interpretação se apresenta quando o conteúdo do que é fixado por escrito é controverso e é preciso alcançar a reta compreensão da informação*” (GADAMER, 2004, p. 398); (2) “*a hermenêutica se impõe onde não há entendimento com os demais e consigo próprio*” (GADAMER, 2004, p. 213); (3) “*hablamos de interpretación cuando el significado de un texto no se comprende en un primer momento. Una interpretación es entonces necesaria; en otros términos, es preciso una reflexión explícita sobre las condiciones que hacen que el texto tenga tal o cual significado. El primer supuesto que implica el concepto de interpretación es el carácter ‘extraño’ de aquello que debería ser comprendido. En efecto, aquello que es inmediatamente evidente, aquello que nos convence por la simple presencia, no reclama ninguna interpretación*” (GADAMER, Hans-Georg. *El Problema de la Conciencia Histórica*. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 43-44).

⁴⁶ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968, p. 250; REALE, Miguel. Diretrizes de Hermenêutica Contratual. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997b, p. 3.

⁴⁷ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 177; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 118; FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 129-130; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 53-54.

A primeira, de que a qualificação de *clara* concedida à determinada diretriz normativa somente pode ser um resultado do processo interpretativo, e nunca um dado preexistente e pressuposto, o que ignoraria o caráter construtivo da exegese. A clareza não é premissa, mas resultado, não estando a interpretação do contrato condicionada ao fato dele não ser *claro* (deixar margem a dúvidas).⁴⁸

A segunda, de que os textos jurídicos carecem de interpretação não apenas quando são destituídos de clareza, mas sempre, especialmente pelo fato de que devem ser aplicados a determinados casos concretos, tarefa para a qual inexistem soluções previamente estruturadas e que levem em consideração apenas o objeto interpretado.⁴⁹ A interpretação literal do brocardo considera como suficiente a enunciação da disposição normativa como juízo lógico, ignorando que a norma se trata de um instrumento disciplinador de relações sociais e que, por essa razão, sua análise sempre depende de sua inserção nas questões práticas do caso concreto. A atividade hermenêutica não se compadece com a mera subsunção, pois demanda questões relativas à aplicação dos preceitos.⁵⁰

Os problemas do brocardo apenas são evitados com a seguinte restrição da máxima em exame: *as regras claras dispensam (apenas) o esforço interpretativo.*

⁴⁸ BETTI, 2007, p. 231-232; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70-71; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico: panorama geral e a atuação do princípio da conservação*. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2003, p. 65; GRASSETTI, Cesare. *L'Interpretazione del Negozio Giuridico: con particolare riguardo ai contratti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1983, p. 96-97; ALPA, Guido; FONSI, G.; RESTA, G. *L'Interpretazione del Contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983, p. 165-166. Como adverte Jorge Santa Maria, a obscuridade e o juízo de validade do contrato não são requisitos para a interpretação, pois tais qualificações (clareza e validade) são exatamente os resultados da atividade hermenêutica, mais precisamente do momento indissociável que Gadamer denomina de aplicação (SANTA MARIA, Jorge Lopez. *Interpretación y Calificación de los Contratos frente al Recurso de Casación en el Fondo en Materia Civil*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 12-14, 31, 45-46).

⁴⁹ GRAU, 2003, p. 25 e 32.

⁵⁰ A noção de que a hermenêutica é um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação, será enfrentada no tópico seguinte, intitulado “A delimitação do horizonte hermenêutico”.

Embora todo texto deva ser interpretado, nem todo texto apresenta dificuldades de compreensão,⁵¹ com o que concorda Gadamer quando afirma que *“todo esforço de querer compreender começa quando nos deparamos com algo estranho, provocante e desorientador.”*⁵²

Como neste tópico está-se enfrentando os limites do agir hermenêutico, cabe delinear que nessa atividade há uma pertença do sujeito cognoscente com relação ao objeto a ser conhecido, ou seja, há um constante atuar da coisa sobre o intérprete.⁵³ A tarefa primordial do sujeito é não permitir que suas concepções prévias sejam impostas perante o objeto e o sobrepujem fora da relação da circularidade hermenêutica, pois a compreensão deve surgir da coisa mesma. Em outros termos, o intérprete deve deixar a coisa falar,⁵⁴ já que a hermenêutica filosófica reconhece que aquilo que se compreende fala também e sempre por si próprio: a pretensão de verdade contida no objeto surge como sendo a premissa de todo o esforço hermenêutico, que somente se torna eficiente

⁵¹ SILVA, Sergio André R. G. da. A Hermenêutica Jurídica sob o Influxo da Hermenêutica Filosófica de Hans Georg Gadamer. In: *Revista Tributária de Finanças Públicas*, n. 64, set./out. 2005, p. 290-291.

⁵² GADAMER, 2004, p. 217-218.

⁵³ Gadamer refere que todos os seus trabalhos hermenêuticos surgiram da ideia de fortalecimento do outro contra si, ou seja, do deixar o outro vigorar contra si mesmo (GADAMER, 2007b, p. 23-24). Sobre o tema, refere Miguel Reale que *“o espírito projeta-se sempre, e necessariamente, como intencionalidade, para algo, para o ser, e isso demonstra que o homem não conhece porque quer, mas sim porque, em grau maior ou menor, não pode deixar de conhecer”* (REALE, 1999, p. 53), afirmando ainda que *“todo ser (...) para ser suscetível de conhecimento, já deve ter, imanente a ele, alguma possibilidade de determinação, como condição lógica a priori de sua apreensão pelo sujeito, que só ‘cria’ o objeto na medida em que traz algo para si, na condicionalidade de suas possibilidades de captação”* (REALE, 1999, p. 33). Erich Danz concorda com tais premissas, referindo que, no plano contratual, a declaração de vontade só produz os direitos e obrigações que correspondam a sua significação (DANZ, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 16).

⁵⁴ GADAMER, 2004, p. 331; GADAMER, 2005, p. 355 e 385-386; GADAMER, 2003, p. 100. Gadamer refere que *“a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta”* (GADAMER, 2005, p. 358). Em outra passagem, o filósofo afirma que *“o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação”*, e *“esta ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa de aplicação como uma liberdade frente ao texto”* (GADAMER, 2005, p. 436). Heidegger descreve esta estrutura na dinâmica do *“ler o que está lá”*.

dentro dos limites estabelecidos pela coisa.⁵⁵ O compreender exige a abertura do intérprete para a alteridade do outro e/ou do texto, e a sua disposição de deixar valer algo contra si, ainda que não haja nada ou ninguém que assim o exija, além de seu rigor ou consciência científica.⁵⁶

A aceitação da força vinculante do objeto interpretado não limita o projeto da compreensão, mas o expande para um âmbito além das próprias possibilidades do intérprete, âmbito demarcado por seu horizonte hermenêutico.⁵⁷ É no objeto que o intérprete tem um encontro consigo mesmo, devendo reconhecer no outro e no diverso a alteridade do comum (fusão de horizontes),⁵⁸ razão pela qual a pertença do intérprete ao objeto interpretado não indica uma prevalência hierárquica deste e nem ilide a condição

⁵⁵ GADAMER, 2004, p. 317, 331-332, 394 e 529. O texto não é um pretexto para que o intérprete fale aquilo que lhe convém (ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 215), questão que deve ser bem entendida, pois não há outro critério de objetividade além do contraste das opiniões prévias do intérprete com as coisas mesmas (ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 62). Contudo, deve ser esclarecido que a força vinculante (autonomia do objeto) não é absoluta, pois jamais pode recair em uma ingênua negação da intersubjetividade. Nesses termos, mister se faz mencionar, ainda, que os problemas hermenêuticos surgem não apenas quando o operador deixa de perceber o caráter vinculante do objeto interpretado, mas também quando adota esta dimensão apenas discursivamente, jogando para o plano argumentativo a própria compreensão, como ocorre usualmente na lide forense. Nas palavras de Fernando Pessoa (PESSOA, Fernando. *Liberdade*), não pode o sujeito cognoscente transformar os objetos interpretados em “*papeis pintados com tinta*”, aplicando-os em uma situação em que está indistinta “*a distinção entre nada e coisa nenhuma*”.

⁵⁶ GADAMER, 2005, p. 355-358 e 472; GADAMER, 2007a, p. 107; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 3: hermenêutica e a filosofia prática*. v. 3. Petrópolis: Vozes, 2007c, p. 79; GADAMER, Hans-Georg. *Yo y Tu, la Misma Alma*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 57-61, 1993c, p. 60-61.

⁵⁷ GADAMER, 2007b, p. 23-24. Cotejando a doutrina exposta com a teoria bettiana, para além das semelhanças existentes com o cânone da autonomia do objeto, o postulado da força vinculante do objeto interpretado se aproxima do conceito de forma representativa, no sentido de que parte significativa da promoção da experiência deriva do próprio objeto em sua forma. A diferença entre os posicionamentos reside no fato de que o pensamento de Gadamer está focado totalmente ao plano hermenêutico da fusão dos horizontes, enquanto Betti ressalta a importância do objeto físico na sua condição de portador de um sentido espiritualizado, o que não parece ensejar uma refutação completa dos conteúdos contidos nas duas teorias, em termos comparativos.

⁵⁸ GADAMER, 2007c, p. 25. A pertença do sujeito ao objeto interpretado ressalta, ainda, a atribuição vinculada do intérprete na construção do significado. A defesa da força vinculante do objeto diz com a busca de um normativismo ético por intermédio das limitações do construir no processo hermenêutico, aumentando o poder de vinculatividade do contrato.

do sujeito como elemento produtivo da atividade hermenêutica, uma vez que o produto não é o produtor.⁵⁹

No campo da hermenêutica contratual, a força vinculante do objeto interpretado diz diretamente com o primado do texto da declaração negocial,⁶⁰ mas também com a complexidade das circunstâncias (fáticas e normativas) em que construída e desenvolvida a relação contratual.⁶¹ Em face desse contexto, o intérprete deve exercitar um prudente positivismo,⁶² pois a declaração contratual surge como

⁵⁹ REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 249.

⁶⁰ Mesmo em um paradigma hermenêutico abrangente pode-se defender a existência de uma base semântica possível de significação e de um limite semântico intransponível. As expressões e vocábulos formadores da declaração negocial possuem certa expectativa de sentido relacionada com os usos da linguagem e com as definições de direito privado, o que se apresenta como limite à atividade interpretativa (LARENZ, 1989, p. 168; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108; RE 71.758, Ministro Oswaldo Trigueiro). Ademais, a discricionariedade e a criatividade da interpretação está limitada pelo significado usual e real dos termos (situações de uso da língua) (OLIVEIRA, 2001, p. 13), sendo que a realização de uma redefinição (atribuição de sentido que não corresponda aos usos) é possível, desde que justificada e livre de arbitrariedades, com fundamento nas circunstâncias do caso que constituem a situação objetiva complexa.

⁶¹ Como refere Karl Larenz, “o juiz está, na interpretação do contrato, vinculado às bases de valoração aceites pelas partes, se é que a sua actividade haja ainda de continuar a ser interpretação do contrato” (LARENZ, 1989, p. 362). O caráter vinculante da coisa, em dizendo também com as circunstâncias (fáticas e normativas) em que construída e desenvolvida a relação contratual, alcança vários aspectos do não-dito. Para além do pressuposto hermenêutico de que é o não-dito que converte o dito em palavra que pode alcançar o homem (v.g.: pergunta que o texto se propõe a responder), não são raras as situações em que o não-dito ganha mais relevância que aquilo que se encontra expresso. O texto narrativo do direito tem natureza ambivalente, pois encampa aquilo de que fala, mas também aquilo de que nele falta, sendo relevante hermeneuticamente não apenas suas presenças, mas também suas ausências. Como salienta Carlos Ferreira de Almeida, “o texto exprime, para além do que é dito e referido, também o que não é dito, mas só pressuposto e implícito, segundo uma lógica conversacional, que interfere igualmente na compreensão e a completa” (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 165). Exemplificativamente, cabe mencionar o voto do Ministro Carlos Britto na ADI 3.510, relativa à Lei da Biossegurança (11.105/05), onde, tratando sobre a questão do valor “vida humana”, normatizado por intermédio do princípio constitucional de sua proteção, o julgador assim destacou: “A nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. (...) E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”, razão pela qual o “mutismo hermeneuticamente significante” redundava no “transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual”.

⁶² GRAU, 2003, p. 119. Cabe referir que a expressão foi cunhada por Canotilho. Sobre o tema, destaca Hesse que a possibilidade de realização (criativa) das normas jurídicas sempre fica vinculada justamente a estas normas, razão pela qual os sentidos construídos em contradição com elas não podem ser considerados uma realidade hermenêutica legítima (norma realizada) (HESSE, 1998, p. 51 e 69-70). Eros Grau, por sua vez, refere que “a abertura dos textos do direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre,

limite à mutação normativa que deriva da alteração das relações fáticas e axiológicas.⁶³ O sentido literal possível da declaração negocial surge como limite à interpretação (base semântica possível de significação), detendo uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da atividade interpretativa.⁶⁴ O *primado do texto contratual*, que importa na quantificação da autonomia privada,⁶⁵ indica que uma exegese que não se situe no âmbito do sentido literal possível do pacto⁶⁶ ou no significado intelectual possível das pretensões e motivações objetivas das partes (além das *possibilidades de sentido* da relação obrigacional) já não é propriamente interpretação, mas, sim, modificação de sentido, o que foge à competência do operador jurídico.⁶⁷

permanente por eles atado, retido. Do rompimento desta retenção (...) resulta a subversão do texto” (GRAU, 2003, p. 52).

⁶³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

⁶⁴ LARENZ, 1989, p. 387. É o sentido literal que delinea o quadro das significações que podem, *a priori*, ser atribuídas à declaração negocial (função delimitadora) embora deva ser considerado que o sentido literal é sempre incerto, hipotético e equívoco (FERRARA, 1987, p. 140; LARENZ, 1989, p. 387, p. 417; MARINO, 2003, p. 81. Custódio Miranda adverte, ainda, que “*da análise do direito comparado pode concluir-se que o sentido literal da linguagem, na interpretação dos negócios jurídicos, constitui-se apenas no ponto de partida e que todos os sistemas, com exceção do anglo-americano, recomendam que, na dúvida ou ambiguidade de tal sentido, se indague a intenção que lhe está subjacente*” (MIRANDA, 1989, p. 223-224).

⁶⁵ O operador não pode superar ou desconsiderar a autonomia dos contraentes, atribuindo ao contrato significados não-partilhados pelas partes, o que importa na consideração de uma limitação da interpretação pela quantificação da autonomia privada. A fixação das cláusulas contratuais envolve a seleção de determinados critérios e a conseqüente desconsideração de outros. Como salienta Joaquim de Souza Ribeiro, enquanto instrumento de autodeterminação, o negócio jurídico é um meio de exprimir preferências subjetivas em relação aos bens e às pessoas; e esta liberdade emocional e de sentimentos juridicamente insindicável por critérios de racionalidade (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *A Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998, p. 751-752) deve ser necessariamente quantificada no âmbito da atividade interpretativa. Não cabe ao intérprete considerar critérios desconsiderados pelas partes (*mutismo hermeneuticamente significante*), pretendendo a superação da disposição contratual, assim como descabe uma superação simulada por meio da dissociação de uma hipótese não contida na hipótese objeto da contratação. Por fim, cabe frisar que a autonomia aqui referenciada não é mais reflexo da subjetividade das partes (autonomia da vontade), mas uma representação da conjunção bilateral de vontades objetivada no instrumento contratual, estando os marcos definidos exatamente pela situação objetiva complexa que constitui a relação obrigacional (GADAMER, 2004, p. 305).

⁶⁶ O sentido literal possível do pacto deve ser entendido como sendo “*tudo aquilo que nos termos do uso linguístico que seja de considerar como determinante em concreto (...) pode ainda ser entendido com o que este termo se quer dizer*” (LARENZ, 1989, p. 387-388).

⁶⁷ LARENZ, 1989, p. 387-388, 444, 517-518.

Entretanto, o respeito ao primado do texto contratual não deve ser confundido com a pretensão metodológica da interpretação literal,⁶⁸ pois os marcos do sentido literal linguisticamente possível são alcançados não somente pela análise isolada e matemática dos signos que compõem a norma contratual, mas também pela teleologia imputada ao instrumento pelos próprios contraentes e, principalmente, pelo contexto em que se insere o contrato a ser compreendido.⁶⁹ Nesse sentido, deve o intérprete cotejar o sentido literal da declaração com o curso da dinâmica contratual.⁷⁰ O sujeito cognoscente não deve interpretar os elementos textuais apenas quantificando o seu valor literal, pois as palavras devem ser vistas e revistas em seu valor relacional (universo contextual, intertextual e correlacional).⁷¹ O instrumento contratual é um marco

⁶⁸ Cabe enfatizar que aqui não se está defendendo que a interpretação esteja limitada pelo sentido literal da declaração ou pela superficialidade de análise da relação obrigacional, mas, sim, que o resultado da mesma deve se situar, ao menos, nos marcos de sentido (possíveis) postos pelos contratantes. Parece de todo evidente a necessidade de superação da interpretação gramatical, em face de sua insuficiência (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 182). Nesse sentido: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRÁTICAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE. O juiz que interpreta a lei tão-só pela ótica literogramatical sempre há de pecar pela insuficiência jurisdicional. Pela natureza mesma das coisas, os encarregados de aplicar a lei estão predestinados a superar o conhecimento que da matéria regulada possuía o legislador. O direito desborda da norma formal que o contém – posto que vive agitado pelas circunstâncias, sempre inquietas, do quotidiano. Sob a “máscara da interpretação”, se oculta sempre a construção de uma nova norma, adequada à justa solução do caso concreto – reclamada a cada novo instante da realidade social, essencialmente dinâmica. E este é desafio do jurista comprometido com o bem social conseqüente à sua jurisdição, resultado do interesse público subjacente. Assim, não se pode cometer o equívoco da interpretação meramente léxica, formal, ortodoxa, literal, gramatical, pena de incorreremos na falácia da forma lógica do interpretar. A necessidade de encontrar solução justa para os casos em debate exige repelir-se toda e qualquer pretensão formalística. Doutrina de Jeremiah Smith citado por Jenome Frank, In ‘Law and the Modern Mind’ ao afirmar que ‘as regras de direito são simplesmente setas indicadoras do caminho justo, e não o caminho mesmo’. Recurso improvido. (AC 70015742323, 1ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, j. em 20.12.2006).”

⁶⁹ LARENZ, 1989, p. 444, 517-518; DANZ, 1955, p. 52.

⁷⁰ Focado no plano constitucional, assim ponderou o Ministro Marco Aurélio Melo: “O conteúdo político de uma constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo direito. (...) a flexibilidade dos conceitos, o câmbio de sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria carta que, realmente, é um corpo político, mas o é antes os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contorno jurídico” (RE 166.772-9, Ministro Marco Aurélio Melo, RTJ 156, p. 666).

⁷¹ Deve-se abandonar a noção de que o sentido literal da linguagem independe dos contextos (MARINO, 2003, p. 80), uma vez que os vocábulos nunca esquecem o seu trajeto e o domínio dos conceitos a que pertencem. A importância desta dimensão de conexão sociocultural dos termos linguísticos não se limita a uma influência unilateral, pois as palavras são artefatos sociais. São produtos, mas também são produtores de sentido social, pois toda palavra é um verbo instituinte. Ademais, as palavras são símbolos que aspiram uma existência compartilhada, pois os termos linguísticos utilizados em uma dimensão

significativo da situação objetiva complexa, dentro do qual o intérprete deve buscar a significação com suporte nas circunstâncias fáticas e normativas.⁷²

Entendido que a atividade interpretativa sempre está presente em toda e qualquer forma de compreensão, pois se constitui no próprio *modo de ser* do homem, passa-se à análise da delimitação do horizonte hermenêutico.

2. A delimitação do horizonte hermenêutico

Tradicionalmente a atividade hermenêutica era segmentada, havendo a divisão dos fenômenos da compreensão (*subtilitas intelligendi*), da interpretação (*subtilitas explicandi*) e da aplicação (*subtilitas applicandi*), os quais eram corretamente vistos mais como uma aptidão do que como um método voltado à compreensão.⁷³ Contudo, na ótica gadameriana a hermenêutica passa a ser considerada como sendo um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação.⁷⁴

hermenêutica dialógica pertencem ao sujeito, aos seus interlocutores e ao objeto tratado (MARTINS-COSTA, Judith. Aulas ministradas na cadeira *Fundamentos Culturais do Direito Privado* (DIRP100), proferida em 2008/I, no PPGDir/UFRGS, 2008).

⁷² Na hermenêutica jurídica o constante apelo ao texto é algo natural e justificado pela questão da segurança (seguro adicional às relações orais), devendo a redação de leis e contratos ser extremamente rigorosa. Contudo, a formulação escrita sempre prevê espaço ao jogo linguístico e de interpretação, os quais sempre ganham relevância quando o intérprete deva aplicar e concretizar o texto (GADAMER, 2004, p. 398-399). O sentido literal não é inequívoco, não somente porque deixa margens para a interpretação, mas porque carece igualmente de interpretação (ALVARENGA, 1998, p. 93).

⁷³ A própria expressão *subtilitas* (sutileza), retirada da tradição humanista, sugere que a interpretação não pode ser garantida apenas por regras (GADAMER, 2004, p. 118).

⁷⁴ GADAMER, 2005, p. 406-407; GADAMER, 2004, p. 131. Eros Roberto Grau aponta que a separação entre interpretação e aplicação em duas etapas distintas decorre da equivocada concepção da primeira (interpretação) como mera operação de subsunção: texto (lei ou contrato) como premissa maior (produto de uma interpretação *in abstracto*) e pressupostos de fato (ação conforme ou não conforme ao texto normativo) como premissa menor (produto da aplicação ou de uma interpretação *in concreto*) (GRAU, 2003, p. 31, 87-88, 91 e 105). Porém, mesmo a chamada interpretação *in abstracto* envolve, necessariamente, a consideração de fatos, pois como refere Larenz, “*toda a aplicação da lei já é uma interpretação e o achamento do direito não é nunca um trabalho de subsunção*” (LARENZ, 1989, p. 163 e 333). Na verdade o intérprete somente discerne o sentido a partir e em virtude de um determinado caso, consistindo a interpretação exatamente na concreção da diretriz normativa (lei e contrato) em determinada hipótese fática, isto é, na sua aplicação. A partir desta *teoria da práxis da aplicação do direito* (que será ainda enfrentada neste tópico) a atividade interpretativa pode ser entendida como componente de uma produção prática, pois associa, em um amálgama hermenêutico, os planos dos elementos normativos

A interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão, pois compreender é sempre interpretar, sendo a interpretação a forma explícita da compreensão.⁷⁵ Contudo, a consagrada fusão entre compreensão e interpretação não expulsa do contexto hermenêutico a aplicação, pois na compreensão “*sempre ocorre algo como a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete*”, razão pela qual “*a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.*”⁷⁶ Vislumbrando o plano normativo, Tullio Ascarelli menciona que a equivocidade do texto somente pode ser superada no momento da aplicação da norma.⁷⁷

A compreensão se dá em um ato de aplicação,⁷⁸ que é sempre linguístico e se apresenta como sendo uma forma de mediação tanto entre a historicidade do passado e a situação hermenêutica do presente, quanto entre a alteridade existente na relação sujeito-objeto.⁷⁹ Este aspecto explicita o modo como a coisa fala à condição presente⁸⁰ e, no campo contratual, perante não somente as circunstâncias do momento genético,

(direito) e dos elementos reais ou empíricos (realidade) (ESSER, Josef. *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizzazione de Diritto*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 1; HESSE, 1998, p. 62; LARENZ, 1989, p. 292; MIRANDA, 1989, p. 109 e 111). Deriva destas considerações o germe que conduz ao florescimento da ideia de utilização de um raciocínio jurídico por concreção que será desenvolvida na segunda parte deste estudo.

⁷⁵ “*A interpretação distingue-se da compreensão apenas como o falar em voz alta distingue-se do falar interior*” (GADAMER, 2004, p. 29). Eros Roberto Grau, por sua vez, apresenta uma interessante distinção galgada no plano prático. Aduz este pensador que, *lato sensu*, interpretar é compreender, ou seja, buscar prontamente o entendimento sobre algo, o que diz com a atribuição de significado a determinado signo linguístico, compreendendo a definição da conotação que o termo expressa em coerência com as regras de sentido da linguagem. Já em um sentido estrito, interpretar significa precisar os sentidos de determinado signo linguístico, donde se retira que é este aspecto da interpretação que viabiliza a plenitude da compreensão. Dito de outra forma, o sujeito cognoscente interpreta em sentido estrito para compreender, que é o interpretar em sentido amplo (GRAU, 2003, p. 69-70).

⁷⁶ GADAMER, 2005, p. 406-407; GADAMER, 2003, p. 95.

⁷⁷ ASCARELLI, Tullio. *Giurisprudenza Costituzionale e Teoria Dell'Interpretazione*. In: *Problemi Giuridici*. t. I, Milano: Giuffrè. 1959, p. 145.

⁷⁸ HOMMERDING, 2003, p. 25. Eros Roberto Grau sustenta que “*a interpretação é a interpretação/aplicação dos textos e dos fatos*” (GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18).

⁷⁹ GADAMER, 2005, p. 437; ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 165-166.

⁸⁰ PALMER, 1997, p. 190.

mas daquelas que se apresentam em todas as fases do desenvolvimento da relação obrigacional (momento funcional). Ademais, o intérprete também se encontra inserido no conteúdo compreendido, em uma fusão de horizontes que esmaece a supramencionada dicotomia sujeito-objeto.⁸¹

A importância da aplicação no processo interpretativo não se resume ao auxílio da compreensão e interpretação, pois como refere Gadamer, “*a aplicação não é uma parte última, suplementar e ocasional do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo. (...) A compreensão implica sempre a aplicação do sentido compreendido.*”⁸² Como adverte Eros Grau, “*interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos.*”⁸³ No mesmo sentido, a lição de Judith Martins-Costa:

A tarefa hermenêutica não se restringe apenas a um método de ‘extração de sentido’ ou ‘determinação do alcance’ de uma significação imanente a certo texto, mas se apresenta como o momento normativo-constitutivo da verdadeira realização do direito, produção – e não justificação – de um texto normativo legal ou contratual. Houve uma reformulação da antiga cisão entre interpretação e aplicação do direito, hoje se entendendo serem inseparáveis o momento hermenêutico e o momento normativo.⁸⁴

A inserção e admissão da aplicação no *iter* hermenêutico é responsável pela conexão do momento hermenêutico com o momento normativo, conclusão que auxilia na resolução de uma questão crucial na construção de pensamento almejada por

⁸¹ GADAMER, 2005, p. 445; PALMER, 1997, p. 140.

⁸² GADAMER, 2005, p. 426 e 437. Gadamer ainda refere que a aplicação “*não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós*” (GADAMER, 2005, p. 446-447).

⁸³ GRAU, 2003, p. 22, 24 e 71. No mesmo sentido: AMARAL, 2006, p. 94-95 e 101.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 128.

este estudo: é pela dimensão da aplicação que uma teoria da compreensão de matriz ontológica (plano do *ser*) pode se inserir no universo normativo do Direito (situado no plano do *dever-ser*), especialmente quando o aporte teórico adotado deságua na imprescindibilidade de um raciocinar por concreção.

Retomando a questão proposta neste tópico, cabe destacar que o juízo de compreensão é dialeticamente condicionado pela aplicação, uma vez que o sentido desta dimensão já está de antemão em toda a forma de compreensão. A aplicação não se trata de uma meta desejável, mas de um momento constitutivo da atividade hermenêutica, que se encontra intimamente relacionado com o caráter situado, finito, histórico e linguístico da compreensão humana. É nesse contexto que a unicidade da atividade hermenêutica surge como um dos principais aspectos teóricos que condiciona o uso do raciocínio por concreção na interpretação do contrato.

Como visto, a centralidade da aplicação no âmbito da interpretação não surge apenas da necessidade de conjugação do universal com o particular no contexto da circularidade hermenêutica da compreensão jurídica, mas também do fato de que os preceitos jurídicos sempre necessitam da interpretação para que sejam aplicados na prática, o que significa que toda aplicação prática de elementos normativos depende da atividade hermenêutica.⁸⁵ Assim, ainda que a interpretação não esteja condicionada à utilização prática de suas conclusões, pode-se afirmar que no âmbito jurídico a atividade hermenêutica só faz sentido quando se vislumbra um problema concreto que requeira solução normativa e, portanto, prática.

É de fundamental importância ressaltar, ainda, que a aplicação importa, de certo modo, sempre em uma ação de natureza integrativa, pois dela resulta a inserção de

⁸⁵ GADAMER, 2004, p. 380, 399 e 497.

uma nova perspectiva no horizonte do objeto.⁸⁶ Como elemento constitutivo da compreensão, a aplicação trabalha com as singularidades pessoais do intérprete e com as circunstâncias objetivas passadas e contemporâneas, o que conduz o objeto ao contexto da situação hermenêutica presente e aos questionamentos que nela estão postos (produtividade da distância temporal).⁸⁷

No plano normativo, a dimensão da aplicação encaminha a atualização do Direito no próprio *iter* hermenêutico, pois o objeto passa a ser interpretado sob o prisma do contexto histórico e cultural presente, e não na conjuntura da sua criação (embora esta não possa ser desconsiderada). Os enunciados normativos, principalmente os contratuais, não ficam estáticos e cristalizados no tempo, passando por significativas alterações e transformações no desenvolvimento da vida social, ainda que seu texto permaneça inalterado.⁸⁸ Como refere Karl Larenz, no decurso da aplicação o preceito normativo recebe novos elementos que influenciam a determinação de seu conteúdo.⁸⁹

Mister se faz salientar, também, que a inserção da aplicação no *iter* hermenêutico implica resguardo e adequação da força normativa do preceito interpretado à natureza singular do presente, o que esmaece a possibilidade de frustração material das diretrizes normativas por conflituarem com a realidade contemporânea (ex.: disposição contratual superada por uma nova realidade de mercado

⁸⁶ SILVA, 2000b, p. 527-528.

⁸⁷ Refere André Araújo que aplicar “*significa retirar a condição muda do texto, ouvir a sua fala no enfrentamento produtivo da distância temporal entre o momento de produção do texto e aquele em que o texto é lido no presente*” (ARAÚJO, 2005, p. 211).

⁸⁸ Tal noção não escapou do acurado pensamento de Karl Engisch, que entende ser tarefa da interpretação atualizar o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos (ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Pamplona: Navarra, 1968, p. 42).

⁸⁹ LARENZ, 1989, p. 249. Embora a hermenêutica, enquanto teoria da compreensão, seja una, é relevante ressaltar que, diferentemente do que ocorre na interpretação da lei, na exegese contratual o sujeito cognoscente trabalha com o caráter objetivo e situado de destinatários específicos e deve quantificar a inebriante dinamicidade da relação contratual, a qual se encontra sempre polarizada pelo adimplemento. Dito isso, cabe indicar que as peculiaridades próprias da interpretação do contrato serão avaliadas no tópico “As particularidades da hermenêutica contratual”.

ou pelo comportamento posterior dos contratantes).⁹⁰ No procedimento exegético sempre há uma atualização, e como a força normativa dos preceitos jurídicos sempre está condicionada à vontade atual de seus participantes,⁹¹ é tarefa do intérprete contratual quantificar esta dimensão na análise da autonomia dos contratantes, pois a obrigação constituída pelo contrato é sempre polarizada pelo adimplemento.⁹²

A dimensão da aplicação traz consigo perspectivas institucionais e funcionais, presentes no universo normativo, que não podem ser desconsideradas no curso do procedimento hermenêutico contratual. Ao interpretar a disposição contratual, é tarefa do sujeito cognoscente conjugar a viabilidade de suas conclusões tanto com questões de ordem institucional, que dizem com a verificação da exequibilidade material dos efeitos do pacto perante os sujeitos e instituições envolvidas ou afetadas pela contratação (pensamento jurídico do possível), quanto com os elementos sistêmicos internos e externos ao contrato, os quais dizem, respectivamente, com a análise intrínseca da totalidade das disposições contratuais e da relação destas com o ordenamento.⁹³

Traçando um paralelo deste aporte teórico com uma concepção metodológica, cabe ressaltar que Emílio Betti possui uma visão instrumental da função da aplicação no *iter* hermenêutico, não a elencando como força motriz do compreender. Para o jurista italiano, a aplicação se limita a cumprir a tarefa de transpor o resultado da interpretação para o caso concreto e de auxiliar na qualificação jurídica do objeto interpretado (v.g.: verificação da tipicidade legal dos contratos).⁹⁴ Sob este viés, a aplicação não integra a

⁹⁰ GRAU, 2003, p. 3, 54, 115-116 e 123-125.

⁹¹ HESSE, 1998, p. 49 e 54.

⁹² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5.

⁹³ Estes aspectos serão abordados, respectivamente, nos tópicos “O procedimento, os métodos e as regras de interpretação” e “A concreção normativa da interpretação contratual”.

⁹⁴ No paradigma aqui adotado não subsiste a dissociação hermenêutica realizada para a qualificação do ato normativo – somente após a análise da comum intenção dos contratantes é que seria avaliado se o significado alcançado encontra eco nas figuras típicas previstas em lei –, pois o cotejo do objeto com as normas que o qualificam fazem parte indissociável do procedimento exegético que é determinativo dos

atividade exegética, subsistindo apenas um liame instrumental entre interpretação e aplicação.⁹⁵

Como o posicionamento da dimensão da aplicação dentro ou fora da atividade hermenêutica toca diretamente a questão da sua unicidade, cabe evidenciar outro aspecto que diferencia as teorias acima debatidas. Embora admita que a hermenêutica é unitária no plano teórico, diferentemente da concepção gadameriana,⁹⁶ o jurista italiano entende existirem divisões no plano prático, que dizem com as diferentes funções atribuídas à hermenêutica, o que serve de critério para a apresentação de uma classificação tripartida⁹⁷ que contempla a chamada função normativa,⁹⁸ a qual se constitui na tarefa relevante da interpretação jurídica.⁹⁹

efeitos jurídicos. Como salienta Gadamer, a partição da atividade interpretativa não subsiste pela simples análise do plano fático, onde o intérprete não dissocia as etapas de sua compreensão (GADAMER, 2005, p. 409).

⁹⁵ BETTI, 2007, p. CXII-CXIV, CXXIII, 11, 15-16, 161, 175-176 e 180. No contexto hermético do pensamento bettiano, a aplicação se confunde, em certa medida, com a própria função normativa do preceito enquanto regulador de condutas, pois Emílio Betti entende ser somente na máxima de decisão (sentença) que se opera a síntese entre o resultado da interpretação e a disciplina substancial do instituto a ser aplicada.

⁹⁶ Gadamer efetivamente reconhece a existência de certas diferenças entre as interpretações filológica, histórica e jurídica, as quais não se limitam apenas ao objeto e a sua forma de apreensão. No entanto, para a teoria gadameriana todo agir hermenêutico está adstrito aos mesmos pressupostos, o que denota uma compreensão unitária do fenômeno hermenêutico que abrange os planos fático e teórico (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 108-110). É a dimensão ontológica presente na sua hermenêutica filosófica que permitiu a unificação das hermenêuticas que se encontravam separadas desde o iluminismo (filológica, histórica, teológica, jurídica, etc.). O esquema proposto por Betti acerca dos tipos de interpretação foi motivo de expressa crítica por parte de Gadamer (PESSOA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emílio Betti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 90). Contudo, deve ser salientado que, embora Betti reconheça a diferenciação de aplicação, entende que os “tipos de exegese” não podem ser separados uns dos outros, não devendo ser considerados como “meios” independentes a serem empregados indiferentemente ou segundo critérios acidentais de preferência, devendo, antes, serem considerados como unidos entre si por uma ordem sequencial, como “*momentos sucessivos de um processo inseparável, que não alcança seu resultado se não for posto em prática em sua totalidade*” (BETTI, 2007, p. 219).

⁹⁷ A *função cognosciva ou recognitiva* se limita à reconstrução do significado do objeto (movimento do sujeito em direção ao objeto), sendo o entendimento o próprio fim da interpretação (ex.: interpretação histórica e filológica). Já na *função reprodutiva ou representativa* a compreensão é transitiva, pois se destina a conferir determinado entendimento a um grupo de destinatários, figurando o intérprete como intermediário entre a manifestação de pensamento de um autor e um público interessado em entendê-la (v.g.: tradução, interpretação dramática e musical). Por fim, na *função normativa* a compreensão visa fornecer uma máxima de decisão ou de ação (tomada de posição na vida social) (ex.: interpretação jurídica, teológica e psicológica) (BETTI, 1990a, p. 347; BETTI, 2007, p. LXVI-LXX, LXXII-LXXV, XCVIII-XCIX, CXXVI, 5-8; PESSOA, 2002, p. 92-93). Cabe frisar que em todas as funções há um momento cognoscivo, diferenciando-se as espécies pela inexistência ou existência peculiar de uma função

Para além da crítica acerca do ideal reconstrutivo presente no pensamento de Emilio Betti,¹⁰⁰ Gadamer se irressigna quanto à estrutura interna da teoria construída pelo jurista italiano, entendendo que a mesma não subsiste sequer à simples submissão dos fenômenos ao esquema de divisão proposto.¹⁰¹ O filósofo alemão aponta existir um “*objetivismo ingênuo*” na pretensão bettiana de cindir a atividade hermenêutica pelos seus aspectos científicos e criadores,¹⁰² ao invés de reconhecer a indissolubilidade entre entender e interpretar presente em toda atividade exegética, pois as decisões complementares (na função reprodutivo-representativa) e práticas (na função

posterior. Ademais, os tipos de interpretação se encontram escalonados: a função cognosciva é bastante em si mesma; a função reprodutiva-representativa pressupõe o momento cognoscivo-recognitivo; a função normativa contém em si tanto o momento cognoscivo-recognitivo, quanto o momento reprodutivo-representativo (BETTI, 2007, p. 7). Cabe salientar que Gadamer, embora não diferencie funções no processo hermenêutico, vislumbra o caráter normativo relacionado com decisões práticas e políticas (máximas de decisão ou de ação) (GADAMER, 1977a, p. 18).

⁹⁸ Betti ressalta que a função normativa da interpretação não diz com a assunção, pelo intérprete, de uma atividade normativa, pois este não institui normas (BETTI, 2007, p. 12-13).

⁹⁹ Betti apresenta diferentes concepções de como o fenômeno hermenêutico e o raciocínio jurídico são construídos por meio da contraposição de elementos elencados em três grupos. No primeiro tem-se a interpretação psicológica, que é aquela voltada a indagar o pensamento originário do autor do objeto; e a interpretação técnica, que compreende tal objetivação do espírito independentemente da consciência reflexa de seu autor, enquadrando-a perante a totalidade do ambiente social. No segundo grupo aparece a interpretação individual, que considera as declarações e os comportamentos em sua concretude específica (atribuição de significado com o modo de ver particular expresso nesses elementos, levando em conta as circunstâncias individuais do caso); e a interpretação típica, que classifica as declarações e os comportamentos por tipos ou classes (levando em conta o gênero de circunstâncias em que se desenvolvem e a que correspondem) e atribui ao objeto as significações constantes nessas tipificações sem considerar aqueles que podem ter se dado no caso concreto. Por fim, no terceiro grupo aparece a interpretação recognitiva, a qual se limita à reconstrução do significado do objeto (ex.: histórica e filológica), e a interpretação integrativa, que visa colmatar as lacunas do elemento normativo nos limites do ato (de autonomia) (BETTI, 2007, p. 369 e 373-374; BETTI, 2003b, p. 198 e 202-203). Enquanto a interpretação integrativa pressupõe um determinado conteúdo do negócio (explícito ou implícito) e visa colmatar as lacunas do elemento normativo nos limites do próprio ato, a integração pressupõe a falta de um preceito (lacuna), suprindo tal deficiência por intermédio da utilização de normas supletivas e dispositivas (BETTI, 2007, p. 184 e 376-377; BETTI, 2003b, p. 204-205).

¹⁰⁰ Esta questão será desvelada no tópico subsequente, intitulado “O caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica”.

¹⁰¹ GADAMER, 2005, p. 409. A crítica de Gadamer adentra no plano prático, atingindo a pretensão mais cara de Betti: sua objetividade e aspiração de correção. Enquanto na função cognosciva-recognitiva o entendimento é condição suficiente de correção por esgotar a atividade do intérprete, as funções reprodutiva-representativa e normativa demandam um segundo momento de adaptação do entendimento inicial à função da interpretação (reprodutiva-representativa ou normativa), sendo que este critério, que norteia a correção do segundo momento da interpretação, não existe ou, ao menos, não nasce no entendimento, ficando tudo ao arbítrio do aplicador (PESSOA, 2002, p. 97).

¹⁰² BETTI, 2007, p. 15.

normativa), nascem do próprio entendimento, e não de etapas posteriores ao agir interpretativo.¹⁰³

Embora aqui ainda se esteja analisando a teoria geral da atividade hermenêutica, cabe enquadrar as lições desenvolvidas na delimitação temática do estudo para afirmar que a interpretação contratual envolve não apenas a compreensão do significado do contrato, mas também a aplicação do mesmo, o que expande a atividade exegética à análise da existência, validade e eficácia do instrumento.¹⁰⁴ Ocorre que os juízos acerca do conteúdo e forma do negócio jurídico, bem como dos requisitos necessários à sua existência, validade e eficácia (na fase formativa e de vigência), somente têm seu significado alcançado por meio do procedimento hermenêutico.

Como “*compreender é sempre também aplicar*”, e o “*conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário*”,¹⁰⁵ a própria declaração de validade depende da atividade hermenêutica. Os atos humanos só se qualificam como “jurídicos”, produzindo os efeitos que lhe são cominados pela ordem normativa, após ter sido determinada a sua existência e validade, o que inequivocamente depende da emissão de juízos que somente são alcançados por meio da atividade hermenêutica.¹⁰⁶

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. Emílio Betti e a Herança Idealista. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 1, São Paulo: Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo, 1996, p. 86.

¹⁰⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 243. Os juízos acerca da existência do contrato tocam mais diretamente à questão da prova. Porém, a significância desta atividade (probatória) também depende do agir hermenêutico, como será delineado no tópico “O procedimento, os métodos e as regras de interpretação” Dito isso, cabe salientar que a discussão acerca dos marcos da interpretação contratual será travada no tópico “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual”.

¹⁰⁵ GADAMER, 2005, p. 408-409.

¹⁰⁶ GADAMER, 2004, p. 359; DANZ, 1955, p. 34-35, 70 e 179-180. Embora em certas passagens Emilio Betti diferencie âmbitos de atuação do procedimento hermenêutico (BETTI, 2003a, 126), o jurista admite que a interpretação atinge a verificação de validade do negócio quando afirma que “*até onde poderá se estender e até que ponto terá vigor o regulamento das partes, apenas a interpretação será capaz de determinar*”, afirmando ainda que, no campo do direito, a interpretação influi na determinação do alcance normativo dos preceitos e na configuração das espécies discutidas, não sendo suficiente a mera

Nesses termos, cabe fixar, desde já, que é tarefa da interpretação determinar se há um negócio jurídico válido na análise das relações intrínsecas e extrínsecas da pactuação privada. Entendimento contrário – no sentido de que a conformação de validade da relação contratual se encontraria em um momento posterior à atividade interpretativa – implicaria a adoção de uma visão reducionista de um fenômeno unitário, procurando a cisão de um momento construtivo verdadeiramente incidível.

Adverte Humberto Ávila que o caráter produtivo da interpretação denota ser inverossímil a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção de conceitos inteligíveis ao saber humano antes do processo de aplicação, pois é nesta dimensão que se constitui a significação dos conceitos normativos compreendidos.¹⁰⁷ É a natureza criativa da atividade hermenêutica o objeto do tópico subsequente.

3. O caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica

A dimensão hermenêutica se encontra na base de toda experiência de mundo, sendo que a própria realidade se constitui no resultado de uma interpretação, pois é esta dimensão que oferece uma mediação (nunca pronta e acabada) entre o homem e o mundo, em um processo onde “*a única imediatez verdadeira e o único dado real é o fato de que compreendemos algo como algo*”. Ao conhecimento humano a realidade “dada” é inseparável da interpretação, premissa que se sustenta até mesmo perante o âmbito objetivista das ciências naturais.¹⁰⁸

subsunção, pois a interpretação demanda questões relativas a aplicação (função útil do preceito) (BETTI, 2007, p. 173 e 231 e 377).

¹⁰⁷ ÁVILA, 2006, p. 32.

¹⁰⁸ GADAMER, 2004, p. 138 e 391-392.

O acesso do ser humano ao mundo é sempre indireto, sendo mediado e condicionado pela sua finitude e pelas dimensões da linguagem e da historicidade. O sujeito cognoscente chega à coisa *apenas enquanto algo*, tendo acesso ao objeto apenas pela via do significado hermenêutico, razão pela qual compreender plenamente algo não é pleno, porque lidamos com uma carga histórica que nos limita.

Nessa perspectiva, a hermenêutica é um processo sempre criativo, construtivo e produtivo, nunca reprodutivo, receptivo ou declaratório.¹⁰⁹ O texto não tem um significado independente do evento que é compreendê-lo,¹¹⁰ nem a compreensão é independente das circunstâncias concretas da vida, o que se comprova, essencialmente, por meio de três fundamentos, expressos a seguir.¹¹¹

Primeiro, o intérprete é partícipe direto do compreender, e estando indissolavelmente unido ao que se lhe abre e se mostra como dotado de sentido,¹¹² traz seu horizonte ao objeto interpretado. Na exegese de um texto normativo, o intérprete não revela um sentido objetivo preexistente, mas atribui à norma um determinado sentido que deriva de um sistema intrincado de significados jurídicos.¹¹³ Citando Jean

¹⁰⁹ GADAMER, 1993a, p. 153; LARENZ, 1989, p. 296 e 444-445; GRAU, 2003, p. 22; HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 13; HESSE, 1998, p. 61; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 30; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 126-128, 133, 138 e 190; ZACCARIA, 1996, p. 145-147; GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 193; LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 195. Refere Miguel Reale que é esse “elemento de criatividade que aproxima a experiência científica da experiência artística”, circunstância que levou Albert Einstein a observar que as hipóteses que constituem as modernas teorias da física teórica são “livres criações da mente”, cuja invenção e elaboração requerem dotes imaginativos análogos aos que permitem a criação artística, como bem salienta Ernest Nagel (REALE, 1999, p. 194 e 197-198).

¹¹⁰ LARENZ, 1989, p. 489-490.

¹¹¹ Francesco Ferrara desvela uma interessante questão, a qual se mostra extremamente verdadeira quando analisada a forma retórica como muitas vezes se dá a construção da decisão judicial: “(...) o método tradicional, à parte o não ser científico, também não é sincero, porque o juiz sempre faz isto (cria direito), e nunca fez outra coisa: satisfaz as necessidades da vida, consoante o impulso dos seus sentimentos; e esconde o seu agir com o véu da ratio legis e da analogia” (FERRARA, 1987, p. 169).

¹¹² GADAMER, 2004, p. 507.

¹¹³ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 128.

Ullmo, refere Miguel Reale que a ciência nutre-se de fatos observados, não havendo fatos brutos, pois mesmo a observação de fenômenos naturais traz consigo uma teoria, mais ou menos ingênua, mais ou menos elaborada, mas jamais ausente. Resta impossível ao sujeito cognoscente sentir ou perceber sem a contribuição de algo seu, já que o pensamento não se deixa jamais eliminar. Sendo incidível a relação entre o pensar e o real, o homem é o protagonista que transforma a realidade segundo renovadas perspectivas e lhe infunde um sentido ao inseri-la em um sistema de sinais e leis.¹¹⁴

A complementaridade essencial entre sujeito e objeto deriva da capacidade constitutiva nomotética do espírito do sujeito cognoscente, que possui uma faculdade outorgadora de sentido ao real, correlacionando dinamicamente o que há de imanente no sujeito que conhece e no objeto a ser conhecido.¹¹⁵ Como observa Gadamer, “*o ser próprio daquele que conhece também entra em jogo no ato de conhecer*”¹¹⁶, uma vez que inexiste um distanciamento dos polos no contexto da historicidade do compreender (intérprete e contrato estão mergulhados numa certa tradição),¹¹⁷ o que implica dimensionar tanto a forma como o sujeito estrutura o objeto, quanto a medida em que o

¹¹⁴ REALE, 1999, p. 95 e 193-194.

¹¹⁵ REALE, 1999, p. 11, 32-33, 111, 117, 181; REALE, 1968, p. 240-242. Tamanha é a importância deste aspecto que Miguel Reale chega a afirmar que “*a polaridade sujeito-objeto constitui o pressuposto transcendental, a condição de possibilidade de toda e qualquer experiência cognoscitiva ou ética*” (REALE, 1999, p. 99-100).

¹¹⁶ GADAMER, 2005, p. 631. Enfocando a atividade da investigação histórica, ainda refere Gadamer, em lição que pode ser aproveitada na análise da investigação jurídica, que “*o próprio historiador é parte do processo histórico que está pesquisando e (...) só pode observar esse processo a partir do posto que ele próprio ocupa*” (GADAMER, 2004, p. 461). No mesmo sentido, Engisch sustenta que o sujeito sempre coloca o seu “eu” na decisão concreta, razão pela qual a compreensão do elemento normativo depende de uma compreensão sobre si mesmo (ENGISCH, 1968, p. 36 e 44-45). Já Miguel Reale, frisando a atividade filosófica, entende que a pessoa do filósofo é elemento integrante e inseparável de sua filosofia, assim como são indissociadas da mesma as contingências histórico-culturais em que o pensador se encontra inserido, as quais também condicionam seu trabalho, o que demonstra com exatidão que ambas dimensões (participação do intérprete e importância do entorno social) redundam na necessidade de utilização de um raciocínio por concreção, conforme defendido neste estudo (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68-69). Bruno Latour parece concordar com a ideia aqui desenvolvida ao referir que os sujeitos nunca estão longe das coisas (LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Editora 34, [s.d.], p. 35).

¹¹⁷ STEIN, 2004, p. 45 e 109; BETTI, Emilio. *Diritto Metodo Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 545.

objeto acaba estruturando o sujeito e seu projeto de compreensão, já que a coisa interpretada não permanece independente dos conhecimentos que se adquire sobre ela.¹¹⁸ Nesse contexto, o intérprete não realiza uma reconstrução, não é um mero espectador que se apresenta, pois sendo ouvinte e leitor está envolvido como um elo de sentido participante.¹¹⁹ No paradigma gadameriano o intérprete é autor, e não apenas ator do *Nomos Jurídico* (o sujeito cognoscente não está mais *subjectus*).¹²⁰

A subjetividade não é obstáculo para a compreensão, mas uma condição indispensável de sua possibilidade, razão pela qual a participação do intérprete no procedimento compreensivo deve ser quantificada como instância produtiva da atividade hermenêutica, respeitada a força vinculante do objeto interpretado. Nesses termos, é ingênua a pretensão de refutar a ausência de separação entre sujeito e objeto com a inserção de um terceiro elemento que é o método, pois este se encontra imerso na própria circularidade hermenêutica.

Segundo, o sentido de um objeto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre – não se esgotando na significância que o autor “tem em mente” no momento

¹¹⁸ GADAMER, 1977b, p. 286; STEIN, 2004, p. 26. O princípio de Heisenberg, expressamente referido por Gadamer, demonstra que “*não se pode eliminar o observador dos resultados de suas medições e assim ele próprio deve aparecer nos enunciados da mesma*” (GADAMER, 2004, p. 510).

¹¹⁹ GADAMER, 2007b, p. 182. A teoria bettiana, embora reconheça a imprescindibilidade da participação do intérprete na atividade hermenêutica, refuta a ausência de separação entre sujeito e objeto ao defender que na interpretação existe um processo triádico, envolvendo as formas representativas, o polo espiritual do sujeito e o polo espiritual do objeto, os quais não entram em contato direto entre si, sendo mediados pelas mencionadas formas representativas. Assim, para Betti a objetivação da espiritualidade contida na forma representativa se põe entre a espiritualidade do intérprete e do objeto-autor (BETTI, 2007, p. XCVII).

¹²⁰ Por via transversa, pode-se afirmar que, ao menos no plano do Direito, o intérprete não se liberta de seu “papel” enquanto operador jurídico, o que não invalida ou restringe o espaço de criatividade que é inerente a todo agir hermenêutico. É nesse contexto que deve ser entendida a força normativa genérica dos textos legislativos e o papel de uniformização jurisprudencial que, em nosso sistema, é concedido aos Tribunais Superiores, fatores que devem ser considerados como partes integrantes do sistema de autoridade e hierarquia construído e mantido pelo Direito (onde as decisões dos tribunais superiores derogam os julgados de instâncias inferiores independentemente de seu conteúdo ou da carga de verdade por elas revelada).

genético –, além de suplantar, também, o leitor a que se dirige.¹²¹ Transpondo estas considerações para o campo da interpretação dos contratos, cabe salientar que o acordo negocial representa a *autonomia bilateralmente unificada* dos contratantes,¹²² a qual se constitui em objeto hermenêutico diverso da soma das vontades individuais que a compõem, razão pela qual não pode ser desmembrada, especialmente tendo como parâmetro a vontade particular e subjetiva de qualquer dos contratantes.

Terceiro, é impossível ao intérprete transferir-se para o horizonte do autor e repetir as suas vivências, até mesmo porque o objeto se apresenta como irrepitível até mesmo para o seu produtor. Como a compreensão se dá em um ato de aplicação que se encontra condicionado pelas circunstâncias fáticas e normativas que cercam o intérprete, deve-se reconhecer que a atividade hermenêutica se encontra imersa em condições diversas daquelas que o autor estava inserido no momento de realização e construção do objeto.

Enfocando o aspecto criativo no plano prático, Gadamer refere que o comportamento construtivo “*fica claro no plano da hermenêutica jurídica,*¹²³ *onde a busca da sentença justa não é a mera subsunção do caso particular no caso geral (...). A busca das ‘cláusulas’ corretas repousa, antes, numa decisão própria criativa,*

¹²¹ GADAMER, 2004, p. 126. Baseado nestas considerações é que Gadamer problematiza o conceito de *congenialidade* presente na tradição romântica, para o qual a tarefa do hermeneuta se centraria na mera reconstrução do ato originário que está sendo interpretado.

¹²² RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 51-61, 72, 180, 250-257, 638.

¹²³ Em interessante decisão, que versava sobre a aplicação da garantia da tramitação preferencial do processo não requerida pelo réu idoso, mas, sim, pelo autor de ação indenizatória por acidente de trânsito, decidiu o TJSP no AR 1.191.941-1/2 (35ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Relator Desembargador Mendes Gomes, j. em 08.09.2008) que “*o julgador não deve pautar-se por exegese literal e isolada. Em vez disso, partindo do texto da norma, deve orientar-se por uma interpretação não só construtiva, mas também sistemática e teleológica*”, lição que se coaduna com o paradigma aqui defendido, abrangendo, inclusive, a dimensão da concreção normativa que será tratada na parte final deste estudo.

complementária ou aperfeiçoadora do direito.”¹²⁴ Como sustenta Juarez Freitas, a interpretação não é simplesmente o tomar conhecimento do compreendido, mas também o desenvolvimento das possibilidades projetadas no compreender.¹²⁵ Não obstante as relevantes diferenças de posicionamento, é interessante notar que as mais variadas correntes de pensamento jurídico convergem na conclusão de que o intérprete possui uma grande margem de liberalidade na conformação do sentido do conteúdo normativo.¹²⁶ Como deriva do pensamento de Tullio Ascarelli, a questão central do ato

¹²⁴ GADAMER, 2004, p. 497. A concepção da doutrina tradicional, que nega o aspecto criativo da atividade hermenêutica, concebe o papel do intérprete/juiz no processo comunicativo em termos de mero receptor passivo, em que pesem as teorias sobre a participação ativa da jurisprudência na produção do Direito. Essa concepção coloca todos os operadores jurídicos (juízes, defensores, promotores e advogados) na incômoda e aviltante posição de buscar, por intermédio de comparações aproximadas, a relação entre casos concretos referidos a padrões abstratos sempre incompletos e imperfeitos, quando comparados com as riquezas e peculiaridades dos casos em concreto. O modelo linguístico vigente possui uma concepção abstrata do sistema jurídico e reducionista da realidade, o que se procura combater por meio do método concretista, superador da visão abstrata da dogmática jurídica e do seu autorreconhecimento como receptora passiva e aplicadora da norma estatal ou contratual (REALE, 1968, p. 172-175; FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. A Noção de Norma Jurídica na Obra de Miguel Reale. In: *Textos Clássicos de Filosofia do Direito*: publicação em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981).

¹²⁵ FREITAS, Juarez. *Hermenêutica Jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser*. In: *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*. n. 40, 1987, p. 41.

¹²⁶ Hans Kelsen assim se posiciona: “*O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura. (...) A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (...) a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391 e 393). Na mesma linha, Karl Larenz destaca que “*adentro dos quadros do sentido literal, tem o juiz plena liberdade de produzir normas do caso*” (LARENZ, 1989, p. 168). Mediando estas considerações com o uso do raciocínio por concreção, Eros Grau, mencionando o pensamento de Friedrich Müller, entende que os textos normativos não possuem significações prévias e inerentes, não passando de uma moldura limitadora das possibilidades de concretização do direito, razão pela qual a construção do significado da norma se dá dentro dessa moldura, mas decorre da realidade, que dá sentido ao texto interpretado (GRAU, 2003, p. 82).

interpretativo é a composição harmônica entre a criatividade do intérprete e a declaratoriedade do objeto, equidistância essencial ao resguardo da certeza jurídica.¹²⁷

O caráter construtivo da atividade hermenêutica denota, ainda, que norma e texto normativo não indicam a mesma realidade jurídica: enquanto este (o texto) é objeto da interpretação, aquela (a norma legal ou contratual) é o resultado da atividade exegética. As normas não existem como entidades antes do momento da interpretação. O texto normativo constitui uma mera possibilidade de Direito, e a sua transformação em norma jurídica depende da construção de determinados conteúdos de sentido pelo intérprete. Assim, a interpretação é um ato de decisão que constitui a significação de um texto.¹²⁸ Nesse sentido, Eros Grau, para quem *“o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, a atividade que se presta a transformar os textos – disposições, preceitos e enunciados – em normas”*, as quais surgem quando se alcança a determinação de um conteúdo normativo, do que a interpretação é meio de expressão.¹²⁹

O caráter criativo do procedimento hermenêutico permite a transcendência da questão metodológica. Larenz salienta que *“a interpretação, e tudo o que ela em si coenvolve, não é uma actividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete”*, complementando que a hermenêutica não é *“um exemplo de cálculo, mas uma actividade criadora do*

¹²⁷ REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981a, p. 10. Nesse sentido a Súmula 181 do STJ, a qual determina que *“é admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual.”*

¹²⁸ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 128-129; ÁVILA, 2006, p. 24, 27, 30-32, 68-70.

¹²⁹ GRAU, 2003, p. 23, 26 e 79.

espírito”.¹³⁰ Assim como os contraentes, no uso de sua autonomia privada, não criam nada sem interpretar quando instituem a norma contratual, o sujeito cognoscente cria enquanto interpreta esse mesmo contrato.¹³¹ Dito isso, cabe frisar que Francisco Amaral desvela a conexão existente entre o caráter criativo da atividade interpretativa e a necessidade de utilização do método concretista, nos seguintes termos:

O objetivo da hermenêutica jurídica é demonstrar que a investigação do direito não é uma subsunção, de acordo com regras lógico-formais fixadas em lei, mas sim um processo criativo, construtivo e concretizador da norma aplicável ao caso, que parte da compreensão de que a lei não é unívoca e completa, que sua aplicação não é mera reprodução mecânica. (...)

A interpretação jurídica deixa de ser uma simples hermenêutica do texto legal para transformar-se numa atividade prático-criativa do direito a cargo do jurista intérprete.¹³²

Porém, o reconhecimento do caráter construtivo da interpretação não conduz ao entendimento de que exista uma total liberdade ao intérprete, no sentido de que não exista significado algum antes do término do *iter* hermenêutico. O espaço de “fantasia” e/ou criatividade do intérprete contratual é limitado pela predeterminação dos contraentes (declaração negocial enquanto objeto), pela situação concreta (fática e normativa) em que está inserida a relação e pelo universo histórico e linguístico do ato

¹³⁰ LARENZ, 1989, p. 293 e 418.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. De que Maneira o Direito se Assemelha à Literatura. In: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235. Como será visto no tópico “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual”, este estudo não endossa a tese de que a atividade hermenêutica está circunscrita aos intérpretes autênticos, corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, pois entende que todo aquele que vive no contexto regulado por um contrato é um intérprete dessa norma. Porém, esta realidade não ilide a existência de graus variáveis no espaço de liberdade criativa do hermeneuta, pois, diferentemente dos contraentes, os intérpretes técnicos (juiz, advogados, pareceristas, etc.) estão mais adstritos as categorias que estruturam o Direito (ex. cânones hermenêuticos definidos pelas leis estatais) – não apenas pela arbitrariedade que determina a eficácia das ações judiciais, mas também porque o sistema jurídico faz parte de sua pré-compreensão –, o que inegavelmente reduz o espaço de criatividade da sua ação hermenêutica. Contudo, não há falar na existência de duas interpretações (construtiva para os contraentes e reconstrutiva para os intérpretes técnicos), pois todo intérprete constrói quando compreende, cada qual ao seu modo e dentro dos limites permitidos pelo seu *ser-aí* (os dados normativos constituem fortemente o *aí* da situação hermenêutica do intérprete técnico, diferentemente do que ocorre com os contraentes).

¹³² AMARAL, 2006, p. 49 e 52.

de compreender, havendo, portanto, significados mínimos incorporados à coisa que preexistem ao processo interpretativo individual.¹³³

A contribuição produtiva do intérprete não legitima o caráter arbitrário das pressuposições subjetivas, pois o objeto da interpretação continua sendo o norte da validação do ato de compreensão.¹³⁴ No âmbito do contrato, a limitação da contribuição produtiva do sujeito cognoscente vem, principalmente, com o respeito ao ato de autonomia, o que se dá por meio do resguardo do sentido literal contido na declaração negocial (primado do texto contratual) enquanto limite possível de significação, mesmo em uma atividade hermenêutica matizada pela busca da concreção (o que importa na quantificação de elementos fáticos e normativos exteriores ao texto da declaração negocial).

Dito isso, cabe destacar que, assim como a inserção da aplicação no *iter* hermenêutico contribui para a manutenção da força normativa do preceito jurídico interpretado, a defesa de uma interpretação criativa auxilia na manutenção da efetividade real e material das disposições normativas. Assim, a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa do contrato e, por conseguinte, de sua estabilidade.¹³⁵

Entende Erich Danz que o resultado de toda interpretação contratual acaba por completar a declaração negocial, razão pela qual toda atividade hermenêutica possui

¹³³ Os inúmeros elementos limitadores da atividade interpretativa conduzem à limitação do espaço de criatividade presente neste mesmo agir. Nesses termos, não pode ser entendida em sua literalidade a afirmação de Eros Grau de que “*as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem*” (GRAU, 2003, p. 23). Representativa da ideia de que a norma é o produto da interpretação, a afirmativa não ilide a teoria construída pelo pensador, a qual não ignora a presença dos elementos condicionantes da interpretação e a existência de significados mínimos incorporados à coisa e a própria linguagem.

¹³⁴ GADAMER, 2004, p. 132; ÁVILA, 2006, p. 32-35.

¹³⁵ HESSE, 1991, p. 23.

uma função em certa medida supletiva.¹³⁶ Em diversas oportunidades os contraentes não formulam as normas contratuais com tamanha clareza e suficiência que a aplicação das consequências normativas para os casos sob o império do contrato independa de um esforço hermenêutico. Ademais, beira as raias do impossível ditar uma norma concreta para cada relação especial da vida que possa se perfectibilizar no processo de cumprimento dos ditames contratuais.¹³⁷

Vislumbrando o plano da norma estatal, refere Humberto Ávila que os dispositivos normativos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, razão pela qual mesmo a formulação mais precisa é potencialmente equívoca, na medida em que podem surgir situações de fato inicialmente não previstas, cuja solução hermenêutica demanda a análise da finalidade da norma e a ponderação de todas as circunstâncias do caso (concreção).¹³⁸ Esta observação, que se amolda perfeitamente aos contratos de adesão e as consições gerais dos negócios (que possui destinatários genéricos), com certas mitigações também se enquadra no contexto dos contratos paritários, pois estes, mesmo se constituindo em normas mais concretas, não conseguem abarcar toda a realidade da situação de sua conclusão e do curso de cumprimento, consubstanciando uma inarredável complexidade da relação contratual.

Assim, é missão do intérprete alcançar o horizonte do contrato, desvelando suas disposições fundamentais e aquelas de fundo axiológico que lhe dão suporte (as quais se encontram no texto da declaração negocial, na factualidade da situação fática ou no sistema jurídico), aplicando-as aos casos da vida que o contrato previu

¹³⁶ DANZ, 1955, p. 90-91 e 239.

¹³⁷ Analisando a formação da lei, Erich Danz refere que “*a vida real ri, um dia e outro, da previsão do legislador*”. No plano da interpretação dos negócios jurídicos, deve-se considerar a impossibilidade de completude do instrumento contratual, com relação à realidade socioeconômica que este pretende regular (DANZ, 1955, p. 130-131).

¹³⁸ ÁVILA, 2006, p. 57 e 61.

concretamente. O instrumento contratual é um marco significativo da *situação objetiva complexa*, embora muitas vezes deficiente, dentro do qual o intérprete deve buscar a solução necessária, com suporte nas circunstâncias fáticas e normativas.¹³⁹

Contrapondo à ótica construtivista aqui adotada, tem-se que no marco teórico bettiano¹⁴⁰ a tarefa hermenêutica consiste em uma reconstrução, em voltar a conhecer o pensamento animador que se revela em uma determinada forma representativa.¹⁴¹ Esta noção da atividade hermenêutica contempla uma verdadeira inversão do processo criativo, cabendo ao intérprete (re)percorrer, em sentido retrospectivo, o *iter* genético e refletir a respeito das partes que compõem a atividade autoral que culminou na criação do objeto.¹⁴²

A proposta de Emilio Betti admite a antinomia havida entre a exigência de objetividade (fidelidade ao valor expresso na forma representativa) e o reconhecimento de que a subjetividade é inseparável da espontaneidade do entendimento, ou seja, de que a objetividade exigida (alteridade) só pode ser realizada por intermédio da subjetividade

¹³⁹ A liberdade de ação não é irrestrita, pois o intérprete deve colmatar os vazios do contrato por meio da interpretação, guiando-se pelos fins econômicos perseguidos pelos contraentes e pelas circunstâncias do caso, tarefa sempre mediada pelas suas concepções de vida (horizonte e pré-compreensão) e pela tradição, sem pretender impor, nas novas realidades da vida, conceitos construídos subjetivamente ou apartados da autonomia das partes, os quais, nesses termos, encontrariam bases incompatíveis com o horizonte do contrato interpretado.

¹⁴⁰ É por meio da defesa de uma interpretação reprodutiva, plasmada no cânone *sensus non est inferendus, sed efferendus* (o sentido não deve ser imposto, mas extraído), que Betti critica Gadamer por, no seu entender, não levar em conta os direitos do objeto, impondo e atribuindo um significado mais do que extraindo o que nele está contido (REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 265 e 284). Contudo, a censura do jurista italiano não quantifica a importância da exigência gadameriana do intérprete *deixar a coisa falar*.

¹⁴¹ O pensador italiano admite que a transposição do intérprete se dá a uma subjetividade distinta da originária. Assim, diferentemente do que aponta parte significativa da doutrina, a ideia reprodutiva bettiana, ao menos no contexto normativo, não tem em vista o pensamento originário do autor, não se aproximando do conceito de *congenialidade*.

¹⁴² Leonel Cesarino aponta que “reconstruir o que foi construído, repensar o que foi pensado; repercorrer, em sentido inverso, o processo criativo: é assim que Betti concebe o processo que conduz ao entendimento” (PESSOA, 2002, p. 95). Gadamer se contrapõe expressamente ao posicionamento de Emilio Betti (GADAMER, 2004, p. 29), no que é acompanhado por Carlos Ferreira de Almeida, para quem falta à concepção meramente reconstitutiva da interpretação uma suficiente atenção ao processo comunicativo (caráter dialógico da compreensão) e à função autônoma do receptor, restando por tratar o texto mais como sendo um índice do espírito do que como uma obra, e o contexto mais como um meio de prova do que como fator determinante do significado (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 167).

do intérprete. É exatamente sobre essa relação dialética antinômica que o jusfilósofo italiano constrói a sua teoria geral da interpretação, centrada na busca de instrumentos metódicos representados por seus cânones hermenêuticos.¹⁴³

Contudo, existe importante peculiaridade do ideal reconstrutivo bettiano que não pode deixar de ser observado. Embora o filósofo italiano defenda que a noção de reconstrução do significado seja perfeitamente aplicável ao Direito,¹⁴⁴ admite a existência de níveis de apego do intérprete à necessidade de reconstrução. Centrado no seu esquema de divisão prática da atividade hermenêutica, refere que a ideia de “*reviver o objeto a partir do próprio interior*” é admissível em uma interpretação cognosciva e reprodutiva, mas não totalmente na interpretação normativa, na qual subjaz uma função prática dirigida à regulação de condutas humanas.¹⁴⁵

Não obstante a mitigação supramencionada, deve-se salientar que a noção reprodutiva pressupõe a existência de um significado intrínseco e imanente que apenas é desvelado pela interpretação, o que efetivamente não subsiste, pois, como adverte Humberto Ávila, “*o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação.*”¹⁴⁶

¹⁴³ BETTI, 1990a, p. 262; BETTI, 2007, p. XL-XLI e XCVIII. Os cânones hermenêuticos apresentados por Emilio Betti serão objeto de análise no tópico “O procedimento, os métodos e as regras de interpretação”.

¹⁴⁴ BETTI, 2007, p. 5.

¹⁴⁵ BETTI, 2007, p. CXXIV. Na interpretação normativa o intérprete deve dar um passo além da reconstrução (movimento do sujeito em direção ao objeto, por intermédio dos cânones da autonomia e da totalidade-coerência), sintonizando a ideia originária com a atualidade presente (movimento do objeto em direção ao sujeito, por intermédio dos cânones da atualidade e da adequação do entender). Na prática, a aplicação dos cânones em sua totalidade implica na possibilidade de evolução hermenêutica do Direito sem alteração de seu texto, em razão de determinadas transformações socioculturais (manutenção da eficácia normativa do preceito), aspecto que Betti denomina de interpretação histórico-evolutiva, a qual, no seu entender, não se trata de um método ou critério particular, mas, sim, de um caráter lógico da interpretação jurídica (BETTI, 2007, p. LVIII-LIX, LXIII-LXVII, CII-CIII, 5 e 42; MEIRELES, Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento. A Atualidade da Hermenêutica de Emilio Betti. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 11, jan./dez. 2004, p. 131).

¹⁴⁶ ÁVILA, 2006, p. 31.

A grande objeção ao ideal reconstrutivo decorre de um sentido prático, pois como bem formula Gadamer, “*cuando comprendemos un texto no nos colocamos en lugar del outro, y no se trata de penetrar en la actividad espiritual del autor*”, complementando, ainda, que “*el sentido de la investigación hermenéutica es desvelar el milagro de la comprensión y no únicamente la comunicación misteriosa de almas. La comprensión es una participación en la pretensión común*”.¹⁴⁷ Tendo em vista a extensão do paradigma hermenêutico aqui adotado, é possível afirmar que toda reprodução já é interpretação, compreensão e aplicação desde seu início.¹⁴⁸

Do exposto neste tópico, cabe concluir que *a função do intérprete não é a de reviver a intenção dos contratantes quando do momento genético, mas a de construir o sentido do contrato a partir de seu horizonte e da situação objetiva complexa em que se insere, sempre respeitando a autonomia das partes contratantes consubstanciada na declaração negocial.*

Não se pode mais ignorar o caráter produtivo da interpretação contratual, pois não há como dizer de antemão (sem a interpretação) o que é o contrato e as relações do instrumento à determinada estrutura normativa (tipos legais). *A relação obrigacional, em seu viés processual, é estruturante, não estando o contrato estruturado de antemão, o que remete ao caráter incompleto da atividade hermenêutica, objeto do tópico infra.*

¹⁴⁷ GADAMER, 2003, p. 97-98. Essa pretensão em comum também é ressaltada por Gadamer como sendo função primordial do filósofo (GADAMER, Hans-Georg. *Ermeneutica e Metodica Universale*. Torino: Marietti, 1973, p. 9).

¹⁴⁸ GADAMER, 2005, p. 18. O *iter* hermenêutico não depende de um retroceder ao processo originário de produção, pois na concepção gadameriana o texto (contrato) é visto como um conceito hermenêutico, um produto intermediário e uma fase na realização de um processo de entendimento (acontecer compreensivo), até mesmo porque no horizonte da hermenêutica filosófica o intérprete se encontra livre de uma perspectiva da cientificidade gramática ou linguística (as quais perscrutam a produção do texto enquanto produto final). A compreensão no paradigma gadameriano mantém sujeito e objeto em permanente tensão, gerando um resultado que não é a reprodução da obra interpretada, mas a explicitação de uma possibilidade verdadeira à luz de uma determinada *situação hermenêutica* (GADAMER, 2004, p. 29, 393-394, 398; ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 66).

4. A incompletude da atividade hermenêutica

A hermenêutica filosófica nunca se assumiu como detentora ou produtora de resultados absolutos, mas como uma forma possível de experiência, admitindo que sempre haverá novos horizontes a serem desvelados, não havendo um esforço esgotável possível de compreensão interpretativa. Gadamer refere expressamente que seu esforço foi o de “estabelecer o caráter inconcluso de toda a experiência”, eis que “seria um mau hermeneuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra.”¹⁴⁹

Como no universo dialógico gadameriano não existe uma palavra que ponha um ponto final na compreensão, assim como não há uma palavra primeira, entender-se a interpretação como definitiva seria uma contradição, pois o ideal interpretativo é algo que está sempre a caminho, que nunca conclui,¹⁵⁰ com o que concorda Emilio Betti, para quem “nenhuma interpretação, por mais válida e convincente que seja, pode impor-se à humanidade como definitiva.”¹⁵¹

A incompletude da atividade hermenêutica está intimamente relacionada com a finitude do ser humano,¹⁵² pois é este o fator que fulmina a perspectiva de um horizonte e de uma compreensão que consiga ir além da temporalidade do *Dasein* (*ser-aí*). A finitude do homem o agrilha a uma determinada facticidade, ou seja, a uma condição (humana) que o compromete com situações e instâncias por ele não

¹⁴⁹ GADAMER, 2004, p. 384 e 544 e 576; GADAMER, 2007b, p. 40; GADAMER, Hans-Georg. *El Giro Hermenéutico*. Madrid: Rogar, 1998a, p. 35.

¹⁵⁰ GADAMER, 1998a, p. 76; GADAMER, 2004, p. 231; GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71.

¹⁵¹ BETTI, 2007, p. LXXXVIII.

¹⁵² Não são apenas as limitações das possibilidades de conhecimento humano que conduzem à conclusão de que o processo exegético, apesar de almejar sempre a melhor interpretação, nunca será definitivo. A esta circunstância soma-se a variedade infinita dos fatos concretos e a permanente mutação das relações da vida – o que coloca o hermeneuta constantemente perante novas posições –, bem como a verdadeira inesgotabilidade dos conteúdos de sentido a serem compreendidos (LARENZ, 1989, p. 378; BIAGIONI, João. *A Ontologia Hermenêutica de H. G. Gadamer: reflexões e perspectivas sobre a 3ª parte de “Verdade e Método”*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983, p. 16). Como refere Bruno Latour, “a cada vez, tanto o contexto quanto a pessoa humana encontram-se redefinidos” (LATOUR, [s.d.], p. 10).

escolhidas,¹⁵³ razão pela qual pode-se afirmar que nenhuma atividade do intérprete está livre de sua condição concreta e situada, sendo que a compreensão por ele produzida também faz parte do seu modo de *ser-no-mundo*, antecipando qualquer tipo de explicação lógico-semântica. Nesses termos, toda e qualquer experiência humana é uma experiência de sua finitude, representativa de um *continuum* entre o objeto, a situação hermenêutica presente e a história pessoal do sujeito cognoscente, sustentada por seus preconceitos.

A finitude irrevogável do *ser* tem como derivativo a finitude irrevogável da compreensão, o que se apresenta como condição para a determinação do sentido e para o estabelecimento de relações com outros seres e objetos igualmente finitos.¹⁵⁴ A inexorabilidade da incompletude (não-totalidade) da compreensão trazida pela finitude do sujeito cognoscente é uma dimensão que o ser humano não consegue dar conta nem como indivíduo nem como grupo.¹⁵⁵ O homem só compreende depois de acontecido, ou seja, depois que ele e o objeto se tornam fatos concretos determinados pela história, pela cultura, pela linguagem e pelas circunstâncias fáticas,¹⁵⁶ afirmação da qual resulta a imprescindibilidade de um raciocinar por concreção. Contudo, a própria finitude torna

¹⁵³ Esta facticidade (que também afeta o objeto) impõe que o sujeito cognoscente esteja jogado no mundo, permaneça sempre junto das coisas que procura compreender e se constitua como possibilidade (futuro) (HOMMERDING, 2003, p. 20 e 38). Miguel Real adverte que “*os instrumentos de conquista do real não existem a priori, mas são constituídos e moldados à luz das particularidades mesmas do setor que o espírito circunscreve ou delimita, visando a atingir, ainda que em caráter provisório, verdades objetivamente verificadas ou verificáveis*” (REALE, 1999, p. 88).

¹⁵⁴ ARAÚJO, 2005, p. 56.

¹⁵⁵ ENGISCH, 1968, p. 34.

¹⁵⁶ ARAÚJO, 2005, p. 160; STEIN, 2004, p. 19-21, 49, 65-66 e 67-69. Nas mesmas passagens, Stein refere que, em um viés heideggeriano, o ser humano jamais é senhor absoluto do acontecer hermenêutico, uma vez que é composto pela sua facticidade (passado), por ser e estar jogado no mundo (enquanto facticidade está sempre junto das coisas) e por constituir-se em possibilidade, que se apresenta como sendo um futuro que acaba sendo um passado em face do seu *ser-no-mundo* que já começou sem necessariamente permitir que se opte por ele. Nas três dimensões de tempo (passado, presente e futuro) o ser humano é sempre história e cultura, ou seja, é constituído e limitado significativamente por elementos que ele não domina. Por estes fatores é que, na matriz filosófica heideggeriana, ao ser humano cabe viver uma vida que não escolheu (ao menos por completo), principalmente porque seu início e fim lhe escapam, como também defende Miguel Reale (REALE, Miguel. A Filosofia em Machado de Assis. In: O Estado de São Paulo. São Paulo, 7.dez.1980. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/media/prosa44a.pdf>>. Acesso em: 18.05.2008, p. 24).

esta atividade complexa, pois se o intérprete é sempre um *ser-no-mundo*, ao mesmo tempo em que o mundo (realidade) o constitui, ele constitui o mundo (por intermédio da linguagem).¹⁵⁷

A consciência da sua condição finita de alcance da compreensão é o passo primordial para que o intérprete fique atento à alteridade do objeto ou a possibilidade do outro estar com a razão. Assim, a finitude não é um elemento restritivo ou uma deficiência do processo, pois é esta dimensão que permite ao sujeito cognoscente ultrapassar as marcas particulares e estreitas de seus pontos de vista (subjatividade),¹⁵⁸ acentuando a dimensão ontológica da atividade hermenêutica, que não se ajusta ao ideal cientificista do método ou a lógica da racionalidade instrumental.¹⁵⁹

Como o alcance da verdade é o objetivo do procedimento hermenêutico,¹⁶⁰ presidindo a vida do investigador de maneira incondicional e inequívoca,¹⁶¹ deve ser enfrentada a questão envolvendo a relação das conclusões hermenêuticas com a própria realidade.

Inicialmente, cabe frisar que existe uma realidade fática (objeto de interpretação) e uma realidade hermenêutica (resultado da interpretação),¹⁶² pois os

¹⁵⁷ GADAMER, 2005, p. 590; GADAMER, 2004, p. 376; HOMMERDING, 2003, p. 28.

¹⁵⁸ GADAMER, 2005, p. 590; ARAÚJO, 2005, p. 54 e 66.

¹⁵⁹ ARAÚJO, 2005, p. 157-158. No mesmo sentido: HESSE, 1998, p. 62-63; DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Limites da Herança Heideggeriana: a práxis na hermenêutica de Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000, p. 520.

¹⁶⁰ A hermenêutica filosófica não se preocupa diretamente com a certeza se seus postulados, mas sim com a carga de verdade que eles revelam (VILA-CHÃ. João J. Hans-Georg Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000, p. 305.

¹⁶¹ GADAMER, 2004, p. 57).

¹⁶² Interessante o pensamento de Acílio Estanqueiro Rocha, para quem “*verdade e realidade são dimensões interconexas, mas que muitas vezes se apresentam em desconexão*” (ROCHA, 2000, p. 319). Quanto ao tema da verdade no âmbito da compreensão, caso se entendesse que efetivamente inexistia uma verdade (fática ou hermenêutica), como propõe parte significativa da doutrina, como seria possível justificar a reforma de decisões judiciais, enquanto ato hermenêutico, senão recorrendo-se a argumentos de autoridade? Ocorre que na construção e atribuição de sentido, que é o tema desta pesquisa, descabe ao sujeito cognoscente recorrer a argumentos de autoridade, pois questões hierárquicas são despiciendas. No entanto, quando se enfoca a atribuição de eficácia normativa se adentra no plano argumentativo, onde é totalmente cabível falar em autoridade, pois o sistema jurídico efetivamente atribui eficácia às decisões

contingenciamentos que atingem o intérprete e suas conclusões interpretativas não ilidem a existência de um dado objetivo (realidade fática), que está para além de sua compreensão.¹⁶³ O fato do produto da atividade interpretativa (realidade hermenêutica) conseguir (ou não) abarcar completamente essa realidade fática não é uma questão que diga respeito à sua existência, já que ela existe independentemente da (in)compreensão pelo intérprete.¹⁶⁴

Na discussão que envolve a prevalência entre objetividade e subjetividade, deve-se verificar que, se há uma realidade objetiva que existe independentemente do intérprete – o qual depende destas circunstâncias para alcançar a compreensão (deixar a coisa falar)¹⁶⁵ – a atividade hermenêutica somente faz sentido em relação ao intérprete

judiciais por meio de conceitos como hierarquia (ex.: decisões dos tribunais superiores que derrogam os julgados de instâncias inferiores, independentemente de seu conteúdo ou da carga de verdade por elas revelada) (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Aulas ministradas na cadeira *Tópicos Avançados de Direito Civil Constitucional II*, proferida em 2008/I, no PPG/PUCRS. 2008). Em síntese, pode-se concluir que, enquanto a questão da verdade possui enorme significância na descoberta e desvelamento do objeto interpretado, torna-se secundária no plano da atribuição de eficácia do ato de compreensão, como ocorre no caso específico da decisão judicial.

¹⁶³ Miguel Reale desvela a impossibilidade de se aceitar a ideia como razão (*ser*) das coisas, como se o pensamento pudesse gerar o *ser* do qual é pensamento: “*O fato de nada poder-se dizer de ‘algo’ até e enquanto não percebido ou pensado ou em processo de percepção ou cognição, não nos autoriza a inferir que a única realidade concreta seja a do pensamento mesmo no ato de pensar. Seria como dizer que, como nada é suscetível de ser visto sem a luz, a luz é, in concreto, o ser de todas as coisas. O pensamento é sempre o pensamento de algo, o que quer dizer momento da captação de algo como objeto que se põe, que se positiva no tempo. (...) também seria absurdo pretender que somente seja real o que esteja in acto, trazido à atualidade da consciência*” (REALE, 1999, p. 61, 104, 107 e 249). Em síntese: o objeto jamais se reduz ao sujeito.

¹⁶⁴ Gadamer se ocupa apenas do plano hermenêutico, mas isso não conduz à conclusão de que não aceite a existência de uma determinada realidade objetiva, uma vez que admite a existência de um “*verdadeiro sentido que há numa coisa*” (verdade fática) e, inclusive, de “*uma interpretação correta*” (verdade hermenêutica) (GADAMER, 2005, p. 29 e 395; GADAMER, 2003, p. 116). Como refere Bruno Latour, “*não são os homens que fazem a natureza, ela existe desde sempre e sempre esteve presente, tudo que fazemos é descobrir seus segredos*” (LATOUR, [s.d.], p. 36). A desconfiança acerca da existência de uma verdade passa apenas pela condição desta verdade em termos hermenêuticos. Quando se fala da inexistência de uma verdade está se falando da impossibilidade de se alcançar hermeneuticamente esta verdade, mas não se está negando, necessariamente, a existência da mesma.

¹⁶⁵ A esta conclusão resta subjacente a ótica objetivista de Emilio Betti, que não ignorou o momento subjetivo da interpretação, nem negou a necessidade da mediação humana no ato de compreender, mas ressaltou a validade existencial do objeto, a partir do qual seria possível realizar uma interpretação objetivamente válida. No pensamento bettiano, a subjetividade do intérprete deve penetrar na estranheza e alteridade do objeto interpretado. Sob esta perspectiva, o objeto “fala” e pode ser avaliado de forma correta ou incorreta. Aspecto relevante nessa vertente teórica é a distinção entre “sentido” e “significado”, pois no entender de Emilio Betti o objetivo da hermenêutica é clarificar o sentido verbal de uma determinada passagem, que é fixo, e não encontrar o significado desta. Nesta perspectiva, é possível

(caráter produtivo da interpretação). A construção da realidade depende da subjetividade do agente (inexistência de separação entre sujeito e objeto), embora a compreensão jamais seja um comportamento completamente subjetivo frente ao objeto (universalidade da exegese por meio das dimensões linguísticas e histórica).¹⁶⁶ Nesses termos, não obstante o objeto exista independentemente do sujeito, ele não tem sentido (hermenêutico) fora da relação com este sujeito.¹⁶⁷ Como refere Miguel Reale, “o real (...) a rigor, só existe sob o prisma gnoseológico, enquanto se converte em objeto.”¹⁶⁸

Questão de fundamental importância é a de que, no plano dos contratos, os direitos e obrigações que emergem do pacto não são criados pela interpretação, mas dependem dessa para que alcancem sentido. Se o contrato existe enquanto ente jurídico autônomo, não tem sentido algum fora da circularidade hermenêutica.¹⁶⁹

A declaração negocial e as circunstâncias do caso são realidades fáticas que existem independentemente da atividade exegética, embora somente sejam apreensíveis ao saber humano por meio do procedimento hermenêutico. Se a finitude do sujeito e o caráter histórico e linguístico da compreensão já condicionam, de antemão, a (im)possibilidade do intérprete alcançar a própria realidade fática, deve-se considerar, ainda, que a mesma incompletude da atividade hermenêutica alcança também as

alcançar semelhanças em pelo menos três elementos abrangidos pela teoria gadameriana, embora a discordância sempre presente acerca da busca pela reconstrução do significado, conforme defendido pela teoria bettiana: a força vinculante do objeto interpretado, a necessidade de verificação da particularidade com o todo (circularidade da interpretação) e a relevância do raciocinar por concreção na atividade interpretativa (PALMER, 1997, p. 65-69).

¹⁶⁶ GADAMER, 2005, p. 18.

¹⁶⁷ PALMER, 1997, p. 34. O intérprete constrói hermenêuticamente o objeto interpretado, mas a existência do objeto não depende desse agir hermenêutico do intérprete. A radicalização do entendimento de que é o intérprete que constrói o objeto, sem a mediação ou mitigação aqui exposta, levaria à conclusão de que a realidade só existe a partir do “eu”, e que o mundo inexistiria independentemente de “mim”. O entendimento aqui defendido aceita a ausência de separação entre sujeito e objeto na interpretação, mas ressalta que esse amálgama subsiste no *iter* hermenêutico, e não no plano fático.

¹⁶⁸ REALE, 1999, p. 33.

¹⁶⁹ O caráter criativo da atividade hermenêutica possui uma função balanceadora da interpretação ao indicar que, se de um lado esta não cria o objeto, de outro não se limita a reconstruí-lo. Assim, se a interpretação contratual não cria os direitos e obrigações que emergem do contrato (pois não é fonte de obrigações), também não se limita a meramente reconhecê-los de forma passiva.

realidades que existem apenas no plano hermenêutico, como é o caso do resultado da interpretação do contrato.

O contrato, enquanto ente significativo, é uma realidade hermenêutica em si, produto de uma atividade interpretativa que pode ser considerada correta ou incorreta perante determinada situação hermenêutica. Em sua tentativa exegética, o intérprete se debruça sobre elementos concretos (declaração, circunstâncias e normas jurídicas), mas além da apreensão destes dados somente ocorrer por meio da atividade interpretativa, a conclusão (compreensão do contrato) será uma realidade (hermenêutica) que também se encontra limitada pelos pressupostos condicionantes da compreensão. Assim, não é apenas a realidade fática que se encontra subjugada aos elementos que condicionam a compreensão, mas também a realidade hermenêutica.

A pretensão de alcançar um sentido absolutamente verdadeiro no procedimento interpretativo é utópica,¹⁷⁰ pois como bem refere Gadamer, “*para una consciencia finita e histórica, la identidad absoluta de la consciencia y del objeto es algo fuera de alcance; se halla siempre sumergida en las influencias históricas.*”¹⁷¹ Porque a compreensão é alcançada da perspectiva de determinada situação hermenêutica (delineada pela historicidade e preconceitos do sujeito), nunca poderá ser o reflexo exato da realidade objetiva. Nesse sentido é a lição de Eros Roberto Grau:

¹⁷⁰ REALE, 1999, p. 111. Sendo a interpretação verdadeira aquela que alcança com absoluta perfeição a realidade (objetividade da situação complexa examinada), torna-se conceitualmente inatingível pelo intérprete finito e marcado pela radicalidade do *Dasein*, embora em tese não deixe de ser possível a sua consubstanciação. O caráter linguístico da interpretação impõe a conclusão de que o texto “fala” por intermédio de uma linguagem que alcança o intérprete. Sob esta perspectiva, não há falar em uma interpretação correta “em si”, a qual seria um ideal desprovido de pensamento, pois em cada linguagem está em questão o próprio texto, também porque “*toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence*” (GADAMER, 2005, p. 514).

¹⁷¹ GADAMER, 2003, p. 59. Como bem assevera Larenz, apesar de toda interpretação pretender ser uma exegese correta, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, “*não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas*” (LARENZ, 1989, p. 378).

(...) é certo que os fatos não são, fora de seu relato (isto é, fora do relato a que correspondem), o que são.

O que desejo afirmar é a fragilidade do compromisso entre o relato e seu objeto, entre o relato e o relatado.

Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é o nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (= nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos). (...)

Também no que tange aos fatos não existe, no direito, o *verdadeiro*. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma.¹⁷²

Contudo, a aceitação do caráter produtivo da finitude e da pré-compreensão, que corretamente fulmina a possibilidade de uma verdade representacional absoluta,¹⁷³ não impede o juízo de correção e de eleição entre interpretações.¹⁷⁴ Se o produto da atividade hermenêutica tem sempre sua própria temporalidade e historicidade, deve-se considerar que a pretensão de verdade hermenêutica também é construída coletivamente no desenvolvimento do conhecimento humano, por meio do trabalho de diversos intérpretes.¹⁷⁵ Na teoria gadameriana a compreensão não se prende às margens da

¹⁷² GRAU, 2003, p. 33.

¹⁷³ STEIN, 2004, p. 19-21, 66 e 68-69; PASQUALINI, Alexandre Correa da Câmara. *Hans Georg Gadamer*. Texto oriundo de seminário ministrado no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2005, p. 5.

¹⁷⁴ Em face das condições peculiares de seu conceito de verdade, na hermenêutica filosófica gadameriana não se tem um parâmetro absolutamente seguro que permita distinguir uma contribuição autêntica de uma mera pretensão de verdade, até mesmo porque a questão parece estar fora da preocupação filosófica direta de Gadamer. Como salienta o filósofo, “*a reflexão hermenêutica limita-se a abrir possibilidades de conhecimento que sem ela não seriam percebidas. Ela não oferece um critério de verdade*” (GADAMER, 2004, p. 307). Para a distinção entre o verdadeiro e o falso, as ciências do espírito dispõem “somente” de seus discursos, embora a questão da verdade não possa ser colocada como simples demonstração discursiva. A verdade hermenêutica não pode ser demonstrada objetivamente, senão com a explicitação do acordo temático que liga o intérprete e seus pares ao objeto interpretado. A necessidade de abertura do intérprete para a alteridade da coisa, deixando que esta lhe fale algo contra suas próprias convicções, parece ser o grande critério gadameriano de aferição da correção do produto da interpretação (GADAMER, 2004, p. 53, 56 e 490; GRAU, 2003, p. 109).

¹⁷⁵ GADAMER, 2004, p. 71 e 305. O próprio procedimento judicial (instância onde ocorre grande parte das discussões envolvendo a interpretação dos contratos) é bastante representativo desta instância de

subjetividade, já que a partir da historicidade e da linguagem o produto da interpretação alcança uma carga de validade que ultrapassa as marcas da existência finita.¹⁷⁶

Ademais, a verdade hermenêutica não é estática pela simples razão de que a realidade fática não o é, sendo mutável pelo transcurso do tempo e a ocorrência dos fatos.¹⁷⁷ No campo dos contratos isso é evidente, uma vez que a conduta das partes posterior à celebração do pacto influi decisiva e diretamente no próprio conteúdo da relação contratual (v.g.: *venire contra factum proprium*). A realidade (e a verdade nela contida) é amplamente permeável ao diálogo com o tempo e a sua história.¹⁷⁸

O que verdadeiramente interessa à interpretação é a sua pretensão de correição em relação à determinada situação hermenêutica, a partir da qual se pode avaliar um determinado entendimento como sendo falso ou verdadeiro (correto ou incorreto em termos de uma terminologia metodológica).¹⁷⁹ Se não se pode falar em uma verdade

construção da compreensão em âmbito coletivo, tanto no que respeita ao aspecto interno do processo (onde diversos sujeitos elencam suas razões para que se culmine em uma determinada interpretação ao final) quanto ao seu aspecto recursal (onde agem diversos intérpretes institucionais, tantas quantas forem as instâncias judiciais existentes). Esta dimensão externa e jurisprudencial remete à teoria do romance em cadeia (*chaim novel*) de Ronald Dworkin, para a qual o julgador, ao decidir, participa de uma narração que começou a ser escrita com a formação do primeiro precedente sobre o assunto tratado. Nesses termos, está o intérprete vinculado com as decisões precedentes na perspectiva do seu ato decisório, que também possui uma natureza prospectiva (DWORKIN, 2000).

¹⁷⁶ Stein refere que a filosofia sempre recorreu a um fundamento empírico ou a um fundamento último de verdade, sendo a hermenêutica filosófica a incômoda verdade que se assenta entre a verdade empírica e a verdade absoluta, pois na teoria gadameriana a verdade se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica filosófica estabelece a racionalidade de uma verdade que não pode ser provada empiricamente ou por meio de um fundamento último (STEIN, 2004, p. 48).

¹⁷⁷ Em interessante passagem, Gadamer refere que “*embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente*”, sendo que “*com isso não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação*”, especialmente devido ao seu caráter lingüístico (GADAMER, 2005, p. 408 e 515; GADAMER, 2004, p. 479; ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 175).

¹⁷⁸ Como diz Gadamer, “*uma reflexão sobre o que é a verdade nas ciências do espírito não pode querer, pela reflexão, subtrair-se à tradição, cuja vinculabilidade descobriu*” (GADAMER, 2005, p. 32), referindo também que “*a historicidade não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, sendo, antes, uma condição positiva para o conhecimento da verdade*” (GADAMER, 2004, p. 125-126), razão pela qual a exigência de um critério hermenêutico de verdade absoluta se mostra como um ídolo metafísico abstrato.

¹⁷⁹ Aqui se está a propor uma comparação entre resultados interpretativos sob a mesma situação hermenêutica, algo realizado do ponto de vista teórico. Sob o filtro da situação hermenêutica está correto Gadamer quando afirma que “*quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente*” (GADAMER, 2005, p. 392). No sentido gadameriano do processo hermenêutico, realmente não há falar

enquanto conceito estanque e objetificado (fora da história), é possível falar na existência de uma verdade exegética quando o objeto é analisado sob a mesma *situação hermenêutica*.

Este é um ponto fundamental: *o resultado da interpretação pode se mostrar incorreto, não se podendo aceitar a correição de uma dupla verdade sob a mesma situação hermenêutica*, a qual não pode ser considerada apenas como sendo um paradigma individual, sob pena de falecer a pretensão de universalidade da atividade hermenêutica. O próprio Gadamer afirma expressamente que *“a dupla possibilidade de compreensão é sempre um conflito.”*¹⁸⁰

É por estas razões (que se somam a argumentos de ordem institucional e de política judiciária) que os tribunais superiores vêm sistematicamente abandonando a tese da *interpretação razoável*,¹⁸¹ com a conseqüente defesa da existência de uma interpretação correta (mesmo que embasada em pressupostos argumentativos). O fortalecimento desta corrente privilegia o tratamento *jurisdicional isonômico*, principalmente em face da função uniformizadora dos tribunais superiores.¹⁸²

em um compreender melhor, sequer sob o ponto de vista de que alguém possui um maior conhecimento sobre determinada coisa, pois esta sempre sofre a mediação da presença do intérprete.

¹⁸⁰ GADAMER, 2004, p. 416.

¹⁸¹ A tese era suportada pelas Súmulas 343 e 400 do STF e Súmula 137 do extinto TFR. Talvez o principal motivo para a mitigação das disposições sumulares seja o surgimento de um Tribunal Superior (STJ) com a função precípua de uniformizar a jurisprudência (o que remete ao sistema institucional do Direito).

¹⁸² Nesse sentido, cabe mencionar a decisão paradigmática do REsp 1.026.234, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, no qual se desautorizou a legitimidade da teoria da interpretação razoável no âmbito da ação rescisória, discutindo a validade das Súmulas 343 e 400 do STF. Com vista ao plano argumentativo e da autoridade institucional do sistema jurídico, o STJ assim ponderou na Ementa da decisão mencionada: *“Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância. (...) A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização.”* Em seu voto, o Ministro Teori Albino Zavascki assim se posiciona: *“Nas duas súmulas há a consagração da doutrina, fortemente assentada no STF antes da Constituição de 1988, da tolerância da interpretação razoável da norma: deve-se aceitar uma interpretação da norma que,*

A aceitação da correição de uma dupla significação hermenêutica do contrato, analisado sob a mesma situação objetiva complexa e comum intenção representada pela declaração negocial, seria uma verdadeira contradição com a existência do contrato enquanto objeto de representação da autonomia bilateralizada das partes.

As diferentes opiniões sobre o contrato somente podem ser analisadas como pretensões de verdade em relação ao pacto, que, como ato de previsão, detém existência autônoma da vontade individual das partes contratantes. Não é pela existência de dissonâncias com relação à determinada disposição contratual que se há de falar na possibilidade de mais de uma verdade hermenêutica.¹⁸³

embora não seja a mais correta, seja, todavia, razoável. (...) em nome da segurança jurídica, toleram-se interpretações equivocadas, desde que não se trate de equívoco aberrante. (...) O STF vem opondo sistemática resistência, especialmente nos últimos tempos, à doutrina da interpretação razoável, ainda que não a melhor. (...) tendo em conta a função institucional do STJ a partir da Constituição de 1988, pode-se dizer: contraria-se a lei federal não apenas negando sua vigência, mas também dando a ela interpretação menos exata, assim considerada a que for contrária a orientação do STJ. Se não for admitido que o STJ exerça o controle da interpretação que as instâncias ordinárias deram à lei federal, afastando as interpretações diferentes da sua (embora razoáveis), deixará o Superior Tribunal de Justiça de ser o intérprete institucional da lei e, conseqüentemente, o guardião da sua observância. Ao tolerar interpretação razoável, mas não exata (ou seja, ao admitir que, paralelamente à interpretação que considera a adequada, persista outra interpretação, ainda que razoável, da norma), o STJ acaba operando em sentido oposto ao de suas atribuições. Certamente não estará zelando por dar à norma federal a necessária interpretação uniforme e nem estará atuando por sua aplicação uniforme para todos os destinatários. (...) Assim, independentemente de eventuais divergências interpretativas no âmbito de outros órgãos judiciários, deve ser considerada como ofensiva a literal disposição de lei federal, para efeito de rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. (...) a doutrina da tolerância da interpretação razoável está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de prestigiar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores. (...) Por todas essas razões, justifica-se plenamente a mudança de orientação do STJ em relação à súmula 343/STF, para o efeito de considerar como ofensiva a literal disposição de lei federal, para efeito de rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional.” Amparando a tese, o STF declarou, no AI-AgR 145.680, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que “em matéria constitucional não há que se cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta.” No mesmo sentido, o Ministro Moreira Alves, no voto do RE 81.429, assim declinou: “Contraria-se [preceito normativo] não apenas negando vigência, mas também dando interpretação menos exata. Em se tratando de dispositivo constitucional, é cabível recurso extraordinário para examinar, se correta, ou não, a interpretação que as instâncias ordinárias lhe deram. Não fora assim, e deixaria de ser o Supremo Tribunal Federal o sumo intérprete da Constituição e, conseqüentemente, o guardião de sua observância.”

¹⁸³ Como refere Erich Danz, não cabe ao intérprete levar em conta as intenções não manifestadas ou acordos fictícios de vontades (ex.: vontade geral do comércio), mas antes lhe compete mostrar o estado real das coisas, e não determinar como conteúdo da declaração negocial o querido subjetivamente por qualquer dos litigantes (DANZ, 1955, p. 97-98).

Como visto, a inexistência de experiências científicas imediatas deriva do fato de que o sujeito cognoscente não tem acesso direto aos objetos via significado, mas apenas via significado em um mundo linguístico, histórico e cultural¹⁸⁴ determinado (toda reflexão subjetiva implica uma reflexão histórica construída linguisticamente).¹⁸⁵ Nesse sentido, as dimensões linguísticas, históricas e culturais são elementos de produção de sentido que atuam sobre determinados suportes fáticos e normativos,¹⁸⁶ sendo relevante realizar uma breve análise destes vetores produtivos (e produtores) do fenômeno hermenêutico.

Como a história do efeito¹⁸⁷ é a experiência por que passa a existência humana finita em seu diálogo com a tradição,¹⁸⁸ a questão abordada neste tópico remete à historicidade do fenômeno hermenêutico, a qual surge como princípio básico e questão

¹⁸⁴ A questão cultural é dimensionada por Miguel Reale e, no âmbito da interpretação contratual, por Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 439 e 442).

¹⁸⁵ STEIN, 2004, p. 18-21, 65-66, 68-69, 74 e 76; MORATALLA, 2003, p. 35; ARAÚJO, 2005, p. 90 e 101.

¹⁸⁶ GADAMER, 1993a, p. 144-145.

¹⁸⁷ Miguel Reale e José Maria Aguirre Oraa referem que a expressão alemã *wirkungsgeschichtliche Bewusstsein* apresenta dificuldades, tendo sido traduzida de diferentes formas (REALE, 1999, p. 239; ORAA, José Maria Aguirre. Pensar con Gadamer y Habermas. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000, p. 498). No presente estudo se utilizará a expressão *história do efeito*, conforme tradução sugerida pelo Professor Doutor Luis Afonso Heck (HECK, 2007a).

¹⁸⁸ Refere Gadamer que “a história é o que nós fomos antigamente e o que somos agora. É o aspecto vinculador de nosso destino” (GADAMER, 2004, p. 49). Todos os seres humanos são produtos de uma cadeia ininterrupta pela qual o passado se dirige até a situação presente, não havendo como anular o que se encontra atrás do factualidade do homem, razão pela qual o compreender implica a realização de uma mediação entre presente e passado (GADAMER, 2003, p. 96; GADAMER, 2003, p. 115-116). No mesmo sentido, salienta Miguel Reale que “a ‘natureza histórica’ do ato de conhecimento não se prende, como poderia parecer, apenas ao fato circunstancial de achar-se o homem no mundo, condicionado pelo que o cerca, mas se vincula antes à historicidade mesma do ser humano, cujo perceber já é um atuar, cujo saber já é um projetar-se para algo” (REALE, 1999, p. 53). O filósofo segue afirmando que “onde não há finitude não há história” e, mencionando Ortega y Gasset, refere que “nenhum homem começa a ser homem; nenhum homem conclui a humanidade, porquanto todo homem continua o humano que já existia” (REALE, 1999, p. 249 e 251). No âmbito do aspecto subjetivo da atividade hermenêutica, a história do efeito deve levar o pesquisador a colocar em primeiro plano de seu labor interpretativo não apenas a historicidade do objeto analisado, mas também a realização de sua própria historicidade (IBBETT, John. Gadamer: application and history of ideas. In: *History of Political Thought*, v. VIII. n. 3, Winter, 1987, p. 549). Como refere Gadamer, “somente um ser-ai que obedece às tradições, que obedece as suas próprias tradições, isto é, aquelas que lhe são próprias, sabe e pode tomar decisões que fazem história” (GADAMER, 2007b, p. 143).

permanente da atividade hermenêutica,¹⁸⁹ não se tratando de um propósito periférico que assume relevância apenas quando o hermenauta pretende resolver uma questão determinada, como ocorre no uso metodológico da chamada interpretação histórica.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Se a historicidade da compreensão implica a reabilitação da autoridade na atividade exegética, inexistente uma vertente arbitrária nesta dimensão. Parte da doutrina entende que a hermenêutica filosófica absolutiza o peso da tradição, defendendo um elemento de continuidade que desconsidera rupturas históricas (HABERMAS, Jürgen. Sobre “Verdade e Método” de Gadamer. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: LP&M, 1987, p. 16; COSTA LIMA, Luiz. *Hermenêutica e Abordagem Literária*. In: COSTA LIMA, Luiz. (org.) *Teoria da Literatura em suas Fontes*. v. 1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002). Gadamer reconhece que a defesa que formula desta dimensão acaba favorecendo a errônea opinião de que teria assumido uma assunção acrítica da autoridade, como se postulasse um conservadorismo tradicionalista (GADAMER, 2004, p. 52). No entanto, embora o resgate da tradição pressuponha a existência de elos maleáveis de continuidade, a hermenêutica filosófica não sustenta uma necessária continuidade de sentido, sendo a apropriação e a transformação (descontinuidade) acepções potenciais do contínuo. A teoria gadameriana confere inteligibilidade ao descontínuo, admitindo a possibilidade de que o intérprete rechace a tradição ou a assuma conscientemente na dissolução da tensão existente entre o objeto e a situação hermenêutica presente. Em verdade, é apenas a própria consciência crítica que não pode desconhecer sua historicidade constitutiva (ORAA, 2000, p. 494-495 e 497-499 e 502; ARAÚJO, 2005, p. 52 e 82-83; SILVA, 2000b, p. 521-522). Ademais, entre tradição e razão não há nenhuma oposição incondicional (GADAMER, 2004, p. 48; MÖLLER, 2006, p. 90; SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e Memória em H. G. Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000a, p. 342). Em face destas afirmações, cabe delinear que a historicidade possui uma dimensão narrativa e crítica, inexistindo história autárquica (sem narração) (MARTINS-COSTA, 2008), pois sendo o intérprete sempre um narrador, seleciona e refuta elementos ínsitos na condição passada da qual ele se distingue (embora aquilo que foi “esquecido” invariavelmente apareça no discurso quando o sujeito cognoscente leva a sério a força vinculante do objeto interpretado e a sua responsabilidade dentro do incessante torvelinho do círculo hermenêutico. Nesse sentido: DE CERTEAU, Michel. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982, p. 11 e 21. Dessa avaliação hermenêutica surge a *interpretação histórico-evolutiva* que, dizendo com a sintonia entre a ideia originária do objeto e a atualidade presente, não se trata de um método ou critério particular, mas de um caráter lógico da interpretação jurídica (BETTI, 2007, p. 42).

¹⁹⁰ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 61. A pertença à tradição não se trata de uma qualidade restritiva, mas de uma das tantas categorias que tornam possível o conhecimento (GADAMER, 2005, p. 430-432 e 471) e o qualificam (as concepções do momento histórico do sujeito são diversas e acrescentam ao do objeto), sendo exatamente essa a dimensão que diferencia a disciplina hermenêutica de uma mera técnica metodológica (GADAMER, 2004, p. 308 e 317). Enquanto a tradição iluminista visa libertar o sujeito das dependências históricas (autoridade da tradição) por meio da utilização do método, a hermenêutica filosófica torna produtivo o enredamento histórico do homem no mundo, desvelando o paradoxo produtivo da história do efeito: quanto maior a distância da época em que o objeto foi criado, maior a proximidade que o intérprete terá dele e maior será a sua compreensão, pois aumentam os dados de consciência acerca das condições de descarte de interpretações errôneas (GADAMER, 2005, p. 393 e 395; GADAMER, 2004, p. 79-80; GADAMER, 2003, p. 41 e 110-111; ARAÚJO, 2005, p. 89). A distância temporal não é um abismo devorador que deve ser transposto porque separa e distancia, mas, sim, um fundamento sustentador do acontecer, razão pela qual a tensão entre presente e passado não deve ser dissimulada ou superada, mas desenvolvida conscientemente, destacando e fundindo o horizonte que se distingue do presente (GADAMER, 2005, p. 405). Por fim, cabe salientar que Miguel Reale concorda com as premissas da teoria gadameriana (REALE, 1999, p. 31 e 145), mas entende que Gadamer teria reduzido o processo cultural a um processo hermenêutico, o que conduziria a uma visão parcial da história (REALE, 1999, p. 240 e 266).

A temporalidade do Direito não é sucessiva e linear, pois comporta tanto a interpenetração como a simultaneidade de formas e fases, razão pela qual o ato interpretativo deve contemplar uma dimensão histórica que quantifique a sobrevivência das formas temporais passadas e a projeção destas no futuro, em uma atualização prospectiva,¹⁹¹ o que também é admitido por Emilio Betti.¹⁹² Nesse contexto, cabe salientar que o contrato apresenta certos paradoxos com relação ao tempo,¹⁹³ pois procura segurança com relação ao futuro, mas só tem sentido com as tratativas passadas, ou seja, é moldado pelo passado e feito para o futuro, mas só tem sentido no presente que, mesmo sendo o tempo próprio, é havido muitas vezes como se não existisse (o presente é uma consequência do passado que visa o futuro).¹⁹⁴

¹⁹¹ REALE, 1968, p. 224 e 232. Defende Gadamer que “o texto forma parte do todo da tradição no qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma”, sendo que o verdadeiro sentido de um texto “sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história” (GADAMER, 2005, p. 392). Como salienta Ascarelli, a interpretação jurídica se debruça sempre sobre um objeto (texto ou comportamento) que a rigor é passado e histórico, mas que por força da atividade hermenêutica se torna um presente projetado ao futuro (ASCARELLI, 1959, p. 140). Conforme sustenta Hesse, “o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arqui-médico, senão somente da situação histórica concreta, na qual ele se encontra” (HESSE, 1998, p. 61). No mesmo sentido: GRAU, 2003, p. 38.

¹⁹² Emilio Betti também entende que a exegese normativa não pode prescindir do elemento histórico, pois o encontro do intérprete com o texto nunca é um encontro direto, sendo realizado por meio da tradição (jurisprudência), pois a letra do instrumento normativo deve ser reanimada no contato com a vida social na luz da tradição. A teoria bettiana concede enorme relevo à chamada *interpretação histórico-evolutiva*, pois na dimensão normativa desta vertente teórica o intérprete deve dar um passo além da reconstrução do significado do objeto, sintonizando a ideia originária com a atualidade presente (movimento do objeto em direção ao sujeito), o que diz com a evolução do Direito tendo em vista as transformações socioculturais (manutenção da eficácia normativa do preceito) (BETTI, 2007, p. LVIII-LIX, LXIII-LXVII, CII-CV, 5; PESSOA, 2002, p. 36-37 e 99; PESSOA, 2001, p. 60-63; MEIRELES, 2004, p. 131. No mesmo sentido: GRAU, 2003, p. 55.

¹⁹³ Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria ressaltam a importância da dimensão temporal no âmbito da hermenêutica filosófica (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 439).

¹⁹⁴ No Direito o resguardo da tradição está intimamente relacionado com a questão da justiça e da garantia da segurança jurídica na interpretação, o que implica a quantificação hermenêutica das regras, princípios e critérios de decisões que se mantêm no transcurso da atividade jurídica (especialmente jurisprudencial) (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 60). Refere Gadamer que “escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências do espírito” (GADAMER, 2004, p. 53 e 485), muito embora o pertencimento a uma tradição independe da consciência acerca deste fato.

Abordada a dimensão histórica, cabe mencionar que todos os fenômenos objetos da hermenêutica apresentam e representam um elemento de linguagem,¹⁹⁵ que conforma não apenas o processo do entendimento entre os seres humanos, mas também a própria atividade voltada à compreensão. É a dimensão linguística¹⁹⁶ que determina tanto o objeto hermenêutico quanto a ação hermenêutica, não existindo nenhum significado fora da experiência de mundo que se dá na linguagem (a coisa só se torna algo para o intérprete dentro da linguagem).¹⁹⁷ Na hermenêutica filosófica a linguagem assume uma natureza ontológica, transcendendo uma influência meramente instrumental¹⁹⁸ (apreensão concedida pela teoria heideggeriana),¹⁹⁹ mostrando-se decisiva na pretensão de universalidade da compreensão.²⁰⁰

¹⁹⁵ GADAMER, 2004, p. 216 e 566-567. ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 211. Gadamer entende que “*o ser que pode ser compreendido é linguagem*” (GADAMER, 2005, p. 612), ressaltando, ainda, que “*a linguagem ocupa a estrutura interna da compreensão, ocupando, portanto, o centro da filosofia*” (GADAMER, 2005, p. 406). Estas conclusões são representativas da chamada *virada (viragem) linguística*, possibilitadora de um pensar além da dicotomia sujeito-objeto. Sobre a passagem mencionada, remete-se o leitor para a interessante obra de Jean Grondin: *The Philosophy of Gadamer*. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2003.

¹⁹⁶ Embora a linguagem não se reduza ao diálogo, no *iter* hermenêutico a dimensão linguística possui uma estrutura dialógica, na dinâmica da pergunta e resposta. Falar (oral ou textualmente) significa sempre falar a alguém, pois a palavra sempre vai ao encontro do outro, razão pela qual a linguagem também indica um pertencimento do intérprete, já que ele não pode se afastar completamente das convenções da linguagem. A língua não depende de quem usa, jamais podendo ser reduzida a uma opinião subjetiva e individual, pois são todos em geral (e ninguém em particular) que falam de cada vez (GADAMER, 2004, p. 171, 179, 207, 231, 243 e 507; GADAMER, 2007a, p. 41; GADAMER, 2007c, p. 49-50, 80 e 85-86; GADAMER, 1998a, p. 203-204).

¹⁹⁷ GADAMER, 2004, p. 234-235 e 298-299; GADAMER, Hans-Georg. *La Dialéctica de Hegel: cinco ensayos hermenéuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994, p. 9. No universo da hermenêutica filosófica a linguagem assume diversos níveis de influência: o objeto hermenêutico é determinado pela linguagem e constituído linguisticamente; o processo de compreensão é determinado pela linguagem; a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica (STEIN, 2004, p. 79 e 81). A linguagem é o local em que o sujeito e o mundo (realidade) se encontram em sua unidade originária, sendo que “*a fusão de horizontes que se dá na compreensão é o genuíno desempenho e produção da linguagem*” (GADAMER, 2005, p. 492).

¹⁹⁸ A linguagem não é um instrumento da compreensão (simples instrumento de conexão entre sujeito-objeto) ou um dos dotes atribuídos ao homem que está no mundo (pois o homem não domina completamente o seu uso a ponto de desfazer-se da linguagem após sua utilização), mas, sim, o elemento condicionante e fundamental para que o ser humano tenha um mundo, pois é nela que este ganha representação e significado (GADAMER, 2005, p. 571 e 612; LOPES, Ana Maria D’Ávila. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, jan./mar., 2000, p. 108). Assim, a linguagem não se apresenta como um objeto próprio de análise, mas abrange tudo o que possa chegar a ser objeto de interpretação (GADAMER, 2005, p. 523; GADAMER, 2004, p. 176; STEIN, 2004, p. 12 e 15), muito embora possua um caráter mediador, eis que o sujeito tem acesso ao objeto apenas pela via do significado estruturado pela linguagem (elemento de produção de sentido) (GADAMER, 2005, p.

Contudo, na prática jurídica deve-se aceitar o caráter essencialmente narrativo da atividade hermenêutica, transcendendo o mero reconhecimento da sua dimensão linguística. O universo do Direito é estruturado narrativamente pelo intérprete por intermédio de determinados processos de produção discursiva que permitem (e limitam)

523). Nesses termos, a linguagem não pode ser tratada de forma instrumental, na condição de objeto, como sendo um sistema de signos estudado pela linguística ou o campo de problemas discutido pela filosofia da linguagem. Primeiro, porque, em termos hermenêuticos, ela não é um objeto redutível à dissecação cientificista, qualquer que seja a conjuntura natural ou científica, dizendo mais com a realização do *ser-aí* humano. Assim, aqui não se pretende falar da linguagem dentro do mundo, mas da linguagem enquanto constitutiva do mundo hermenêutico sobre o qual se fala. Como sustenta Gadamer, todo pensar sobre a linguagem já foi sempre alcançado pela linguagem, pois só se pode pensar dentro de uma linguagem. Contudo, deve ser ressaltado que este entendimento – de que inexistente possibilidade de realizar-se uma reflexão hermenêutica sobre a linguagem por não haver distanciamento (o sujeito só pode pensar dentro de uma linguagem) – é objeto de crítica fundada na inexistência de distinção entre os níveis possíveis de linguagem e na falta de uma expressa concepção de linguagem na teoria gadameriana (ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 178-179 e 202). Segundo, porque o tema transcende as estreitas margens deste trabalho, razão pela qual aqui a discussão se limita ao destaque da estrutura da semiótica, que distingue três planos de investigação: (1) a *análise sintática* observa a relação formal do signo linguístico com os demais que integram o sistema onde se encontra situado (desmembrando os elementos componentes de uma frase e examinando sua estrutura), enfatizando as regras de sintaxe representadas, sobretudo, pela gramática (correta justaposição de vocábulos na construção sintática); (2) a *análise semântica* se centra no vínculo do signo com a realidade que exprime, procurando destacar seu significado correto sob o prisma da conotação e denotação; (3) a *análise pragmática* se ocupa da relação entre o signo e as pessoas que dele se utilizam (emissor e destinatário), enfocando os efeitos interacionais do uso da linguagem em uma determinada comunidade linguística (relações sociais que se instauram por meio do uso concreto da linguagem) (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 144).

¹⁹⁹ Emilio Betti admite a existência de uma dimensão linguística quando afirma que a tarefa do intérprete de reconstrução do significado presente nas formas representativas é mediada pela linguagem. Porém, embora sustente que o entendimento se realiza por meio da linguagem, sua análise se limita ao caráter instrumental deste aspecto do campo hermenêutico, conforme posto no segundo capítulo da obra *Teoria Generale della Interpretazione*. A visão bettiana enfoca exatamente aquilo que foi objeto de crítica por Gadamer: a visão instrumental de que esta é um sistema de signos designativos de um mundo prelinguisticamente conhecido. O filósofo italiano refere que as condições de possibilidade do entendimento demandam duas condições. A primeira é uma figura, forma ou estrutura (Gestalt), que diz com as regras sintáticas de agrupamento dos termos (o significado dependente da sintática). A segunda é a intencionalidade, característica da expressão (conjunto de signos situados em um contexto discursivo), e não do signo (palavra isolada abstratamente). Esta condição indica que o significado não se limita à relação de sinalização dos signos com a coisa representada, se expandindo por meio de uma comunidade de fala (*speech community*) que diz com o signo e com um contexto (universo de discurso) referente à coisa significada. É o conjunto desses componentes secundários do significado linguístico (comunidade linguística e universo de discurso) que representa o caráter intencional da linguagem e garante sua objetividade. Essa construção teórica apresenta grande semelhança com o que seja objeto de interpretação para Betti (formas representativas), além de possuir, intrinsecamente, uma noção de reconstrução, o que atende a natureza da sua teoria (BETTI, 2007, p. XXXIX e XCVI. BETTI, 1990a, p. 158 e 207-209; PESSOA, 2002, p. 59-60, 75, 77-82, 84-87; PESSOA, 2001, p. 66-67). Analisando a estrutura interna da construção dogmática linguística supramencionada, o conceito de formas representativas criado por Betti passa a ser significante da própria linguagem presente na atividade hermenêutica (MEIRELES, 2004, p. 125 e 137).

²⁰⁰ Embora também esteja voltada ao plano externo da estruturação da compreensão, a pretensão de universalidade da atividade hermenêutica se concretiza por meio da linguagem, pois é ela que possibilita a articulação do pensamento em toda experiência inter-humana, uma vez que compartilhar a linguagem significa participar de uma tradição que transmite uma determinada visão e pré-compreensão de mundo (GADAMER, 2004, p. 268).

a seleção e a refutação de elementos ínsitos na condição objetiva interpretada. O operador jurídico constitui a realidade normativa a partir de suas ficções, privilegiando e descartando determinados dados, o que acaba "hipotetizando" a realidade. Ignora-se, na maioria das vezes, que as narrações, mitos e metáforas são o substrato do Direito e do contrato.²⁰¹

Pretendendo regular os existenciais da vida humana (v.g.: nascimento, morte, relações afetivas, etc.), o Direito se apropria da riqueza dos fatos sociais (por serem constituídos e moldados pelos sonhos, esperanças, dramas, tragédias, culpas e esforços feitos e desfeitos na experiência sociocultural dos seres humanos), procurando (re)construir a realidade por intermédio de uma linguagem (discurso jurídico) pobre por ser meramente normativa e dedutivista, limitando as possibilidades da condição social conforme certos padrões (descompasso entre o campo jurídico e o social), o que alija da atividade hermenêutica determinadas circunstâncias fáticas que são imprescindíveis à correta análise da questão,²⁰² o que se procura combater neste estudo com a defesa da imprescindibilidade do raciocinar por concreção.

²⁰¹ DWORKIN, 2000, p. 228; OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 58; MARTINS-COSTA, 2008; ZACCARIA, 1996, p. 80-85, 164 e 220-222. Nesse sentido, não parece existir uma diferença ontológica entre a narração contida na sentença judicial e aquela oriunda de uma determinada obra literária. Tanto o operador jurídico quanto o escritor acabam formulando uma narrativa a partir de concepções singulares acerca dos mesmos existenciais da vida humana (v.g.: nascimento, morte, relações afetivas etc.), procurando (re)construir a realidade por intermédio de uma determinada linguagem (técnica e estética, respectivamente). Nesse sentido, o "era uma vez" literário não se encontra tão longe do "trata-se de ação..." com que comumente iniciam os relatórios das decisões judiciais. Contudo, é evidente que a intersecção entre Direito e Literatura não é constituída apenas por aproximações, mas também por importantes idiosincrasias, inclusive em termos de expectativas. Ao Direito, situado no plano deontológico, é requerido os limites da ordem, da segurança e da medida, enquanto com a literatura, que reside na dimensão axiológica, se procura a expansão lúdica da beleza, do sonho e da transgressão. Ademais, embora trabalhem sobre os mesmos elementos da vida humana, a literatura expande o conflito de tais existenciais, enquanto o Direito se apropria dos mesmos de forma restritiva e superficial, dissimulando a tensão e amalgamando comportamentos por meio de um "discurso jurídico" que não deixa de se constituir em um adaptador social da realidade a determinadas finalidades que estão a serviço de propostas ideológicas que, na maioria das vezes, estão reprimidas no "discurso jurídico oficial".

²⁰² Nesse sentido a lição de Ben-Hur Rava: "Na verdade os conflitos que se produzem estão na cena social, portanto fora do espectro linguístico, mas que são trazidos para o interior da ciência e da dogmática jurídica, como forma de relativizar este mesmo conflito, dissimulando a tensão e

Na atividade de interpretação dos contratos, o intérprete não deve se ater ao sentido literal da expressão, não tomando as palavras pelo sentido da linguagem comum, mas, sim, em relação a todas as circunstâncias do caso. As palavras nunca têm um sentido fixo, pois seu significado depende sempre das circunstâncias do caso, se alterando quando estas se modificam,²⁰³ o que importa significativamente para que se alcance o juízo de que o raciocinar por concreção se faz absolutamente necessário no âmbito da atividade hermenêutica contratual.

Fixado o caráter criativo e sempre incompleto da atividade hermenêutica, cabe adentrar na análise do aspecto crítico do procedimento exegético.

5. O caráter crítico da atividade hermenêutica

Como visto nos tópicos precedentes, a interpretação depende de um ato de decisão que constitui e constrói a significação de um objeto. Devido à inexorabilidade desta participação do sujeito na atividade interpretativa, é correta a síntese alcançada por José Maria Aguirre Oraa: “*se não há crítica sem hermenêutica, tampouco há hermenêutica sem crítica.*”²⁰⁴ Ainda quando não possa ser total, esta instância é sempre possível e necessária.²⁰⁵

amalgamando os comportamentos através de um ‘discurso jurídico oficial’, que ‘aparentemente’ não apresenta contradições e, muito menos, fissuras. (...) A linguagem e, mais especificamente, a linguagem jurídica está a serviço do status quo do Estado e do poder, que usam o direito como uma espécie de adaptador social da realidade às suas finalidades ideologizadas que se apresentam escondidas ou reprimidas” (RAVA, Ben-Hur. A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica. In: *Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 101, mar. 2006, p. 31-32).

²⁰³ LARENZ, 1989, p. 236-239, 375-376; DANZ, 1955, p. 52-53; ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 169-170.

²⁰⁴ ORAA, 2000, p. 493 e 503.

²⁰⁵ ORAA, 2000, p. 493 e 503. Refere Francisco Amaral que a perspectiva crítica do Direito permite compreender “*‘o jogo concreto dos mecanismos jurídicos’ no interior dos sistemas , e a sua relação com as exigências sociais*” (AMARAL, 2006, p. 37).

A presença da reflexão crítica emancipatória no pensamento gadameriano se evidencia quando o filósofo observa que “*o pensar remete para além de si mesmo*”,²⁰⁶ e que “*pertence à possibilidade originária da experiência humana colocar tão radicalmente em dúvida a verdade*”,²⁰⁷ sendo “*justamente aqui que se encontra a função da teoria hermenêutica, a saber, inaugurar uma disposição geral capaz de bloquear a disposição especial de hábitos e preconceitos arraigados.*”²⁰⁸ Desta feita, a instância crítica não trata da criação de oposições, mas sim da busca incessante pelo descobrimento da verdade.²⁰⁹ Como a interpretação não é uma dominação do mundo objetivo, a compreensão não diz com o estar de acordo com o que ou quem se compreende, mas com o se abrir para a alteridade da coisa, pensar e ponderar o que o outro pensa.²¹⁰

Nesses termos, há produção de reflexão crítica na própria forma dialógica da compreensão,²¹¹ a qual pressupõe um processo crítico de acordo, pois implica reflexão e julgamento daquilo que está sendo posto em diálogo.²¹² Como refere Miguel Reale, “*o ato de conhecer é, em si mesmo, também um ato de querer.*”²¹³ O entendimento sobre o objeto não implica que o sujeito cognoscente possua opinião idêntica sobre a questão inerente à significação, até porque onde há concordância não se precisa mais de nenhum entendimento. Está sempre subentendido na atividade hermenêutica que o sujeito

²⁰⁶ GADAMER, 2004, p. 573.

²⁰⁷ GADAMER, 2007a, p. 46.

²⁰⁸ GADAMER, 2004, p. 214.

²⁰⁹ BIAGIONI, 1983, p. 58.

²¹⁰ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 23.

²¹¹ ROHDEN, Luiz. “Ser que pode ser compreendido é linguagem”: a ontologia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000, p. 556.

²¹² GADAMER, 2004, p. 296-297; STEIN, 2004, p. 82-83, 110 e 113; ORAA, 2000, p. 494-495.

²¹³ REALE, 1999, p. 70.

compreende o significado do objeto sem necessariamente comprometer suas opiniões pessoais.²¹⁴

Embora o sucesso da interpretação dependa da apropriação seletiva dos próprios preconceitos, a hermenêutica filosófica não pressupõe nenhuma neutralidade quanto à coisa ou um *anulamento de si mesmo*. A compreensão sempre vem precedida de uma autocrítica, inclusive com relação às verdades que o intérprete entenda possuir.²¹⁵

Sequer a reabilitação do preconceito e da autoridade promovida por Gadamer pode ser entendida como uma instância acrítica,²¹⁶ uma vez que o próprio filósofo defende que “*nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição.*”²¹⁷

A discussão acerca da dimensão crítica da atividade hermenêutica encampa a análise da pretensão cartesiana de neutralidade do sujeito na interpretação jurídica, inclusive no que respeita ao plano político. No plano do Direito não há como compreender sem se comprometer criticamente com a prática jurídica interpretada. Como adverte Eros Grau, “*a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.*”²¹⁸

²¹⁴ GADAMER, 2004, p. 25; GADAMER, 2007b, p. 99 e 122; GADAMER, 2003, p. 103.

²¹⁵ GADAMER, 2004, p. 76 e 141; GADAMER, 2005, p. 355 e 385-386; GADAMER, 2003, p. 104.

²¹⁶ GRAU, 2003, p. 110.

²¹⁷ GADAMER, 2005, p. 369; GADAMER, 2004, p. 465.

²¹⁸ GRAU, 2003, p. 51 e 204-205. Enzo Roppo adverte que o contrato, enquanto veste jurídica das operações econômicas que conforma, não é encarado, no plano prático, apenas na sua acepção estrita de instrumento técnico-jurídico, mas sim como símbolo de uma determinada ordem social e econômica, o que alcança uma dimensão ideológica deste instituto jurídico (ROPPO, 1988, p. 28-29). É evidente que a concepção hermenêutica acerca do contrato acompanhou sua exploração histórica ideologizada, operando um parcial ocultamento ou disfarce da realidade (no caso, do aspecto criativo da interpretação), a fim de

A partir desta concepção, o indigitado autor adota as lições de Wróblewski para desvelar duas concepções ideológicas da interpretação jurídica contemporânea. A *ideologia estática*, majoritariamente aceita e centrada em valores como certeza, estabilidade e previsibilidade, exige uma função meramente declaratória da interpretação (preceitos normativos com conteúdo imutável à atividade do intérprete), limitando o contexto funcional analisado, na prática, apenas à conjuntura histórica do autor do texto normativo. Já a *ideologia dinâmica*, onde se pode inserir a efervescência da hermenêutica filosófica, adota como contexto funcional as relações sociais (históricas), sistêmicas e linguísticas, sendo permeável à atividade criadora do intérprete e à adaptação do Direito às necessidades presentes e futuras da vida social (quantificação das alterações de contextos em que o preceito jurídico opera).²¹⁹

Ademais, a dimensão crítica da atividade hermenêutica abrange a responsabilidade moral e científica do intérprete, tanto no sentido de que o mesmo, ao buscar a compreensão, não pode se deixar levar por arbitrariedades, autoridades espúrias, preconceitos ilegítimos ou interesses escusos, quanto pelo comprometimento que o sujeito cognoscente deve possuir com a busca pela verdade hermenêutica.

tutelar determinados interesses de uma classe política e economicamente dominante. Para uma maior digressão acerca da influência da ideologia na conformação do instituto do contrato, inclusive no plano dos aspectos principiológicos que lhe dão suporte, cabe remeter o leitor para a seguinte passagem da obra acima mencionada: ROPPO, 1988, p. 28-40.

²¹⁹ GRAU, 2003, p. 118-120 e 125-126. Eros Grau exemplifica as mencionadas concepções ideológicas da interpretação jurídica por meio da análise de momentos históricos da Suprema Corte Norte-Americana. Como exemplo marcante da *ideologia estática* da interpretação colaciona o caso *Dred Scott vs Sanford*, de 1857, onde a Suprema Corte decidiu que quando a Constituição estadunidense entrou em vigor, os negros eram considerados pessoas de condição social inferior (não-cidadãos), razão pela qual o diploma legal não os teria incluído na referência que faz aos cidadãos. Já a *ideologia dinâmica* é exemplificada por intermédio do caso *McCulloch vs Maryland*, de 1819, onde o juiz Marshall afirmou que a Constituição Norte-Americana “se destinava a durar muitos anos, devendo consequentemente adaptar-se as várias crises dos negócios humanos” (GRAU, 2003, p. 122-123). Devendo-se enquadrar a hermenêutica filosófica gadameriana no espectro da *ideologia dinâmica*, em face de suas peculiaridades próprias, a concepção de Emilio Betti, por sua vez, deve ser situada em um meio termo entre as concepções ideológicas polarizadas, pendendo para a dinamicidade. Embora pregue um ideal reprodutivo, não se fecha ao entorno social e defende a atualização constante dos conteúdos normativos interpretados.

Dito isso, cabe destacar que a concretização do valor justiça na *práxis* jurídica²²⁰ encontra eco na dimensão crítica da hermenêutica.²²¹ Como salienta Larenz, a justiça da resolução do caso é uma meta desejável e, embora não seja um critério próprio de interpretação, encampa o universo hermenêutico, pois é da aspiração de uma solução equitativa que parte o impulso para repensar a interpretação de um determinado preceito normativo e achar novos pontos de vista. Nesses termos, a aspiração de uma justiça do caso é um fator legítimo no processo hermenêutico quando não conduz à desconsideração da coisa interpretada, dos demais elementos condicionantes da atividade interpretativa e do resguardo da certeza e segurança jurídica (que alcançam o plano hermenêutico), ou seja, quando a busca pela realização da justiça não induz o

²²⁰ Embora a importância do tema mereça uma breve consideração, cabe salientar que a discussão acerca da aplicação e concretização do valor justiça na prática jurídica extrapola o objeto deste estudo.

²²¹ Interessante mencionar a dicotomia existente entre a busca por uma justiça concreta e individual com a preocupação mais do que legítima de resguardo da segurança jurídica, pois há situações em que a justiça vem colada na segurança (sendo o resguardo da segurança a própria concretização do valor justiça), mas há diversos casos em que há uma verdadeira dissociação destes vetores jurídicos (ÁVILA, Humberto Bergmann. Aulas ministradas na cadeira *Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais (DIRP145)*, proferida em 2007/I, no PPGDir/UFRGS, 2007). A discussão envolvendo justiça e subjetividade (justiça no caso concreto) é perene, pois diz com a própria concretização do justo, para o que ainda não existe conformação definitiva. No artigo *A (In)Segurança Jurídica na Aplicação das Cláusulas Gerais Privatistas: uma análise da boa-fé objetiva em perspectiva jurisprudencial*, apresentado na cadeira Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais, ministrada em 2007/I no PPGDir/UFRGS pelo Professor Dr. Humberto Bergmann Ávila, pode-se demonstrar que o sistema judicial, no âmbito privado, privilegia a realização da justiça particular, em detrimento do resguardo da segurança jurídica. No âmbito da pesquisa foram analisados os nove casos encontrados na jurisprudência do STJ em que o princípio da boa-fé objetiva foi utilizado como critério de decisão: RESP 554.622; RESP 591.917; RESP 436.853; RESP 464.426; RESP 562.729; AGRG no AG 608.324; RESP 712.591; RESP 401.247; RESP 650.793. Dos julgados examinados, em apenas dois (Resp 436.853 e AgRg no Ag 608.324) houve menção ao resguardo da segurança na aplicação da cláusula geral, que comumente foi utilizada para a realização da justiça particular, inclusive contrariando, em alguns julgados, a jurisprudência até então dominante daquela corte. Ademais, oito das nove decisões analisadas utilizaram um viés tópico, pois apenas o julgamento do AgRg no Ag 608.324 partiu do ordenamento na busca da construção da decisão judicial. Nesses termos, a análise dos julgados demonstrou que os operadores trabalharam com a concepção de que é exatamente a efetivação da justiça particular que garante o resguardo da segurança jurídica, encarando este preceito como elemento de legitimação do ordenamento, no sentido de que a realização de uma injustiça individual acarretaria uma deslegitimação do sistema perante a sociedade, gerando insegurança social. Contudo, do teor dos votos analisados não se vislumbrou uma efetiva preocupação com a explicitação de critérios que permitiriam a sistematização dos critérios de decisão, fator importante para a maximizar o grau de visibilidade e calculabilidade dos julgados. Dito isso, cabe referir, por fim, que a atividade de concretização do Direito deve quantificar questões de ordem sistemática (manutenção de uma ordem normativa coerente e unitária) e pragmática (busca de soluções ideologicamente aceitáveis e socialmente justas), como bem salienta Francisco Amaral (AMARAL, 2006, p. 93).

intérprete a manipular a coisa de acordo com convicções arbitrárias.²²² Em termos da estrutura interna da hermenêutica filosófica, poder-se-ia enquadrar a questão da justiça e da equidade como sendo um dos elementos propulsores do eterno girar do círculo hermenêutico.²²³

Feitas estas considerações, cabe salientar que o próprio Gadamer aponta que a principal objeção a sua teoria foi a de que o significado hermenêutico adviria da vinculação que a linguagem tem com toda compreensão e acordo, o que legitimaria um preconceito social em favor das relações vigentes.²²⁴ Essa censura, também formulada pela crítica da ideologia habermasiana,²²⁵ perde força quando observado que Gadamer, embora não tenha indicado com clareza os critérios de um proceder crítico,²²⁶ defende uma dimensão crítica do compreender em diversos níveis, como visto neste tópico.

Fazendo o contraponto entre paradigmas, mister se faz delinear que o exercício crítico presente no âmbito da hermenêutica filosófica não se coaduna com o ideal reprodutivo bettiano, ou seja, com a ideia de que a compreensão deriva da descrição de uma significação a ser meramente captada do objeto.²²⁷

²²² LARENZ, 1989, p. 420-421.

²²³ Como referiu o TJRS no julgamento da AC 70024048456, a “*interpretação* [deve ser] *condizente com os ideais de equidade, moderação e proporcionalidade, pois o Juiz não é servo da lei*” (AC 70024048456, 14ª Câmara Cível, TJRS, Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, j. em 12.06.2008). Cabe salientar, ainda, o seguinte precedente tratando sobre questão contratual: AC 70022499909, 9ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Odone Sanguiné, j. em 14.05.2008.

²²⁴ GADAMER, 2005, p. 528; ORAA, 2000, p. 493. Stein observa que em muitas situações o pensamento hermenêutico é colocado de forma dicotômica com a ideia de pensamento crítico, fazendo parecer que aquele seria uma forma de raciocínio menor por não contar com instrumentos de investigação adequados (STEIN, 2004, p. 49-50).

²²⁵ Embora Gadamer tenha concordado com parte das críticas trazidas por Habermas – especialmente no que respeita a capacidade emancipadora e crítica da reflexão, o que o levou a explicitar mais detidamente alguns conteúdos por ele propostos no primeiro volume de *Verdade e Método* –, sempre defendeu que a crítica da ideologia peca quando não admite a finitude e a limitação de toda a reflexão, supervalorizando a competência da reflexão e da crítica. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica, com sua apreensão dialógica e de confrontação de perspectivas, surge como um corretivo à pretensão de absolutização da reflexão emancipatória (ORAA, 2000, p. 496).

²²⁶ ORAA, 2000, p. 502.

²²⁷ STEIN, 2004, p. 102; ORAA, 2000, p. 492.

Por fim, em termos estruturais, cabe salientar que a instância crítica do pensamento hermenêutico contempla juízos de significação e validade, no sentido de que, mesmo reflexivamente, o intérprete pode e deve possuir uma atitude de discernimento capaz de aceitar ou rechaçar as significações compreendidas. Assim, as proposições de sentido estão submetidas a um processo crítico que pode legitimar sua validade ou refutá-la,²²⁸ tanto no que respeita ao processo de concreção fática e normativa indissolúvelmente presente na atividade hermenêutica, quanto no plano da aplicação prática do Direito.

B. A Hermenêutica Contratual

Nesta parcela do estudo, que se mantém dirigido a discussões de ordem teórica, serão enfrentadas as peculiaridades próprias da interpretação dos contratos. Dentro do universo de possibilidades que poderiam ser exploradas, a pesquisa se dirige às particularidades da hermenêutica contratual e do conteúdo dos negócios jurídicos, à relevância hermenêutica da autonomia privada, ao papel das regras e métodos no procedimento interpretativo (especialmente no viés gadameriano) e, por fim, à fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual.

Porém, antes de entrar no exame dos temas supramencionados, cabe destacar que a inserção do estudo no âmbito das categorias presentes no plano do Direito não contradiz a correção da matriz ontológica da hermenêutica filosófica visto na parte inicial deste estudo. O fenômeno hermenêutico é amplo e, em sua complexidade, depende da inclusão e assimilação das peculiaridades da área do conhecimento humano em que atua.

²²⁸ ORAA, 2000, p. 500-501.

Gadamer construiu um paradigma de compreensão unitário, não tendo se preocupado com as peculiaridades do projeto de *dever-ser* que constitui o universo normativo do Direito. Nesses termos, o exame das categorias presentes no *Nomos Jurídico* não visa desconstruir a matriz gadameriana que se centra no existencial do *ser*, mas inserir esta dimensão em um mundo (jurídico) que é construído sob a promessa constante do *dever-ser*. Dito de outra forma, ao se trabalhar com as categorias do Direito, não se está negando a natureza essencialmente ontológica da atividade hermenêutica.

1. As particularidades da hermenêutica contratual

Estando ciente de que a dimensão hermenêutica encontra-se na base de toda experiência de mundo, constituindo-se em um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação, cabe enfatizar as particularidades da hermenêutica contratual. A tarefa será executada traçando-se uma comparação com as diferenças existentes com a exegese legal, muito embora saiba-se que estas duas atividades não guardam relevantes dissociações entre si.

Os pontos de contato entre a teoria da interpretação das leis e dos negócios jurídicos são mais numerosos do que as diferenças que as separam,²²⁹ tanto porque a hermenêutica é um tema unitário,²³⁰ quanto porque a exegese das leis e dos negócios jurídicos radicam em conceitos paralelos.²³¹ Esta consideração deve acompanhar o leitor no desenvolvimento das questões que serão apresentadas neste e nos capítulos subsequentes.

²²⁹ GRASSETTI, 1983, p. 61-63.

²³⁰ GADAMER, 2005; FERRARA, 1987, p. 131.

²³¹ MIRANDA, 1989, p. 133-134.

Não obstante esse paralelismo, subsistem algumas relevantes especificidades próprias da interpretação do instituto do contrato, especialmente por esta atividade ser matizada pelo preceito da autonomia privada.

Talvez o principal elemento de diferenciação seja *o fundamento subjacente ao objeto interpretado*. Como refere Manuel Domingues de Andrade, “*não se pode contestar que, de facto, a lei procede, como qualquer acto jurídico, duma vontade humana reflectida e consciente; que é portanto uma declaração de vontade.*”²³² Porém, enquanto no contrato a expressão da vontade é translúcida com relação ao texto da declaração ou ao comportamento das partes, no caso das leis a formulação da vontade se encontra opaca, não permitindo que o operador a entenda e lhe alcance eficácia segundo o querer das pessoas que a emitiram (ex.: membros do corpo legislativo). Desta feita, enquanto a interpretação contratual é polarizada de forma quase absoluta pelo ato de autonomia,²³³ este aspecto não possui a mesma dimensão, importância e significação no plano da hermenêutica legal.²³⁴

Desta polarização da declaração negocial pelos anseios particulares comunicados e objetivados, resulta que a *hermenêutica contratual é mais complexa que a atividade interpretativa legal*,²³⁵ o que pode ser vislumbrado, ao menos, sob três prismas, descritos a seguir.

²³² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 42. É de todo evidente que o autor trabalha com um conceito abrangente de vontade/autonomia. Para uma diferenciação conceitual, remete-se o leitor para a seguinte obra: FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 245-246.

²³³ Este assunto será objeto do tópico subsequente, intitulado “A autonomia privada e sua relevância hermenêutica”.

²³⁴ Como refere Jorge Lopez Santa Maria, o que diferencia uma interpretação da outra é o fato de que na lei o elemento reitor da atividade hermenêutica é a literalidade da disposição normativa, enquanto nos contratos é a autonomia. (SANTA MARIA, 1966, p. 12).

²³⁵ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 130.

Primeiro, enfatizando o âmbito da vontade formativa, enquanto a lei opera apenas com o plano da heteronomia, a interpretação contratual está cifrada no entrecruzar (complexo, dialético e escalonado) da autonomia com a heteronomia.²³⁶ Na interpretação dos contratos, o operador se defronta com o momento em que as regras derivadas de uma ordem de autonomia entram em contato com a ordem de heteronomia, uma e outra compondo o ordenamento jurídico regulatório da relação privada.²³⁷ Assim, a hermenêutica contratual trabalha com uma multiplicidade de fontes, principalmente no que respeita a complexa coexistência de regras jurídicas e sociais.²³⁸

Segundo, focando o procedimento formativo, a complexidade se apresenta pelo fato das normas legais serem sempre constituídas por palavras, enquanto os negócios jurídicos podem aparecer na forma de atos da vida e de silêncio,²³⁹ dificultando a atividade interpretativa que jamais pode se dar em abstrato. Desta circunstância deriva a necessidade de uma abordagem necessariamente concreta da relação contratual²⁴⁰ e dos contratantes enquanto indivíduos situados, aspecto que

²³⁶ Afirma Gerson Branco que a norma é ato de heterocomposição revestido de autoridade, enquanto o contrato é ato de autocomposição revestido de autonomia (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 259), que passa a ganhar autoridade normativa quando se relaciona com o ordenamento jurídico. Assim sendo, lei e contrato são metáforas da heteronomia e autonomia situadas dentro do universo narrativo do Direito, sendo horizontalidade e verticalidade que se tocam, ou como quer Judith Martins-Costa, que correm paradoxalmente paralelas (MARTINS-COSTA, Judith. *O Pacto no “Sertão” Roseano: os pactos, os contratos, o julgamento e a lei*. 2007, no prelo, p. 1). É a partir desta ideia que se irá desenvolver a dimensão de uma concreção normativa no item “A concreção normativa da interpretação contratual”.

²³⁷ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 132.

²³⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 179-180.

²³⁹ DANZ, 1955, p. 6-7.

²⁴⁰ Cabe enfatizar a distinção existente entre *contrato* e *relação contratual*. Em seu aspecto técnico, enquanto essa diz com as normas derivadas do poder negocial concernente às partes contratantes, dizendo com os deveres de prestação, o *contrato* deve ser reconhecido como *fato social* que atinge não somente os contraentes, mas também terceiros, determinados ou não, impondo deveres laterais ou de proteção (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 79 e 81). Contudo, neste estudo a expressão *relação contratual* será utilizada para designar a dinamicidade do cumprimento do contrato, ou seja, deverá ser entendida como representativa da fase de cumprimento do contrato.

também deve ser observado na interpretação da lei, embora com suas particularidades próprias.²⁴¹

A consequência que deriva desta complexidade material da interpretação dos contratos é a de que, como salienta Betti, “*a questão interpretativa não se apresenta em termos uniformes para todas as categorias de negócios.*”²⁴² Como menciona Francisco Marino, citando Vito Rizzo, inexistente uma interpretação do contrato, mas, sim, interpretações dos diferentes contratos,²⁴³ enquanto na hermenêutica legal há uma maior uniformidade de construção do raciocínio, tendo em vista a padronização do processo legislativo e da forma comunicativa da lei estatal.

Terceiro, no plano da hermenêutica contratual é muito mais intenso o entrelaçamento de relações entre os sujeitos de direitos colocados no plano de uma igualdade recíproca, o que torna ainda mais imperiosa a exigência de critérios para a correta composição dos interesses em conflito.²⁴⁴ Como salienta Joaquim de Souza Ribeiro, enquanto instrumento de autodeterminação, o negócio jurídico é um meio de exprimir preferências subjetivas em relação aos bens e às pessoas, e esta liberdade emocional e de sentimentos juridicamente insindicável por critérios de racionalidade²⁴⁵ deve ser necessariamente quantificada no âmbito da atividade interpretativa.

Dos aspectos abordados nos parágrafos supra deriva a questão atinente à *extensão do círculo formado pelos meios interpretativos passíveis de serem empregados pelo intérprete na exegese contratual*. Exatamente por estar fundada no ato de

²⁴¹ A abstração dos preceitos legais e a concreção dos negócios ou preceitos da autonomia privada também é ressaltada por Betti, para quem se deve quantificar as diferenças entre heteronomia e autonomia (autonormativos), a partir da qual os contratos são tidos como regras ditadas nos interesses dos próprios agentes que os põem em prática, devendo ser compreendidos, portanto, no contexto com a órbita social em que se desenvolvem (BETTI, 2007, p. 173 e 342).

²⁴² BETTI, 2003b, p. 190; BETTI, 2007, p. 361.

²⁴³ MARINO, 2003, p. 115.

²⁴⁴ BETTI, 2007, p. XLII-XLIII.

²⁴⁵ RIBEIRO, 1998, p. 751-752.

autonomia bilateralizada, dependente da análise dos elementos fáticos e dos vetores axiológicos do sistema jurídico, na interpretação dos contratos há uma expansão das circunstâncias passíveis de serem consideradas no processo hermenêutico.²⁴⁶ Esta ampliação do material interpretativo deriva tanto da necessária análise da motivação subjetiva dos contraentes – embora na atividade interpretativa não haja espaço para a análise da vontade interna dos contraentes –, quanto da natureza linguística volátil do elemento textual da declaração negocial, dimensão que se modifica em face da variedade contextual em que é construída e desenvolvida a relação contratual.

Além disso, a principiologia e a teleologia aplicadas e presentes na interpretação dos contratos são diferentes da atividade hermenêutica desenvolvida tendo como objeto a lei, embora os métodos eventualmente utilizados possam ser os mesmos. A lei é geral e duradoura, enquanto o contrato é particular e limitado temporalmente, já que visa o adimplemento.²⁴⁷ A lei é impessoal porque se dirige ao cidadão, não ao indivíduo, enquanto o contrato, embora absorva o plano da impessoalidade do ordenamento jurídico, está sempre focado na vontade bilateralizada e situada dos contraentes. Mais importante ainda é a verificação de que enquanto na interpretação das leis o sujeito cognoscente trabalha com destinatários genéricos, na exegese contratual o intérprete deve quantificar o caráter absolutamente situado de determinados destinatários específicos.

No que tange a relação com o ordenamento, tem-se que, como estabelece Pontes de Miranda, “*deve-se ter presente que as regras de interpretação das leis não*

²⁴⁶ Conforme será enfatizado no tópico “O ponto de relevância hermenêutica dos tipos contratuais e a extensão dos meios interpretativos”, a mencionada *extensão do círculo formado pelos meios interpretativos passíveis de serem empregados pelo intérprete* se altera (limitação e expansão) conforme a categorial negocial em que inserida a relação contratual objeto da interpretação, com base no horizonte daquele que detém o que aqui será denominado de *autoridade da situação hermenêutica relevante*.

²⁴⁷ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Aulas ministradas na cadeira *Interpretação dos Contratos* (DIRP136), proferida em 2006/I, no PPGDir/UFRGS, 2006.

são adequadas à interpretação dos atos jurídicos, nem vice-versa”,²⁴⁸ ou seja, as regras de interpretação voltadas à interpretação dos negócios jurídicos (arts. 112-114, do CC/02) não se aplicam à atividade hermenêutica que tem como objeto a norma estatal. Porém, Custódio Ubaldino Miranda adverte que esta última observação de Pontes de Miranda deve ser entendida com ressalvas, pois se poderia pensar em construir a aplicabilidade das regras de interpretação das leis aos negócios jurídicos.²⁴⁹

Enfrentadas as particularidades da hermenêutica contratual, cabe delinear algumas das questões atinentes ao conteúdo do negócio jurídico que interessam à atividade exegética.

2. O negócio jurídico e seu conteúdo

Sendo o Direito uma ordem normativa de regulação da convivência humana sob a exigência da justiça, desempenha tanto a *função estática* de conservar a distribuição dos bens já existentes, mediante a categorização e atribuição de direitos subjetivos, quanto a *função dinâmica* possibilitadora da renovação deste estado de coisas, por meio da facilitação da circulação de bens, o que se efetiva por intermédio do instituto do negócio jurídico (e principalmente do contrato)²⁵⁰ enquanto instrumento do exercício da autonomia privada.²⁵¹

O liberalismo oitocentista formulou a teoria do negócio jurídico sob um modelo que pressupunha a identificação individual dos participantes e a

²⁴⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 3, Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 324.

²⁴⁹ MIRANDA, 1989, p. 174.

²⁵⁰ Não obstante tenha papel de absoluto destaque, o contrato não é o único instrumento jurídico de promoção da circulação de riqueza (ex.: mecanismo da sucessão *mortis causa*).

²⁵¹ MIRANDA, 1989, p. 13; BRANCO, 2006, p. 28-29. A noção de atividade é essencial ao instituto do contrato e à hermenêutica, pois sendo gerado pela ação humana, o contrato é sempre passível de evolução (MARTINS-COSTA, 2008).

sobrevalorização do ato de vontade subjetiva. A reconstrução crítica operada na segunda metade do século XX, por juristas como Emilio Betti e Karl Larenz, substituiu a primazia da autonomia da vontade pela ideia de uma autorregulamentação de interesses, conferindo ao negócio jurídico uma dimensão social que desvela a realidade socioeconômica complexa a que os negócios jurídicos estão submetidos.²⁵²

De maneira genérica, o negócio jurídico, no âmbito do Direito Civil paritário, pode ser conceituado como sendo o ato (ou pluralidade de atos entre si relacionados) representativo da autonomia privada e constituído de um ou mais comportamentos ou declarações negociais que exprimem um imperativo juridicamente relevante, o qual visa à regulação dos interesses dos particulares nas suas relações privadas (modificação, extinção ou manutenção de determinada relação jurídica) por meio de determinados efeitos normativos atribuídos pelo Direito segundo a função econômico-social do ato negocial.²⁵³ Nesses termos, o negócio jurídico surge como sendo tanto um instrumento de padronização das relações patrimoniais de mercado (ex.: tipos contratuais), quanto um veículo de individualização e concretização prescritiva de interesses particulares.²⁵⁴ É no limite destas funções que deve se dar o raciocínio por concreção.

Da conceituação apresentada retira-se uma importante conclusão: ao disciplinar a figura do negócio jurídico, o Direito o reconhece como uma situação de fato capaz de gerar consequências jurídicas.²⁵⁵ Como refere Carlos Ferreira de Almeida,

²⁵² FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. VII-VIII.

²⁵³ MIRANDA, 1989, p. 60 e 222. O conceito de negócio jurídico é mais amplo do que o conceito de contrato, pois seu espectro abrange também os atos unilaterais (ex.: testamento). Nesses termos, o contrato se constituiria em uma espécie do gênero negócio jurídico. Contudo, salienta Gerson Branco que os conceitos foram construídos em momentos históricos distintos, sendo que a dicotomia existente perdeu grande parte de sua relevância com o desaparecimento do superconceito de negócio jurídico e o florescimento das discussões acerca do contrato, não havendo efeitos negativos na utilização de uma ou outra locução (BRANCO, 2006, p. 32).

²⁵⁴ RIBEIRO, 1999, p. 472.

²⁵⁵ MIRANDA, 1989, p. 72.

o negócio jurídico não perde a sua natureza negocial e social por ser parcialmente regulado pela lei estatal.²⁵⁶

No mesmo contexto situa-se o reconhecimento da autonomia privada pelo ordenamento jurídico, o qual possui uma relevante dimensão política que reflete na concepção acerca do negócio jurídico. Como refere Pietro Perlingieri, o Estado moderno não mais se caracteriza pela subordinação dicotômica entre Estado e cidadão, mas pelo compromisso constitucionalmente garantido de realização dos interesses de cada indivíduo (funcionalizados em certa medida pelo interesse social), razão pela qual os limites ao poder de império estatal são alcançados com o reconhecimento e proteção de um espaço irreduzível de autonomia privada.²⁵⁷ Por esta razão, e também por haver lastro da autonomia na normatividade constitucional, uma oposição absoluta entre efeitos derivados da lei e efeitos derivados do negócio jurídico não se justifica, pois a norma jurídica estatal reconhece genericamente o poder criativo da autonomia, se limitando a definir seu âmbito e determinar requisitos de validade e normas de integração dos efeitos.²⁵⁸

É profunda a discussão acerca do reconhecimento jurídico da autonomia e do negócio jurídico que a objetiva no *Nomos Jurídico*. Em um viés positivista, que privilegia a norma geral do ordenamento estatal, há uma primazia da ordem jurídica, que concede espaço a criação da autonomia privada. Este estudo abandona a ponderação eminentemente técnica que se limita a reconhecer a abertura do ordenamento para uma realidade extrajurídica, alcançando a já mencionada natureza social do contrato e o fato

²⁵⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 52 e 1.099.

²⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54. Lucio Franzese entende que o Direito não possui apenas a finalidade de controle social, pois cumpre a função de fomento da comunicação intersubjetiva, auxiliando o cidadão (FRANZESE, Lucio. *Il Contratto oltre Privato e Pubblico*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1998, p. 35-37, 198 e 218).

²⁵⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 51.

de que o mesmo é mais antigo e mais amplo do que o Direito, pois mesmo antes da sistematização de uma ordenação estatal, as relações contratuais foram suportadas por outros sistemas normativos (normas costumeiras, religiosas, etc.).²⁵⁹

O negócio jurídico não é uma construção teórica, artificial e doutrinária, obtida por intermédio de progressivas abstrações, constituindo-se, antes, em um *fato social* anterior às várias espécies legalmente tipificadas. O ordenamento constrói os tipos porque já possui o conceito, que é forjado na facticidade das relações sociais e negociais.²⁶⁰ Os negócios jurídicos nascem espontaneamente a partir das necessidades da sociedade e dos indivíduos (ex.: circulação de bens), sem ingerência da ordem jurídica, que os reconhece posteriormente (acrescentando-lhes uma sanção), após certo grau de desenvolvimento, em virtude da sua relevância social (ex.: originalmente os negócios jurídicos são praticados pelo comércio sob a tutela do costume e da boa-fé).²⁶¹

Os efeitos do ato negocial devem ser buscados no plano social (da factualidade das circunstâncias do caso), onde o Direito não cria, mas apenas adapta os efeitos jurídicos criados pelas partes devido as suas próprias necessidades e anseios. Como refere Karl Larenz, as declarações jurídico-negociais não são apenas situações de fato a que a lei liga determinadas consequências jurídicas, pois indicam, segundo seu próprio

²⁵⁹ Embora a prática demonstre a correção da assertiva, não parece de todo precisa a ideia de que haja um espaço de liberdade concedido pelo ordenamento, pois em verdade o *status libertatis* do indivíduo, enquanto situação de fato, é anterior ao reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Não obstante esta observação, o que aqui se deve frisar é que o ordenamento, dentro dos limites de suas tipificações, concede maiores possibilidades de autorregulamentação (possibilidade de conformar livremente suas relações jurídicas) em determinadas hipóteses (ex.: Direito contratual) do que em outras (ex.: Direito de Família) (ROPPO, 1988, p. 135).

²⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese para o Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 1986, p. 3 e 26.

²⁶¹ MARINO, 2003, p. 17.

conteúdo (poder nomogenético), as situações que devem surgir, ser mantidas ou extintas.²⁶²

Nesse contexto, autonomia e negócio jurídico se impõem, respectivamente, como poder pré-jurídico e como instituição pré-legal e extralegal.²⁶³ Se a recepção do negócio é uma questão jurídica, não se perde a natureza social e comunicativa do ato de autonomia, pois o jurídico e o social não se justapõem como sistemas estanques. O ato de autonomia se constitui em uma atividade que se reflete na esfera jurídica, embora a quantifique quando de sua produção,²⁶⁴ tanto que o nexó entre liberdade e responsabilidade contratual (relação que embasa a coerção estatal) encontra uma justificação ontológica apenas no plano da factualidade do negócio, e não no ordenamento que reconhece o agir dos particulares.²⁶⁵

A concepção social do negócio jurídico é acolhida pela teoria preceptiva de Emílio Betti, para a qual a vontade do contraente não é propriamente o conteúdo do ato de autonomia, mas apenas sua fonte geradora, pois a normatividade do negócio jurídico advém de uma norma (força preceptiva). Nesse contexto, o contrato passa a ser visto como um ato representativo da autonomia privada a que a ordem estatal liga o nascimento, modificação e extinção de determinadas relações jurídicas. Há um

²⁶² LARENZ, 1989, p. 358; LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 421-422 e 427-428.

²⁶³ Esta afirmação não conduz ao entendimento de que a autonomia seja uma entidade não conformada pela intervenção pública, não considerando o Direito Privado como entidade pré-estatal ou extraestatal (FRANZESE, 1998, p. 12).

²⁶⁴ Porém, sendo privada, a autonomia não está imune ao *olhar público* de vigilância, verificação e controle. Nesse aspecto, a liberdade dos contraentes se encontra subordinada a ordem de heteronomia em diversos níveis (podendo o ato privado derrogar algumas normas e devendo respeito incondicional às regras cogentes e imperativas). Porém, esta subordinação jamais será completa, pois sempre existe uma margem de livre conformação da normatividade do contrato (KELSEN, 1998, p. 388; RIBEIRO, 1999, p. 225). Exemplo claro desse espaço de liberdade e conformação se dá com o reconhecimento e validação jurídica a estipulações contrárias a certos parâmetros normativos, como usualmente ocorre no reconhecimento de contratos trabalhistas que formalmente são contrários a normas estatais, em razão das peculiaridades concretas. Ademais, mesmo em face de norma imperativas sempre há a liberdade de não se contratar (em se excetuando os casos estritos de contratações essenciais).

²⁶⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 239-240 e 245; ROPPO, 1988, p. 128-129.

fenômeno de recepção, pois o regulamento privado entra na esfera do Direito e é elevado, com eventuais modificações que devem ser quantificadas hermeneuticamente, a preceito jurídico.²⁶⁶

O pressuposto bettiano é o de que o Direito é uma disciplina intimamente relacionada com a existência humana,²⁶⁷ razão pela qual as normas jurídicas (estatais e/ou contratuais) devem ser valoradas na sua típica estrutura social, pois não se separam desta dimensão, mantendo um liame material com a vida social. Nesses termos, o Direito é composto pela correlação do universo normativo com a realidade social, e a autonomia privada, embora continue sendo recepcionada pelo ordenamento (que concede um espaço de conformação variável segundo o tipo de negócio jurídico), é reconhecida como expressão de uma iniciativa normativa pré-jurídica (a autonomia já possui um caráter preceptivo no plano social). Gerson Branco observa que “*a visão de Betti é dúplice: valoriza a autonomia privada como um dado pré-jurídico e ao mesmo tempo limita a eficácia dessa autonomia no plano jurídico*” pela correspondência entre o ato privado e as funções socialmente relevantes reconhecidas pelo ordenamento.²⁶⁸

Esta tomada de posição acerca do negócio jurídico e da autonomia privada é relevante do ponto de vista hermenêutico, principalmente neste estudo que se destina à análise da concreção da relação contratual. O foco não mais se encontra no sistema jurídico enquanto organismo produtor de normatividade, mas na realidade social que produz, ela mesma, a sua própria normatividade no espaço comunicativo das relações

²⁶⁶ MIRANDA, 1989, p. 33-37.

²⁶⁷ Paolo Grossi chega a afirmar que o negócio jurídico de Betti é um fato completamente social. (GROSSI, Paolo. *Scienza Giuridica Italiana: un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffré, 2000, p. 304).

²⁶⁸ BETTI, 1990a, p. 1-2; IRTI, Natalino. *Lecture Bettiane Sul Negozio Giuridico*. Milano: Giuffré, 1991, p. 9-17; BRANCO, 2006, p. 106-108.

humanas, levando em consideração os requisitos e procedimentos previstos no ordenamento estatal.

Contudo, o negócio jurídico deve ser encarado não apenas como um fato cujos efeitos são atribuídos pelo ordenamento, mas, sim, como sendo um instrumento correlacionado ao ordenamento que visa disciplinar fatos futuros, preenchendo o espaço deixado pelas normas dispositivas, o que permite a adoção de critérios objetivos de interpretação (desvinculados da vontade psicológica). O Direito positivo surge tanto como elemento interno e estrutural do poder jurídico da vontade, quanto como seu limite externo, sendo que a autonomia privada não se apresenta como negação do Direito legislado, pois o contém dentro de determinados limites.²⁶⁹

Retomando a noção do contrato enquanto fato social, cabe destacar as lições de Enzo Roppo, para quem o contrato, mesmo como conceito jurídico (abstrato), reflete uma realidade exterior a si próprio, a qual remete para uma rede intrincada de interesses e de situações socioeconômicas. É a partir deste liame dialético com o contexto fático que o mencionado pensador afirma que “*falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica*”, noção que, na sua materialidade, surge como substrato real necessário e imprescindível do conceito de contrato (principalmente dos contratos paritários), que não deixa de ser nunca a “*veste jurídico-formal*” de uma determinada operação econômica, ou seja, o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas.²⁷⁰

²⁶⁹ BRANCO, 2006, p. 53 e 57; PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 18.

²⁷⁰ Na teoria de Enzo Roppo a noção de *operação econômica* é ampla, atendendo ao critério objetivo da *circulação de riqueza* atual ou potencial. A caracterização de uma operação econômica não se limita à procura do lucro e do proveito pessoal, assim como o vocábulo *riqueza* não diz apenas com o dinheiro e outros bens materiais, mas com todas as utilidades passíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas em sentido estrito. Nesses termos, a promessa de fazer ou não fazer qualquer coisa gratuitamente em benefício de alguém – hipótese que de pronto seria qualificada como altruísta e, conseqüentemente, não econômica – passa a ser representativa de uma *operação econômica*, pois é significativa, para o

Assim, se é verdade que o contrato e o Direito dos contratos,²⁷¹ enquanto elementos jurídicos e normativos, não são exclusivamente redutíveis à operação econômica, detendo uma certa autonomia, hermenêuticamente não podem ser pensados de forma apartada desta realidade social.²⁷²

Embora no sistema brasileiro não haja disposições análogas às regras dos arts. 1.174²⁷³ e 1.321²⁷⁴ do Código Civil Italiano, deve-se considerar que o vetor econômico está subjacente às regras estatais de regulamentação do contrato,²⁷⁵ do que é exemplo o art. 715, do CC/02, que, regulando o contrato de agência e distribuição, estabelece que *“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.”*

promissário, de uma riqueza verdadeira. O conceito utilizado pelo pensador abrange contratos que diretamente possuem objetivos de natureza ideal, moral e cultural (e até mesmo existencial), pois a noção que caracteriza a operação econômica está centrada em critérios rigorosamente objetivos, não sendo ilidida pelo fato do contraente ser movido, subjetivamente, por impulsos e finalidades de ordem pessoal. Dito de outra forma, a existência de motivações e interesses individuais “não econômicos” ou a inexistência de intentos especulativos por parte dos contraentes não obstaculiza a caracterização objetiva de uma operação econômica. Contudo, cabe salientar que a remissão à operação econômica não desconsidera o aspecto existencial de muitas contratações, o que surge como fator de absoluto relevo, principalmente no plano hermenêutico. Ademais, ao se entender o contrato como sendo a veste jurídica de uma determinada operação econômica, não se está concluindo pela submissão do jurídico à dimensão econômica. Parece correta a assertiva de que o conceito de contrato está indissolúvelmente ligado ao de operação econômica (ainda que conserve uma relevância autônoma), enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro. Porém, é a normatização do instituto do contrato (e das demais normas estatais) que resta por conformar a atividade econômica, e não o inverso, embora haja uma inequívoca simbiose entre estes dois sistemas (ROPPO, 1988, p. 12-13 e 19).

²⁷¹ Aqui o Direito dos Contratos é entendido como sendo o conjunto de normas legais e jurisprudenciais que definem a disciplina dos contratos e, portanto, as suas modalidades de funcionamento (ROPPO, 1988, p. 30).

²⁷² ROPPO, 1988, p. 7-8, 10-11 e 127.

²⁷³ “Art. 1174. *Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Tradução livre: a prestação que forma objeto da obrigação deve ser susceptível de avaliação econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor.*”

²⁷⁴ “Art. 1321. *Nozione. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Tradução livre: O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial.*”

²⁷⁵ Enzo Roppo menciona um interessante exemplo: se dois sujeitos se comprometem reciprocamente – mesmo por ato formal, escrito e assinado – a conservar para sempre sua crença política comum ou difundir o seu credo estético, ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, não há que se falar na existência de um contrato, exatamente pela falta da patrimonialidade requerida (ROPPO, 1988, p. 14).

Em um estudo voltado à interpretação, cabe destacar alguns aspectos teóricos envolvendo os negócios jurídicos, especialmente no que respeita ao conteúdo deste instituto, que é constituído por preceitos concretos – no sentido de que dizem com interesses e sujeitos determinados – que, sendo sempre relativos às relações fáticas dos contraentes, são socialmente reconhecíveis e dotados de idoneidade para se elevar a fato juridicamente relevante em virtude de uma valoração e recepção, posterior, por parte do Direito.²⁷⁶ Como salienta Betti, o conteúdo é aquilo que o negócio jurídico é, o que engloba “fórmula e ideia”, “palavra e significado”, aspectos que devem ser conectados por intermédio da atividade hermenêutica.²⁷⁷

Em termos expositivos, cabe mencionar a tradicional classificação tripartida entre elementos essenciais (*essentialia negotii*), naturais (*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*).

Os *elementos essenciais*, de ordem volitiva, são aqueles necessários à existência do negócio jurídico em relação a sua tipificação legal (sem os quais o suporte fático seria insuficiente), sendo, portanto, insuscetíveis de serem afastados pela vontade das partes. Estes fatores são utilizados na atividade de qualificação dos negócios jurídicos, sendo significativos tanto dos traços característicos dos mais diversos modelos jurídico-negociais (*essentialia negotii in abstracto*), quanto dos elementos fáticos que justificam a subsunção do instrumento contratual a um determinado modelo jurídico-negocial (*essentialia negotii in concreto*). Já os *elementos naturais*, de ordem não-volitiva (elementos não queridos ou ao menos superfluamente queridos), são os que, embora não sendo necessários à existência do negócio jurídico ou a sua recondução a determinado tipo legal, defluem da natureza do negócio, podendo ou não ser afastados

²⁷⁶ BETTI, 2003a, p. 160-161.

²⁷⁷ BETTI, 2003a, p. 125.

pelas partes, caso sejam previstos, respectivamente, em normas dispositivas ou cogentes.²⁷⁸ Por fim, os *elementos acidentais*, de ordem volitiva, são aqueles que se apresentam na concreção do negócio jurídico, sem derivarem de sua natureza ou serem exigidos pelo tipo legal (integra o suporte fático excedendo o que a ele é essencial). Diferentemente dos elementos essenciais que qualificam o negócio jurídico, os elementos naturais e acidentais dizem com as consequências jurídicas dos negócios jurídicos (constituição, extinção e modificação das relações jurídicas).²⁷⁹

Vislumbrando a configuração de elementos de existência (no campo do Direito), validade (exigências legais) e eficácia (fatores extrínsecos que contribuem para a obtenção do resultado visado), Antônio Junqueira de Azevedo propõe outra classificação tripartida, galgada no grau de abstração analítica acerca do negócio jurídico. Em um primeiro plano estariam os *elementos gerais*, que são comuns e indispensáveis a todos os negócios jurídicos, tais como a forma da declaração (v.g.: escrita, oral e silêncio), seu objeto e conteúdo (disposições contratuais contidas no instrumento) e as circunstâncias negociais (os fatos que fazem com que a manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). Já os *elementos categoriais* possuem duas espécies: os essenciais ou inderrogáveis servem para definir a categoria do negócio jurídico, enquanto os naturais ou derogáveis são os que defluem da natureza do negócio, podendo ser afastados sem que o negócio jurídico mude de tipo (ex.: no depósito, o consenso sobre a entrega e guarda do objeto móvel é elemento categorial essencial, enquanto a gratuidade é elemento categorial natural). Por

²⁷⁸ Saliente-se que parte significativa da doutrina entende que os elementos naturais se limitam ao regramento legal que complementa o regramento negocial (enquanto os elementos essenciais e acidentais seriam obra da autonomia privada), e também que os fatores naturais são em verdade efeitos do negócio jurídico, situando-se no plano da eficácia (e não da existência, como os elementos essenciais e acidentais). Entende Francisco Marino que, por dizerem com os efeitos do negócio jurídico, os elementos naturais não englobam seu conteúdo, fazendo parte apenas do conteúdo da regulação objetiva (MARINO, 2003, p. 253).

²⁷⁹ MARINO, 2003, p. 25-26, 29 e 253-254; PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 65-66.

fim, os elementos particulares são todos aqueles opostos em concreto pelos contraentes sem serem próprios de tipos de negócios (ex.: condição, termo e encargo).²⁸⁰

Dividindo as fontes do negócio jurídico,²⁸¹ pode-se falar na existência de um *conteúdo bipartido*. Em um primeiro plano há um *conteúdo expresso ou declarado*, que se constitui nas regras ínsitas no instrumento contratual e derivadas diretamente do ato de autonomia dos contraentes,²⁸² as quais podem ser necessárias (devem ser fixadas para que o contrato seja juridicamente válido) ou eventuais (poderiam não ser incluídas no negócio).²⁸³ Conjuntamente e de forma incindível, há um *conteúdo implícito ou não declarado* (não-dito do contrato), que é a parte não contida expressamente na declaração negocial (muitas vezes devido a uma referência incompleta por parte dos contraentes), composta pelas normas legais (v.g.: direitos e obrigações de tipo contratual escolhido,

²⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30-39 e 41. Como refere Francisco Marino, “coincidiriam, portanto, os elementos categoriais inderrogáveis (ou essenciais), os elementos categoriais derogáveis (ou naturais) e os elementos particulares, com aquilo que a doutrina tradicional chama, respectivamente, de *essentia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii*”, com a diferença que, para Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos (categoriais) naturais são sempre derogáveis, enquanto para a primeira classificação adotada estes podem ser inderrogáveis, caso advenham de norma cogente (MARINO, 2003, p. 27-29).

²⁸¹ A classificação a seguir proposta visa uma simplificação das dicotomias existentes no conteúdo do negócio jurídico, tema que não se apresenta de forma unívoca na doutrina. Geralmente a matéria é analisada não sob o ângulo aqui proposto (ato de autonomia), mas, sim, sob o prisma da dissecação da relação contratual, enquanto produto do ato de autonomia. Sob este prisma, Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, classifica o conteúdo do negócio jurídico como contendo elementos *expressos* (o que está contido no instrumento), *incompletamente expressos* (elementos não contidos no instrumento devido a uma referência incompleta, tais como os direitos e obrigações de tipo contratual escolhido, da qualidade das partes, etc.) e *implícitos* (formados pelos elementos naturais) (AZEVEDO, 2000).

²⁸² Antônio Junqueira de Azevedo propõe uma apreensão ampla do que seja a declaração, entendendo-a não apenas como sendo o texto do negócio, mas também tudo aquilo que pelas circunstâncias (contexto) surge como sendo declaração, o que engloba, inclusive, a incidência da boa-fé e dos usos (AZEVEDO, 2000, p. 99). Em outra passagem, aponta que mesmo no comportamento concludente há uma declaração (tácita), que a diferencia por ser interpretada por meio de fatos que a revelam (AZEVEDO, 1986, p. 17-18). Francisco Marino acertadamente aponta que o negócio jurídico, enquanto ato, não se limita ao seu texto (MARINO, 2003, p. 76).

²⁸³ Nesse *conteúdo expresso ou declarado* se encontra um *conteúdo substancial ou preceptivo*, formado pelas declarações dispositivas ou preceptivas que regulam o negócio e disciplinam a relação dos contraentes, e um *conteúdo não-preceptivo*, que abrange outros tipos de manifestação e narrativas (*demonstratio* e *consideranda*) que auxiliam a esclarecer os antecedentes do negócio jurídico e que, nesta condição, se constituem em meios valiosos para a interpretação da declaração negocial. Francisco Marino observa que embora os *considerandos* do contrato venham separados das disposições substanciais do negócio jurídico, podem conter declarações preceptivas, tal como ocorre com a enunciação do motivo determinante do negócio, aspecto de grande relevância, conforme demonstram as regras do arts. 137, 140 e 166, III, do CC/02. MARINO, 2003, p. 84-85.

da qualidade das partes, etc.) – as quais se encontram divididas em elementos injuntivos (que podem ser afastados pelas partes) e supletivos (destinados a suprir deficiências dos atos de autonomia)²⁸⁴ – e pelas circunstâncias do caso, cuja significância e eficácia são reveladas pelo ato hermenêutico após uma operação probatória. A reunião destes conteúdos forma um conjunto maior, que diz com o *conteúdo total ou global do negócio jurídico*, ou simplesmente *conteúdo do negócio jurídico*,²⁸⁵ que sendo agregado ao paradigma teórico aqui delineado culminará no conceito de *situação objetiva complexa*.²⁸⁶

Nesses termos, ainda que se entenda que o conteúdo do negócio jurídico é composto exclusivamente pelas regras estabelecidas pelas partes, excluindo aquilo que é referido ao ordenamento, do ponto de vista hermenêutico não se pode ignorar que o objeto da atividade exegética engloba em seu conteúdo as normas ínsitas na declaração negocial e aquelas situadas no sistema jurídico que tenham pertinência com o objeto da contratação, uma vez que *as regras derivadas da autonomia se fundem sistematicamente com as regras e eficácias oriundas das normas legais (cogentes ou não), em um amálgama incindível*.

Sendo inegável que as eficácias das normas legais (principalmente as normas cogentes) compõem a normatividade reguladora da relação dos contraentes, não podem ser excluídas da interpretação que se debruça sobre a relação contratual. Em uma visão panorâmica da ponderação global da regulação promovida pelo negócio,²⁸⁷ cabe defender a relevância do *conteúdo da regulação objetiva*, composta pelo conjunto de

²⁸⁴ MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*. t. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 480-481.

²⁸⁵ MARINO, 2003, p. 33-37 e 253-254.

²⁸⁶ O conceito de situação objetiva complexa será apresentado no tópico “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual”.

²⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 479.

todos elementos do negócio jurídico, incluídos os decorrentes da declaração negocial e do ordenamento jurídico, inclusive no que respeita às normas de integração (supletivas, cogentes ou dispositivas).²⁸⁸

Tais definições se inserem diretamente na problemática da hermenêutica contratual, especialmente porque o conteúdo do negócio jurídico é o resultado de sua interpretação, ou seja, é a interpretação que visa determinar o conteúdo do negócio jurídico.²⁸⁹ O conteúdo da regulação objetiva frequentemente excede o conteúdo do negócio jurídico como considerado classicamente (pois aportam a este conteúdo outros elementos de ordem objetiva constantes no sistema jurídico e nas circunstâncias do caso), conclusão que somente se torna possível com a utilização de um paradigma hermenêutico amplo o suficiente para abarcar todo o conteúdo da regulação objetiva, sem depender de uma cisão, deveras artificial, entre interpretação e integração do negócio jurídico. Aceito que o conteúdo do negócio é composto pelos elementos objetivos supramencionados, não há razão para dissociações que não se verificam na prática jurídica, senão quando embasadas por artificialismos de ordem doutrinária.

Apresentadas as peculiaridades do conteúdo do negócio jurídico que interessam à interpretação, cabe desvelar a relevância hermenêutica da autonomia privada.

3. A autonomia privada e sua relevância hermenêutica

Este tópico pretende situar o negócio jurídico como instrumento do exercício da autonomia privada, posicionando o preceito tanto como elemento estrutural da

²⁸⁸ MARINO, 2003, p. 34-35.

²⁸⁹ MARINO, 2003, p. 36.

dimensão ética da pessoa humana (fundamentação unidimensional), quanto como elemento estrutural da ordem jurídico-econômica no contexto da ação comunicativa que culmina no contrato (fundamentação bidimensional). Assim, a narrativa irá situar a autonomia privada no atual estágio da ciência jurídica e contexto socioeconômico, para depois demonstrar sua relevância enquanto vetor necessário à atividade hermenêutica, pois, como salienta Miguel Reale, a liberdade se apresenta, no plano da experiência, não apenas como categoria ética ou deontológica, mas também gnoseológica.²⁹⁰

Se em um primeiro momento a autonomia será analisada em confronto com os demais vetores regentes do Direito Contratual – o que implicará a fixação de certos limites, ou ao menos a mitigação da ideia liberal oitocentista –, posteriormente será apresentada a importância (ainda) determinante da autonomia no plano da interpretação dos contratos, mesmo quando utilizados vetores de ordem objetiva na consecução desta atividade. A relevância do liame existente entre autonomia e interpretação dos contratos é bem ressaltada por Emilio Betti:

Desde tempos remotos, no campo do direito, o território mais fértil de questões interpretativas é o direito civil. O que não deixa de ter uma profunda razão. Na verdade, em nenhum outro setor é tão intenso o entrelaçamento de relações entre sujeitos de direitos, colocados no plano de igualdade recíproca. Em nenhum outro se percebe uma exigência tão imperiosa de encontrar os critérios para a justa composição dos interesses em conflito, tanto por meio da correta compreensão do preceito de lei ou de costume, cujo critério serve de base para compor o conflito, quanto por meio do correto entendimento das tão variadas manifestações da autonomia individual.²⁹¹

²⁹⁰ REALE, 1999, p. 274-275.

²⁹¹ BETTI, 2007, p. XLII-XLIII.

Adentrando no plano da estruturação da autonomia privada, tem-se que a mesma atua tanto como princípio (e critério interpretativo),²⁹² quanto como fonte de normatividade (potência nomogenética). No primeiro caso, apresenta-se como elemento tradutor de valores, em uma apreensão deontológica do axiológico presente na Constituição²⁹³ e na legislação infraconstitucional (auxiliando na transposição de valores ao Direito).²⁹⁴ Em sua segunda função está intimamente relacionada com a declaração negocial, que se constitui tanto na regulamentação da autonomia privada, quanto na corporificação de sua natureza como ato de comunicação.²⁹⁵

Na intersecção dos planos de autonomia e heteronomia que compõem a complexa rede normativa do contrato, é papel da atividade hermenêutica avaliar o espaço de autonomia e liberdade contratual em razão de uma evidente funcionalização dos direitos (arts. 5º, XXIII e 170, III, da CRFB/88; arts. 421 e 2.035, § único, do CC/02), cabendo ao intérprete verificar, perante as circunstâncias do caso concreto, onde a autonomia é liberdade (maior amplitude de ação ao indivíduo) e onde a

²⁹² Refere Francisco Amaral que a autonomia atua tanto como princípio quanto como critério interpretativo (AMARAL, 2006, p. 346), o que denota uma função aplicativa enormemente relevante para este estudo.

Na AC 70002449262, o TJRS decidiu que “*não mais pode ser admitida a autonomia da vontade como dogma e sim como princípio inserido no ordenamento jurídico, que deve ser avaliado juntamente com outros princípios que também regem os contratos*” (AC 70002449262, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado em 13/06/2001).

²⁹³ Não é somente no plano infraconstitucional que a autonomia encontra lastro. Como refere Judith Martins-Costa, no plano constitucional a autonomia diz, sobretudo, com os princípios da autodeterminação e da liberdade de iniciativa (MARTINS-COSTA, 2008). Gerson Branco sustenta que a análise da autonomia privada, e da consectária liberdade de contratar, a partir do texto constitucional, deve contemplar dois planos. Primeiro, deve-se entender a autonomia privada como faculdade jurídica e atributo que emana diretamente da personalidade (art. 1º, III, da CRFB/88), mas sendo efeito jurídico da capacidade do indivíduo ser sujeito de direitos (art. 2º, do CC/02), o que permite vislumbrar as muitas limitações ao exercício dessa liberdade dentro dos espaços (esferas) de convivência pública dos indivíduos. Segundo, a liberdade de contratar como liberdade de exercício de atividade econômica (art. 170, da CRFB/88), e de uma série de comandos constitucionais que tratam da liberdade em geral (art. 5º, I, XIII XVII, XXIII e XXXVI, da CRFB/88), por ser ela uma das formas essenciais de liberdade (embora não se confunda com o direito fundamental à liberdade), o que não pode ser visto restritivamente (pois a autonomia privada não se encontra associada apenas ao setor privado e à atividade econômica, bem como a liberdade econômica não se resume à liberdade contratual) (BRANCO, 2006, p. 287-295 e 302-307).

²⁹⁴ SANTA MARIA, 1966, p. 60.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, 2008; BETTI, 2007, p. 390. A natureza comunicativa está consagrada no art. 112, do CC/02, com o uso do termo “*consubstanciada*”.

autonomia é função (restrição à atividade individual).²⁹⁶ Este desiderato somente é alcançado mediante a ponderação de preceitos antagônicos, inclusive no que respeita aos critérios subjetivos e objetivos de interpretação (arts. 112 e 113, do CC/02).

Embora possua independência normativa, a autonomia sempre deve ser considerada em conexão com a autonomia do outro e, principalmente, com os parâmetros valorativos legalmente estabelecidos, pois quando a liberdade individual se encontra desconectada do Direito, recai no vazio axiológico, no abuso e na desumanização do mercado. Questão interessante se observa com a regra do art. 112, do CC/02. Quando o ato de comunicação (que serve à autonomia) atinge o outro se dá uma simbiose entre autonomies e confiança legítima despertada. Com a inserção do elemento fidúcia, os contraentes adquirem o direito subjetivo de confiar, o que implica a diferenciação das consequências da confiança jurídica e pré-jurídica.

A teoria da confiança, subjacente ao art. 112, do CC/02, encontra-se lastreada no trinômio *autonomia-liberdade-responsabilidade*. Se a confiança fortalece o vetor autonomia, este potencializa e materializa o elemento fiduciário (fazendo surgir uma confiança forte), tanto que o ato comunicativo, mesmo quando desconectado de uma declaração, passa a assumir um determinado papel no plano principiológico. Nesse contexto, a autonomia surge como um microcosmo normativo do Direito, pois encampa duas de suas principais funções: o resguardo de expectativas legítimas (proteção de condutas comunicativas) e o direcionamento de condutas (coordenando e modulando a

²⁹⁶ FERREIRA DA SILVA, 2008. No julgamento do RE 201819/RJ (Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, STF, j. 11.10.2005) – onde o STF entendeu que os direitos fundamentais vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, mas também os particulares em face dos poderes privados –, foi referido que os princípios constitucionais atuam como limites objetivos à autonomia privada, a qual “*encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode(ndo) ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais*”.

atividade humana), no que a autonomia é acompanhada pelo princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 113, do CC/02.²⁹⁷

Tendo sido enfocada a influência da regra do art. 112, do CC/02, no plano da autonomia, cumpre consignar que a *intenção* ali mencionada não é o escopo individual, mas, sim, o desígnio comum, ou seja, o intento concorde formado bilateralmente pelas partes conforme parâmetros de reconhecimento objetivos (na declaração e/ou em comportamentos concludentes), o que abrange não apenas uma determinação causal concorde (intento prático desejado pelas partes), mas também a divergência e o conflito entre os respectivos motivos e interesses individuais (que se subordinam ao acordo comum).²⁹⁸ Essa concepção do art. 112, do CC/02, evita que se recaia em uma *“orientação capciosa, formalista e atomista (...) e impõe que o intérprete vá além do ‘sentido literal das palavras’ e do texto do contrato para estender o exame ao ‘comportamento total’, mesmo posterior à conclusão”*, como bem salienta Emilio Betti, para quem a busca pela comum intenção das partes, possuindo índole nitidamente objetiva, não permite que o sujeito cognoscente se afaste da facticidade da relação contratual na tentativa de reconstruir uma vontade presumível, ou seja, o que poderia ter sido a comum intenção das partes relativamente à avaliação dos interesses subjetivos.²⁹⁹

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, 2008; BETTI, 2007, p. 390.

²⁹⁸ Pode o intérprete recorrer a elementos extrínsecos para aferir a comum intenção consubstanciada no ato comunicacional da declaração. Contudo, essa premissa traz consigo a questão referente aos limites nos quais o intérprete pode indagar acerca da comum intenção das partes, especialmente quando o sentido atribuído pelo declarante a sua linguagem não está reconhecido na linguagem utilizada no instrumento contratual, sendo, desta forma, desconhecida e irreconhecível pelo destinatário. A regra do art. 112, do CC/02, impõe uma atuação de combinação e restrição recíprocas entre a declaração e a vontade bilateralizada dos contratantes, razão pela qual não cabe ao intérprete se valer de todos os meios imagináveis, pois sua análise está condicionada pela declaração. Entendimento diverso (permissivo da busca da vontade real) acabaria frustrando as expectativas legítimas das partes contratantes (protegendo desproporcionalmente os interesses do declarante), além de criar o absurdo de se entender que as regras dos arts. 112 e 1.899, do CC/02, não possuiriam efeitos diversos no campo da interpretação dos atos e negócios jurídicos (MIRANDA, 1989, p. 184-185).

²⁹⁹ BETTI, 2007, p. 188, 359, 380 e 392; BETTI, 2003b, p. 209-211.

Nesses termos, a intenção comum do art. 112, do CC/02, não é o sentido que deriva da vontade interna de uma das partes que se presume conhecida ou reconhecível na outra, nem o sentido da declaração em correspondência ao tipo contratual, mas, sim, o sentido que o destinatário tinha o dever de conhecer, tendo em vista as circunstâncias do caso e o tipo contratual em questão. Assim, a regra em exame conduz à transcendência do apego ao sentido literal, pois mesmo que este elemento surja como fator inicial da atividade interpretativa e marco de seu desenvolvimento, há a necessidade do sujeito cognoscente perquirir a intenção que se oculta sob a forma que a declaração exprime, muito embora o art. 112, do CC/02, não autorize que se prefira a vontade à declaração, pois esta, enquanto ponto de partida, não pode ser desprezada sob o pretexto de que sejam aclaradas intenções interiores dos agentes. Em suma, não é possível ao intérprete buscar a intenção subjetiva para entender algo diferente do que foi dito, pois nessa circunstância estaria ignorando a força vinculante do objeto interpretado (primado do texto da declaração negocial). Como antes mencionado, a comum intenção do art. 112, do CC/02, diz com os desígnios objetivados na declaração e na situação objetiva complexa constitutiva do contrato, e não com os escopos subjetivos que não encontram correspondência alguma no ato comunicacional que se objetivou.³⁰⁰

Cabe ainda salientar um aspecto da estrutura do ato de autonomia que interessa decisivamente à hermenêutica contratual: o paradoxo da liberdade que deriva da apreensão de uma *autonomia bilateralizada*. Se a análise oitocentista do ato negocial o identifica como sendo o exercício pleno da liberdade individual,³⁰¹ um exame mais

³⁰⁰ MIRANDA, 1989, p. 150-151, 173-174 e 225.

³⁰¹ Na concepção liberal há uma irrelevância da contextualização do ato de exercício da liberdade, pois o sujeito é visto como investido de um poder individual de autorregulação. Contudo, este recorte não permite captar a especificidade distintiva da liberdade contratual, que reside exatamente na relação desta capacidade com os outros poderes simétricos dos sujeitos com quem o contraente se relaciona (conteúdo do exercício da liberdade em situações de poder subjetivo bilateral, como ocorre no contrato). Nesses termos, a concepção oitocentista contraria a irredutível sociabilidade do fenômeno contratual e o

acurado demonstra que a autonomia que culmina no contrato implica uma verdadeira limitação do espaço de vontade dos indivíduos envolvidos, pois cada um dos contraentes abre mão de parte de suas pretensões a fim de afirmar um projeto conjunto com o outro, visando atingir a um determinado objetivo comum, normatizado pela figura do adimplemento.

A autonomia, no campo do Direito Contratual paritário, não possui um âmbito de domínio unilateral, pois se caracteriza como uma esfera de conformação bilateral e interativa no espaço de comunicação que conduz à formação do pacto. Os dois poderes privados, interdependentes no plano teórico, só são exercitáveis cooperativamente (liberdade por intermédio do outro), pois o sujeito contratual é apenas parte de uma relação que pressupõe a intervenção constitutiva do parceiro contratual, o que determina a liberdade positiva de ambos contraentes, cuja bilateralidade não se estrutura em um modelo de limites (acasalamento do poder de um com a não-ingerência de outro), mas antes em um modelo de participação e de necessária interpenetração de duas esferas de liberdade. Como refere Joaquim Ribeiro, “*a subjectividade é aqui sempre intersubjectividade; a autonomia conjuga-se necessariamente no plural*”,³⁰² até mesmo porque, como quer Gadamer, a convenção não diz com a subjetividade humana ou com a exterioridade de um sistema de regras impostas de fora, mas, sim, com a identidade individual e as crenças representadas na/pela consciência dos outros.³⁰³

A visão clássica, que apregoa a construção ideográfica do negócio jurídico feita no singular e centrada no declarante, não se compatibiliza com a realidade

conteúdo axiológico presente na liberdade enquanto princípio reitor da ordenação jurídica. Assim, esta apreensão falha decisivamente quando promove uma operação conceitual de duplo isolamento da relação contratual, ignorando tanto o meio onde esta se insere (circunstâncias do caso e funções socioeconômicas desempenhadas pelo contrato), quanto à pessoa do outro contraente (prerogativas e interesses contrapostos do qual ele é portador) (RIBEIRO, 1999, p. 51-53 e 56-58).

³⁰² RIBEIRO, 1999, p. 55 e 58-59.

³⁰³ GADAMER, 2004, p. 377.

estrutural do contrato, na qual há necessariamente dois sujeitos que participam da formação do negócio, sendo cada um deles, simultaneamente, declarante e declaratário. Mesmo quando a dinâmica formativa do contrato obedece ao procedimento linear da proposta-aceitação – sendo aquela o ponto de referência demarcador do alcance do negócio e esta a simples reação afirmativa à proposta –, o declarante não é o único sujeito da ação, pois o declaratário jamais possui apenas o papel passivo de puro receptor, já que se constitui, ontologicamente, como sendo o declarante da aceitação que contém e absorve, no universo comunicacional da relação contratual, o horizonte de sentido da proposta.

Se do ponto de vista exegético cabe a atribuição de um ponto de relevância hermenêutica nos diversos tipos contratuais,³⁰⁴ sob o prisma da tutela da autodeterminação não há razão para se privilegiar a posição do declarante, especialmente quando percebido que a autonomia é exercida sempre de forma dialógica em um determinado e situado contexto comunicativo.³⁰⁵ Se um contrato supõe duas declarações de vontade (cada uma delas com um emitente e um destinatário), estas somente assumem relevância jurídica e hermenêutica quando se consubstanciam numa *totalidade dotada de sentido*, conforme se infere da expressiva afirmação de Karl Larenz.³⁰⁶

Em síntese, a autodeterminação de cada contraente não pode ser vista exegeticamente de forma isolada da autodeterminação do outro, pois ambas, enquanto elementos formadores do consenso, somente podem ser pensadas em conjunto, uma vez que se condicionam e se limitam mutuamente, harmonizando-se apenas no acordo que

³⁰⁴ Como será visto no tópico “O ponto de relevância hermenêutica dos tipos contratuais e a extensão dos meios interpretativos”.

³⁰⁵ RIBEIRO, 1999, p. 250-257.

³⁰⁶ LARENZ, 1978, p. 423-424.

aperfeiçoa o contrato, o que ressalta a vertente comunicacional e objetivista apregoada neste estudo. Assim, o poder nomogênico do sujeito está condicionado não apenas pelos limites do ordenamento que o reconhece, mas conformado e influenciado pela mediação horizontal de igual poder da contraparte, em uma real e efetiva harmonização dos interesses privados reguladas pelo contrato.

Em conformidade com a figura gadameriana da fusão de horizontes, Joaquim Ribeiro entende que faz sentido, nessa perspectiva, falar-se em uma fusão de vontades que, dando origem a *lex contractus*, já não está na disponibilidade individual de cada um dos contratantes.³⁰⁷ Essa conclusão percorre a diferenciação etimológica e conceitual do que seja autonomia privada e autonomia da vontade.³⁰⁸

A partir da noção de autonomia bilateralizada se alcança uma interessantíssima consequência no plano hermenêutico, qual seja, a possibilidade da verificação de uma intensidade vinculativa de grau variável, proporcional à medida de autodeterminação e à amplitude da liberdade de decisão disponível perante as circunstâncias do caso, o que surge como uma tese estranha ao regime geral dos contratos, que jamais admitiu a modulação da intensidade vinculativa. Havendo gradações no nexo de imputação da

³⁰⁷ RIBEIRO, 1999, p. 72 e 638. Carlos Ferreira de Almeida, por sua vez, entende que a ideia de que haja uma fusão de vontades das partes no contrato se constitui em uma “*construção irrealista e inconsistente, designadamente quando haja uma contraposição de interesses*” (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 83). Saliente-se que a prática forense demonstra que a contraposição de interesses geralmente nasce na fase de execução do contrato, mas mesmo quando surge no momento genético, há sempre um denominador comum na vontade das partes, o que justifica a contratação, até mesmo quando a união das vontades dos contratantes se dá por razões meramente utilitaristas.

³⁰⁸ Enquanto na expressão *autonomia da vontade* a ênfase se dá no termo *vontade*, indicando a mais conspícua manifestação do voluntarismo voltado à subjetividade e à psicologia do consenso, no conceito *autonomia privada* o peso está no vocábulo *autonomia*, dizendo com o poder jurídico de autodeterminação do indivíduo na ordem econômica e na concessão de força normativa as decisões individuais (o que não se restringe à atividade negocial) (MARTINS-COSTA, Judith. *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Estudos de Direito do Consumidor*: separata n. 7. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005a, p. 59-60; MARTINS-COSTA, 2005b, p. 131; AMARAL, 2006, p. 345-347; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 110-111; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Liberdade de Iniciativa Econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional*. In: *Revista de Direito Civil*, n. 37, 1999, p. 26).

declaração ao declarante, deve haver uma correspondente diferenciação de eficácia vinculativa.³⁰⁹ Em razão dos condicionantes históricos, culturais e psíquicos que acabam por ser constituintes do sujeito, a liberdade contratual é sempre liberdade situada e circunstancial, razão pela qual também o princípio (da liberdade) atuará em medidas de intensidade escalonadas segundo a situação fático-normativa,³¹⁰ especialmente na análise própria e intrínseca da declaração negocial.

Dito isso, mister se faz retomar o exame do papel da vontade no plano da interpretação do contrato. Embora este elemento influencie a atividade hermenêutica, esta não é a única (e sequer a mais própria) fonte de interpretação, pois sempre acaba se desprendendo do contrato. Esta afirmação é comprovada pela inserção da pactuação em uma cadeia de circulação de riquezas (autônoma em relação à intenção subjetiva das partes),³¹¹ pela recepção jurídica das relações contratuais de fato (ou paracontratuais) e pela secundarização do aspecto volitivo nos fenômenos de massificação econômica e de adesividade contratual. Ademais, certas teorias de apreensão do fenômeno contratual dão pouca relevância ao papel da vontade, enfocando mais propriamente a questão do tráfego negocial (ex.: análise econômica do Direito Contratual).³¹²

³⁰⁹ RIBEIRO, 1999, p. 301 e 304-305. A questão é complexa e mereceria análise em estudo próprio. Neste espaço, cabe destacar que o indigitado autor português menciona a doutrina de Karl Llewellyn, que introduz a distinção entre “consentimento em branco” e “consentimento específico”, sustentando que apenas neste, onde o consentimento atua diretamente sobre o tipo e os traços gerais da contratação (termos negociados), se verifica uma eficácia plena da vinculatividade do contrato, pois no caso do “consentimento em branco”, havido nos contratos de adesão, a vinculatividade alcança apenas as cláusulas que não sejam desarrazoadas, impróprias ou abusivas. Mesmo que não se queira admitir a variabilidade da intensidade vinculativa, no plano hermenêutico deve-se aceitar a existência de uma hierarquia entre as cláusulas negociadas e aquelas previstas contratualmente por adesão (RIBEIRO, 1999, p. 305 e 315).

³¹⁰ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 139-140.

³¹¹ Carlos Ferreira de Almeida entende que a noção de performatividade – indicativa de que os enunciados contratuais ao dizerem algo estão fazendo algo (*to say something is to do something*), realizando por si certos atos (quando observados determinados requisitos) – acrescenta importante contribuição para a fundamentação do negócio jurídico descentrada do critério único da vontade humana (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 119 e 122).

³¹² FERREIRA DA SILVA, 2006; FERREIRA DA SILVA, 2008.

Havendo uma inequívoca tendência para a progressiva redução do papel da vontade enquanto momento psicológico da iniciativa contratual,³¹³ o certo é que contemporaneamente o consenso (proposta e aceitação) jamais é formado apenas pela vontade ou pelo ato de autonomia,³¹⁴ os quais se constituem em parâmetros fracos para explicar a complexidade da vinculação contratual e sua manutenção, mesmo quando transcendido o aspecto subjetivo daquelas estruturas.³¹⁵

Assim, faz-se necessário agregar à quantificação hermenêutica do ato de autonomia outros elementos que, ao lado da autodeterminação (pressuposto indispensável ao nascimento da obrigação), justifiquem a produção do efeito obrigatório do contrato e sua perduração.³¹⁶ De maneira geral, devem ser identificados e valorados, exegeticamente, a presença de pelo menos quatro fatores: (1) a confiança (que protege as expectativas)³¹⁷ e a boa-fé (que surge como dever específico de direcionamento de

³¹³ No entender de Enzo Roppo, a objetivação da atividade exegética satisfaz as exigências da sociedade de mercado, que estando organizada economicamente pelas relações de consumo, produção e distribuição, exige a garantia da celeridade, segurança e estabilidade das relações contratuais. Para servir ao sistema de produção capitalista, o contrato se desvincula da esfera psicológica, tornando-se um instrumento essencialmente objetivo. O modelo subjetivo atendia a uma economia individualista, fechada e pouco dinâmica, enquanto o modelo objetivo atende as exigências de uma economia capitalista altamente desenvolvida. Por fim, cabe salientar que as transformações do contrato não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, que não mais se identifica com o dogma da vontade (ROPPO, 1988, p. 297-298 e 309-311).

³¹⁴ No entender de Enzo Roppo, é possível que um contrato se forme validamente e vincule os sujeitos interessados, mesmo que no momento de sua conclusão falte completamente a vontade de uma das partes ou que esta possua uma vontade contrária à pactuação, o que ocorre, por exemplo, na subsistência da eficácia da oferta após a morte do proponente e na prevalência do negócio jurídico aparente quando da configuração da simulação (ROPPO, 1988, p. 299-300). No mesmo sentido: MIRANDA, 1989, p. 84.

³¹⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 92. A comprovação de que o negócio não é um ato de pura manifestação de vontade parece consubstanciada na análise dos contratos de adesão e nos fatores de invalidez do negócio jurídico.

³¹⁶ RIBEIRO, 1999, p. 63-68.

³¹⁷ Carlos Ferreira de Almeida refere que a confiança nem sempre se constitui em fundamento essencial e decisivo do negócio jurídico, pois embora sirva de base explicativa de muitos aspectos dos regimes jurídicos (dizendo com a tutela negocial), não serve de fundamento unitário específico para a vinculação negocial (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 61-62). De outra ordem, interessante a observação de Enzo Roppo, para quem a objetivação da hermenêutica contratual atende a tutela da confiança, a qual se alcança dando proeminência aos elementos exteriores da relação contratual, ao significado típico dos comportamentos e a sua cognoscibilidade social (ROPPO, 1988, p. 301).

condutas);³¹⁸ (2) o interesse comum (art. 112, do CC/02) que está sempre polarizado pelo adimplemento e indica uma necessária externalidade da manifestação da vontade e a consequente “bilateralização” da autonomia privada;³¹⁹ (3) a possibilidade (esperada) de alteração da vontade originária no curso do cumprimento da relação contratual (principalmente nos contratos de longa duração), em um desprendimento do ato de consentimento na vida do contrato;³²⁰ (4) a valorização hermenêutica do contexto socioeconômico (circunstâncias do caso e sistema jurídico), a partir do que se extraem importantes vetores exegéticos e juízos atinentes à busca pela manutenção do equilíbrio contratual (noções de sinalagmaticidade e comutatividade do contrato).³²¹

A partir destas observações, torna-se evidente que a vontade deve ser *sempre* valorada em conjunto com outras fontes, dentre as quais se destacam aquelas de ordem objetiva, pois mesmo quando inexistente o consentimento (e a vontade em sentido estrito),

³¹⁸ Como se sabe, a boa-fé atua como critério de interpretação e integração do contrato (art. 113, do CC/02), norma criadora de deveres anexos, laterais ou instrumentais (art. 422, do CC/02) e norma limitadora de direitos subjetivos (art. 187, do CC/02), além de atuar, potencialmente, como elemento mitigador da intensidade de posições jurídicas (v.g.: *supressio, surrectio, venire contra factum proprium e tu quoque*) e como elemento de validade do contrato (ampliação do art. 104, do CC/02). Conforme sustenta o Ministro Ari Pargendler, “nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva” (REsp 554.622, 3ª Turma, STJ, Ministro Ari Pargendler, DJ 01.02.2006 p. 527, RB vol. 508 p. 28, RDDP vol. 37 p. 151).

³¹⁹ RIBEIRO, 1999, p. 51-61, 72, 180, 250-257, 638.

³²⁰ A vontade somente pode ser vislumbrada de forma estática quando o foco de análise se limita ao ato contratual (declaração negocial), jamais quando se vislumbra a relação contratual formada a partir dele. O corte epistemológico feito neste estudo o afasta da construção do contrato segundo o modelo do consenso, cuja análise se centra essencialmente no ato de conclusão da pactuação, sem que o conteúdo, as funções da contratação e a posterior relação contratual que se desenvolve mereçam especial atenção, o que ignora tanto as indissociáveis conexões externas do contrato e da autonomia privada (e a inserção destes elementos no *mundo da vida*), quanto a dinâmica e os efeitos vinculativos situados no plano interno que comporta aspectos relacionais não subsumíveis as declarações de vontade dos contraentes (RIBEIRO, 1999, p. 13-14).

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, 2001, p. 240; 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, 1998, p. 148-149; FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001b; SILVA, 1976, p. 32; DANZ, 1955, p. 197; RIBEIRO, 1999, p. 51-61, 72, 180, 250-257, 638.

podem nascer relações de tipo contratual.³²² No plano hermenêutico, a consequência desta conclusão é a produtiva aplicação dialética e complementar das regras do arts. 112, do CC/02.³²³ Como refere Carlos Ferreira de Almeida, se é certo que a vontade somente se completa com a declaração, não há lugar para a autonomização daquela, sendo imperioso reconhecer que todo fenômeno negocial consiste em um processo de comunicação no qual a vontade não tem relevância positiva.³²⁴

Porém, a erosão do papel da vontade psicológica no contexto de uma apreensão objetiva do fenômeno contratual não atinge o núcleo essencial das prerrogativas e da centralidade da autonomia privada no âmbito hermenêutico.³²⁵ Sendo a declaração negocial o ato representativo da autonomia dos contraentes, cabe questionar: qual o peso da declaração negocial na situação objetiva complexa?

Não obstante as mitigações que foram anteriormente apresentadas, deve-se considerar que a autonomia privada sempre se constitui no norte da interpretação, e a declaração contratual surge como limite à mutação normativa que deriva da alteração das relações fáticas.³²⁶

Esta consideração ganha vulto no plano dos critérios objetivos de interpretação. Embora a utilização destes vetores (v.g.: boa-fé objetiva, função social, proporcionalidade, etc.) implique o uso de uma fonte de regulação diversa da livre e voluntária determinação dos interesses privados, não se antagonizam com a vontade das partes – como se pretendessem a tutela dos interesses públicos em confronto com os interesses privados –, pois visam suprir as deficiências de seu exercício, respeitando a

³²² FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A Noção de Sinalagma nas Relações Contratuais e Paracontratuais*: uma análise à luz da teoria da causa. Tese apresentada na Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, jun. 2001a, p. 72.

³²³ MIRANDA, 1989, p. 198.

³²⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 93.

³²⁵ ROPPO, 1988, p. 311.

³²⁶ HESSE, 1991, p. 23.

lógica e o espírito de suas escolhas. Nesses termos, não cabe ao intérprete modificar o sentido do conteúdo do contrato com o fundamento de que determinadas acepções seriam mais desejáveis do ponto de vista do interesse geral. É de fundamental importância o pensamento de Enzo Roppo, para quem *“interpretar um contrato é coisa diferente de modificá-lo. Modificar um contrato, mesmo contra a vontade das partes, é em muitos casos possível: mas não fingindo interpretá-lo.”*³²⁷

Em respeito à autonomia privada, na interpretação dos contratos não se pode abstrair de forma absoluta a intenção dos contratantes, embora o paradigma hermenêutico adotado não possua um caráter subjetivista. O reconhecimento de vetores como o interesse e a utilidade da pactuação é imprescindível, pois alijar esta dimensão do processo hermenêutico coloca o cumprimento contratual a um passo do inadimplemento. Embora as relações contratuais sejam polarizadas pelo adimplemento (pois é esta dimensão que perfectibiliza a comum intenção dos contraentes) e, conseqüentemente, pelos interesses do credor, a imersão subjetiva da atividade interpretativa deve ser controlada, pois podendo atingir a esfera de interesse de terceiros, o contrato deve ser interpretado quantificando o elemento objetivo externo (ex.: função social). No curso do processo orgânico de cumprimento do contrato os motivos passam a ser bilaterais, se inserindo, substancialmente, na base do negócio jurídico (art. 166, III, do CC/02). Em síntese, pode-se afirmar que: (1) a autonomia privada e a intenção das partes são elementos fundamentais ao agir hermenêutico; (2) a intenção das partes deve ser analisada conforme as circunstâncias do caso; (3) o contrato gera legítimas expectativas nas partes e em terceiros (princípio da confiança),

³²⁷ ROPPO, 1988, p. 173-174.

aspectos que devem ser valorados e respeitados mediante a utilização de parâmetros objetivos de interpretação.³²⁸

Sequer a relação da normatividade contratual com o sistema jurídico ilide a centralidade da autonomia privada na atividade hermenêutica. Embora haja uma estreita relação entre os planos da autonomia e da heteronomia no contexto do universo normativo do contrato, a análise hermenêutica deste remete a uma discussão sempre focada na liberdade individual,³²⁹ na autodeterminação,³³⁰ na autonomia privada e na liberdade contratual.³³¹

Retomando o exame do peso da declaração negocial na situação objetiva complexa, cabe destacar que é a livre disposição unificada dos contratantes que delimita o horizonte do contrato. Assim, enquanto o sentido literal possível da declaração negocial delimita a interpretação terminológica do instrumento contratual, é a conjunção das vontades dos contratantes (que não pode ser cingida em duas vontades autônomas) que baliza a compreensão da *situação objetiva complexa* que forma e condiciona o negócio jurídico. Embora deva o intérprete deixar que esse *contexto objetivo do*

³²⁸ FERREIRA DA SILVA, 2006.

³²⁹ A liberdade é um conceito político-filosófico enquanto a autonomia privada é um conceito técnico-jurídico, correspondendo a um espaço de liberdade jurídica e, portanto, atribuída pelo Direito à pessoas, relativa a uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 217).

³³⁰ Autonomia privada e autodeterminação não se confundem, pois enquanto aquela diz com o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam, a autodeterminação situa-se em um plano mais abrangente, dizendo com a orientação de vida e gestão de interesses referentes à individualidade do cidadão, implicando juízos de valor que normativamente se encontram associados aos princípios da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana. Nesses termos, a autonomia privada constitui-se em princípio operativo da autodeterminação do ser humano (RIBEIRO, 1999, p. 22-23 e 30).

³³¹ Enquanto Joaquim Ribeiro entende que a liberdade contratual é um componente da autonomia privada (RIBEIRO, 1999, p. 21), Judith Martins-Costa sustenta que a autonomia privada integra um campo de função no domínio da liberdade contratual (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 75). No campo dos contratos, esse quadro de garantias é instrumental do direito à livre iniciativa econômica, apresentando-se como sendo o meio necessário ao exercício desta garantia constitucional. Adverte Judith Martins-Costa que, como todo meio, a liberdade de contratar não existe *em si*, mas *para algo*, estando “*permanentemente polarizada e conformada para os fins a que se destina*” (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 64-65).

contrato fale por si, cabe suscitar dois exemplos elucidativos sobre a importância da autonomia como elemento delimitador da atividade interpretativa.

No que se refere à terminologia utilizada pelos contratantes, salienta Erich Danz que se as partes estão de acordo quanto ao sentido dos vocábulos empregados, o intérprete deve entendê-los nesse sentido; não podendo, mediante interpretação, atribuir significado contrário àquele acordo, ressalvados os casos onde presentes o dolo das partes ou o fim de alcançar determinado objetivo ilícito ou consequência antijurídica (prejuízo a terceiros). Em razão do poder nomogenético da autonomia privada, as partes são livres para dar aos seus negócios o conteúdo que queiram (observando os limites legais), e sendo este determinado pelo sentido das palavras empregadas, ao atribuir um significado diferente o intérprete modifica o teor do negócio jurídico, para o que não está autorizado.³³²

Já no que respeita aos efeitos da declaração negocial, em matéria de interpretação vige a regra da *falsa demonstratio non nocet* (a demonstração errada ou imprópria não deve prejudicar o Direito alegado), indicando que quando das declarações emitidas resulta uma concorde manifestação de vontade, mas as partes estão de acordo que há de se produzir um resultado diferente do que derivaria do sentido usual (ex.: equívoco ao pronunciar as palavras), se produz o outro resultado,³³³ caso essa vontade unificada posterior não vise fraudar a lei ou direito de terceiros.

Ainda, se a declaração é passível de ser entendida com diversos significados, mas declarante e declaratário a quiserem no mesmo sentido, deve-se deixar valer com esta significância, em respeito à autonomia, já que não há razão para a imposição de

³³² DANZ, 1955, p. 78 e 168.

³³³ DANZ, 1955, p. 78 e 225.

uma acepção que nenhum dos contraentes deseja, quando não se avilta a esfera de interesses de terceiros.³³⁴

Porém, deve ser esclarecido que estas conclusões derivam da autoridade determinante da autonomia, a qual se impõe, inclusive, perante os resultados da atividade hermenêutica propriamente dita. Nos casos mencionados se rompem os limites da atividade hermenêutica, pois o intérprete é levado a simplesmente aceitar uma conclusão derivada da autonomia dos contraentes, mesmo que a atividade interpretativa, centrada na necessidade de se deixar a coisa falar, culmine no alcance de um significado contrastante com a disposição das partes que indica o significado desejado (considerado então como autêntico).

Estas considerações remetem à chamada interpretação autêntica, que provém do mesmo autor do preceito ou da declaração que se procura compreender (ex.: poder legislativo ou contraentes). O poder vinculante da interpretação autêntica, no plano dos contratos, opera devido a sua correlação natural com a autonomia formadora do preceito normativo originário (competência normativa ligada à identidade do autor) ou, como quer Betti, porque a interpretação autêntica integra o âmbito dessa autonomia.³³⁵ Porém, cabe destacar que a interpretação autêntica, no âmbito contratual, também deve ser bilateral, pois descabe ao intérprete levar em conta apenas as considerações de uma das partes contratantes, mesmo que esta provenha do declarante que redigiu por completo as cláusulas de um instrumento de adesão.

Ademais, deve-se salientar que, se por um lado a interpretação autêntica não se encontra tão vinculada à situação jurídica preexistente como está a atividade hermenêutica, detendo uma maior discricionariedade na escolha da apreciação

³³⁴ LARENZ, 1989, p. 360.

³³⁵ BETTI, 2007, p. 119, 136 e 156.

interpretativa (exatamente por estar correlacionada ao poder nomogenético da autonomia);³³⁶ por outro parece de todo evidente que a mesma não possui um valor absoluto. Embora goze de posição privilegiada,³³⁷ deve ser quantificada, no plano hermenêutico, em conjunto com os demais elementos norteadores da interpretação.

Cabe frisar, ainda, que as observações dispostas nos parágrafos antecedentes devem ser vistas com ressalvas, pois poderiam conduzir ao errôneo entendimento de que não há interpretação quando as partes estão de acordo com determinada significação contida na declaração negocial, pois como visto anteriormente,³³⁸ a dimensão hermenêutica se encontra na base de toda experiência de mundo. A interpretação autêntica sobre o acordo de vontades originário é dependente de questões referentes a prova, devendo ser avaliada hermenêuticamente no contexto das circunstâncias fáticas e normativas presentes na situação objetiva complexa.

Por fim, deve ser enfrentada, neste tópico, a aplicação das teorias da vontade e da declaração, discussão que remete à contraposição entre intenção e sentido literal da linguagem, aspecto de enorme relevância na doutrina da interpretação clássica. Enquanto a teoria da vontade se destina a dar prevalência à vontade real e subjetiva do declarante (na interpretação e no conseqüente juízo de validade do pacto) quando esta for contraposta à declaração negocial,³³⁹ a teoria da declaração concede prevalência à

³³⁶ BETTI, 2007, p. 158.

³³⁷ Não é a toa que parte da doutrina qualifica a interpretação autêntica como sendo a “rainha de todas as interpretações” (SANTA MARIA, 1966, p. 48).

³³⁸ Especialmente no tópico “O objeto e os limites da atividade hermenêutica”.

³³⁹ A teoria da vontade trouxe como elemento inovador o reconhecimento da atribuição de um poder criativo de efeitos jurídicos (nomogenético) à vontade humana, o que é aceito por este estudo, como antes mencionado. Porém, inúmeras são as críticas a esta concepção, dentre as quais se destacam: a perspectiva individualista; o sentido equívoco que a vontade assume na formulação da teoria (encarada ora como poder psíquico gerador de efeitos, ora como conteúdo ou objeto da declaração); o dualismo vontade-declaração que decompõe artificialmente um fato que é ontologicamente uno; o recurso usual a ficções e presunções quando os efeitos do negócio jurídico não se dão em conformidade com o ponto de vista subjetivo; a impossibilidade de se explicar certos efeitos jurídicos que se produzem sem ou contra a vontade (ex.: irrelevância da reserva mental) (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 70, 80-81 e 83).

declaração abstratamente considerada (tal como esta se apresentava ao destinatário no ambiente socioeconômico) enquanto instrumento tradutor da vontade das partes.³⁴⁰

A primeira questão que merece ser destacada é que as duas teorias extremadas devem ser consideradas voluntaristas e subjetivistas, uma vez que têm como parâmetro finalístico a vontade das partes. As diferenças de concepção residem apenas no objeto pelo qual irá se analisar a vontade interna das partes e naquilo que se pretende proteger: a teoria da vontade resguarda o declarante e a teoria da declaração o tráfego jurídico e o destinatário.³⁴¹

A partir desta premissa, deve-se reconhecer que as teorias da vontade e da declaração, enquanto modelos teóricos puros, não são suficientes ao paradigma hermenêutico aqui adotado. Além de serem unilateralistas,³⁴² estas vertentes teóricas esquecem o aspecto dinâmico do vínculo obrigacional, uma vez que cristalizam a vontade no momento da formação do contrato, sem cuidar de sua evolução. Sendo evidente que as mais variadas teorias da interpretação acabam por dar relevância a determinados preceitos das correntes ora em exame,³⁴³ deve-se abandonar os radicalismos e buscar uma posição que represente os pontos positivos destes dois grupos de teorias extremadas – o que parece consubstanciado na redação do art. 112, do CC/02 –, até mesmo porque seria absurdo conceber, em um determinado sistema normativo, um subjetivismo ou um objetivismo puro. Como sustenta Karl Larenz, “*a cada uma*

³⁴⁰ BETTI, 2003a, p. 188. A doutrina indica que o sistema francês adotou a teoria da vontade, enquanto o sistema alemão optou pela teoria da declaração (MARINO, 2003, p. 142-143; MIRANDA, 1989, p. 224), o que não significa que o tenham feito seguindo os modelos teóricos de forma pura e acrítica.

³⁴¹ FERREIRA DA SILVA, 2006; MIRANDA, 1989, p. 32.

³⁴² MIRANDA, 1989, p. 18.

³⁴³ MIRANDA, 1989, p. 132.

destas teorias subjaz uma parte da verdade”,³⁴⁴ razão pela qual as mesmas podem ser aceitas com determinadas limitações.

Como visto, a vontade consubstanciada na declaração negocial é, nos termos do art. 112, do CC/02, a vontade relevante e, assim, qualificada pela exteriorização e pela percepção social, ou seja, é aquela que ultrapassou a esfera psicológica de seu autor e fez apelo à compreensão alheia. Disso deriva a necessidade de uma avaliação hermenêutica que transcenda a literalidade da linguagem empregada, alcançando também o contexto verbal e todas as circunstâncias relevantes.³⁴⁵ Assim, o dispositivo em comento não toma partido de nenhum radicalismo, tornando imperativa a análise da totalidade do material interpretativo disponível no caso concreto.³⁴⁶

O processo de objetivação da atividade interpretativa remete à busca por um sentido que é polarizado não mais pela vontade subjetiva dos contraentes, mas pela comum intenção dos mesmos, a qual deve ser alcançada no âmbito da cognoscibilidade do comércio jurídico, ou seja, sob o prisma de como o meio social e os usos do tráfico atribuem sentido àquele determinado gênero de declaração, o que é matizado pela boa-fé objetiva, que possui o condão de situar a análise no plano da concretude da relação contratual (ex.: indicando que a linguagem utilizada não foi a usual). Nesses termos, mesmo sob um viés objetivo o contrato não se identifica com a letra contida na declaração, pois esta se constitui, em verdade, em um meio de comunicação portador de

³⁴⁴ LARENZ, 1989, p. 381.

³⁴⁵ A concepção objetivista está consignada na teoria da proteção da confiança subjacente à redação do art. 112, do CC/02, conclusão para a qual a segunda parte do art. 110, do CC/02 (“*a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento*”), em um viés sistemático, também serve de apoio.

³⁴⁶ MARINO, 2003, p. 108-109, 214-215 e 255-256. Francisco Marino ainda entende que o art. 112, do CC/02, ao mencionar tanto a intenção quanto o sentido literal da linguagem, acaba contrapondo um *critério de interpretação* (intenção) indicativo da necessidade de se examinar sistematicamente a totalidade do material interpretativo, com um *meio de interpretação* (sentido literal da linguagem), que deve servir como ponto de partida da atividade exegética e contraponto necessário ao exame da situação objetiva complexa formada e formadora da relação contratual (MARINO, 2003, p. 209).

um determinado pensamento que somente se objetiva no contexto da situação objetiva complexa.

Tendo sido salientada a natureza comunicacional da declaração negocial, cabe frisar que o aspecto subjetivo desta relação (vontade individual) não pode deixar de ser projetada em uma relação que é por natureza intersubjetiva (exteriorização e necessidade de cognoscibilidade social), pois a declaração deve ser acessível a todos, quer se considere, ou não, a cognoscibilidade da declaração como sendo algo autônomo com relação a vontade efetiva que a originou.³⁴⁷ Nestes termos, cabe adentrar na análise do procedimento, métodos e regras presentes na interpretação contratual.

4. O procedimento, os métodos e as regras de interpretação

Conforme estabelece Pontes de Miranda, a atividade de interpretação do negócio jurídico se desenvolve, em termos instrumentais, mediante um *complexo de operações*.³⁴⁸ Porém, a complexidade da atividade não deriva apenas do labor do sujeito, mas também da natureza multifacetária do objeto.

Como a interpretação dos contratos tem como objeto os elementos de fato constitutivos do negócio jurídico, os quais compõem uma *situação objetiva complexa* na qual se insere o instrumento contratual,³⁴⁹ a atividade interpretativa deve ter em conta

³⁴⁷ Como salienta Carlos Ferreira de Almeida, a declaração é um sinal, fato e/ou ato linguístico dirigido ao outro. Embora possa ser expressa ou tácita, escrita ou verbal, gestual ou produzida por outras formas, com ou sem destinatário definido, é sempre emitida, dirigida, expedida, transmitida, recebida ou simplesmente conhecida, ou seja, é sempre referida como comunicação ordenada segundo a estrutura que especificamente corresponda ao tipo contratual em questão (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 268-270 e 298).

³⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 323. Deve-se afastar, desde já, a concepção de parte da doutrina de que as normas estatais sobre interpretação contratual imporiam um determinado procedimento compreensivo. Embora sejam normas cogentes (como será delineado ainda neste tópico), sua apreensão sistemática não impõe um determinado procedimento fechado que guie o intérprete rumo à compreensão.

³⁴⁹ DANZ, p. 6, 51 e 137.

todas as circunstâncias do caso,³⁵⁰ as quais devem ser fixadas pelo intérprete antes de proceder à interpretação.³⁵¹

Este aspecto procedimental merece ser devidamente fixado: *a interpretação do negócio jurídico depende da fixação das circunstâncias do caso e deve preceder a construção jurídica.*³⁵² O intérprete deve determinar todos os fatos constitutivos do contrato que sejam notórios para as partes (circunstâncias do caso), mediante prova ou confissão, para após interpretar a declaração negocial,³⁵³ quantificando os fins econômicos almejados pelos contraentes e aos usos sociais.³⁵⁴

Nesses termos, a atividade exegética não deve se cingir aos limites da construção jurídica que dê mais tarde ao instrumento (classificação do caso concreto em uma das figuras contratuais típicas). Em matéria de negócios jurídicos não se pode aplicar uma construção jurídica qualquer para após interpretar se atendo a ela. O conceito técnico que se ponha de etiqueta em um contrato ou em uma relação jurídica não influi, *a priori*, na interpretação. O juízo de que a declaração negocial se trata de um

³⁵⁰ DANZ, 1955, p. 35 e 93; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*: parte general. tomo I, v. 2, Barcelona: Bosch, 1954, p. 6.

³⁵¹ DANZ, 1955, p. 245.

³⁵² DANZ, 1955, p. 183-184 e 192; BETTI, 2007, p. 182-184; BETTI, 2003a, p. 126. As normas sobre a interpretação não se confundem com as normas supletivas e dispositivas. Enquanto aquelas servem para desvelar o sentido e configurar a própria espécie do negócio jurídico, estas (normas supletivas e dispositivas) servem para delinear os efeitos do mesmo negócio jurídico. Acerca da aplicação das espécies, tem-se que as normas sobre a interpretação tem precedência lógica sobre as normas supletivas e dispositivas, e entre as normas que disciplinam os efeitos da relação contratual e as normas supletivas, estas tem a preferência. Onde há uma declaração das partes ou um desenvolvimento integrativo que dela faça parte, em tese não cabe a aplicação das normas que tratem de disciplinar diretamente os efeitos do negócio. (BETTI, 2007, p. 181-182 e 184).

³⁵³ Gadamer refere que se deve elogiar a compreensão de alguém quando este, julgando, consegue deslocar-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro atuou, o que não se trata de um saber técnico ou geral, mas de uma compreensão de caráter ontológico e situado (GADAMER, 2005, p. 424-425).

³⁵⁴ Com relação ao sentido usual, cabem duas ressalvas. A primeira, não é necessário que a parte conheça os usos sociais para que estes sejam válidos e aplicáveis ao negócio jurídico. A segunda, não há lugar para interpretar a declaração de vontade no sentido usual quando uma das partes tenha conhecimento do sentido especial que a outra parte atribuiu (DANZ, 1955, p. 246 e 263-266).

determinado tipo contratual só pode ser alcançado após a interpretação do negócio jurídico concreto.³⁵⁵

Cabe destacar, também, que o procedimento hermenêutico determinativo do significado e dos efeitos jurídicos nada tem a ver com uma operação de prova ou com a fixação de ocorrência (ou não) de fatos. A interpretação dos contratos é posterior à fixação das provas, as quais influirão decisivamente na atividade hermenêutica.³⁵⁶ Coisas distintas são os fatos (o que se prova) e o significado dos fatos (o que se alcança com a atividade exegética). Emílio Betti diferencia com propriedade os planos de atuação quando afirma que *“na prova trata-se de formar a convicção do juiz sobre o ponto de que o fato a ser provado tenha realmente ocorrido: na interpretação, ao contrário, trata-se de entender o significado e de fixar o alcance da norma jurídica ou de outros preceitos ou espécies jurídicas.”*³⁵⁷

Embora haja semelhanças entre o agir hermenêutico e o probatório, a natureza,³⁵⁸ finalidade e resultado destas atividades são diferentes: a interpretação não busca demonstrar que algo existe e/ou ocorreu, mas visa aclarar o sentido e significação daquilo que existe e/ou ocorreu. A prova dos fatos que constituem o caso concreto jamais determina um efeito jurídico, embora o juízo sobre a existência ou inexistência

³⁵⁵ DANZ, 1955, p. 29, 49, 86, 183-184, 192, 246 e 263-266.

³⁵⁶ DANZ, 1955, p. 3, 6 e 7; GADAMER, 2005, p. 444.

³⁵⁷ BETTI, 2007, p. 172.

³⁵⁸ A interpretação não é suscetível de ser objeto de prova, não sendo uma questão de fato, mas sempre (filosoficamente) de Direito, atinente às tarefas de descoberta do sentido, de qualificação dos fatos e de determinação dos efeitos jurídicos. A aceitação de que a atividade hermenêutica está muito vinculada aos fatos não é suficiente para se concluir que a própria interpretação deva ser considerada uma questão de fato (SANTA MARIA, 1966, p. 117-122). Larenz suscita que só os acontecimentos fáticos (questão de fato) carecem de prova, não sendo objeto desta a apreciação jurídica dos fatos (questão de Direito), que depende essencialmente da interpretação e da consequente qualificação jurídica. Exemplificando a diferença entre estas dimensões, em um acidente de trânsito causado por derrapagem em uma curva, as questões de fato são a verificação do estado do pavimento e da velocidade do automóvel, sendo questão de Direito a qualificação da eventual negligência do motorista. Porém, há inúmeros casos em que questões de fato e de Direito estão tão próximas que é difícil, senão impossível, efetivar uma separação, como ocorre com a verificação da ocorrência de um “ruído perturbador do repouso”, o qual contém em si a descrição do acontecimento e sua apreciação jurídica (LARENZ, 1989, p. 370).

de determinados fatos concretos constitutivos do negócio altere significativamente os efeitos jurídicos, pois se altera a situação em que será construída a resolução hermenêutica.³⁵⁹

Contudo, deve ser frisado que a aceção acerca da significação do substrato probatório depende, também, de uma determinada atividade exegética, pois como antes visto, a dimensão hermenêutica se encontra na base de toda experiência de mundo. Também na questão da prova o sujeito cognoscente não trabalha diretamente com a realidade, mas, sim, com a realidade construída pela mediação de seu discurso e universo hermenêutico. Desta feita, além de selecionar a pertinência dos fatos no curso da sua própria cognição, é o sujeito cognoscente que (re)constrói todas as circunstâncias em jogo.³⁶⁰

Não obstante o que acima foi destacado, cabe mencionar, desde já, que o enfrentamento de questões de ordem procedimental não deve ser confundido com a adoção de um paradigma metodológico,³⁶¹ tal como proposto por Emilio Betti.³⁶² A

³⁵⁹ DANZ, 1955, p. 44 e 245. No mesmo sentido: SANTA MARIA, 1966, p. 16-17. Erich Danz ainda observa que as regras estatais de interpretação dos negócios jurídicos não são preceitos probatórios e nada têm a ver com presunções (DANZ, 1955, p. 143).

³⁶⁰ ÁVILA, 2006, p. 100.

³⁶¹ Independente da complexidade científica hoje existente, o método se apresenta como um conceito unitário, dizendo com o ideal de conhecimento pautado na ideia de trilhar um determinado caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível sempre refazer o mesmo caminhar. Gadamer vê uma profunda restrição daquilo que pode resultar desta pretensão de verdade do proceder da ciência, pois se a verdade só se dá pela possibilidade de verificação (seja como for), o parâmetro que mede o conhecimento deixa de ser sua verdade, mas a sua certeza. O caminho da autocertificação impõe o primado da certeza ante a verdade (v.g.: descrição e análise matemática dos fenômenos), enquanto a hermenêutica não se preocupa primariamente com a certeza se seus postulados, mas, sim, com a carga de verdade por eles revelada (GADAMER, 2004, p. 61-62; GADAMER, 1998a, p. 15; GADAMER, 1977a, p. 3; SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e Memória em H./G. Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul./dez. 2000a, p. 337; MORATALLA, 2003, p. 30-31; VILA-CHÃ, 2000, p. 305). A ciência cartesiana “só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza”, restringindo o saber ao que é verificável (GADAMER, 2004, p. 61-62; GADAMER, 2007b, p. 14; GADAMER, 1998a, p. 167). Juarez Freitas corretamente sustenta que “Gadamer está menos preocupado em compreender corretamente do que com o fato de compreender de modo mais profundo e verdadeiro” (FREITAS, 1987, p. 39).

³⁶² SILVA, 2005, p. 278. Este é o ponto de maior tensão entre o paradigma gadameriano e a teoria bettiana, pois a hermenêutica filosófica vai de encontro à pretensão de Emilio Betti de criar uma teoria geral da interpretação galgada no ideal metódico e de alçar a hermenêutica à categoria de ciência, ao

questão é de fundamental importância para a hermenêutica filosófica, tanto que a elaboração de uma concepção de verdade que ultrapassa os limites rígidos do ideal metódico constitui um dos impulsos fundamentais da obra gadameriana.³⁶³

De forma sintética, pode-se afirmar que o ideal científico, conquanto seja responsável pela libertação de muitos preconceitos e dissolução de muitas ilusões, não é a única nem a última instância portadora da verdade, razão pela qual a hermenêutica filosófica, embora não questione a metodologia utilizada pela ciência, destrói a sua pretensão de autosuficiência.³⁶⁴ Ademais, a hermenêutica filosófica critica a adoção, pelas ciências humanas (do espírito), de um paradigma objetivo nos moldes das ciências naturais.³⁶⁵

invés de posicioná-la mais ao lado da filosofia (MEIRELES, 2004, p. 123). Sempre preocupado com o controle de correção do procedimento hermenêutico, Betti entende que “*somente na verdadeira interpretação a observância de critérios metódicos, unida a constante consciência da dependência em relação a uma perspectiva condicionadora, garante a possibilidade de controle e, nesse sentido, uma relativa objetividade do entendimento*” (BETTI, 2007, p. XLII e XCV). É de todo evidente que a crítica ao método não obsta que se considere a existência de algumas convergências entre os cânones e métodos de interpretação e os múltiplos aspectos atendíveis na hermenêutica filosófica (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 201).

³⁶³ Nas três partes de *Verdade e Método*, que enfocam a experiência da arte, o conhecimento histórico e a linguagem, Gadamer demonstra a existência de verdades não produzidas pelo método lógico-analítico, pois nesses níveis (arte, história e linguagem) se configuram experiências produtoras de verdade fora do caráter lógico-semântico. Para a teoria gadameriana, tais experiências são vias de aproximação da verdade tão ou mais eficazes do que aquelas conduzidas pela experiência científica. Ernildo Stein refere que o título da grande obra de Gadamer é uma provocação deste, pois pode ser lido no sentido de uma *Verdade e Método, Verdade ou Método e Verdade contra o Método*, sendo esta última a expressão que capta com maior exatidão o sentido geral do pensamento do autor (STEIN, 2004, p. 47 e 82).

³⁶⁴ STEIN, 2004, p. 86.

³⁶⁵ A contraposição existente entre ciências humanas e ciências da natureza não é apenas metodológica, mas uma diferença que alcança os objetivos do conhecimento de cada ramo do conhecimento, razão pela qual aquelas não podem cumprir com o mesmo ideal de disciplina metodológica e de objetividade destas, até mesmo porque as ciências naturais deixam de considerar o conhecimento histórico (GADAMER, 2004, p. 63; GADAMER, 1998a, p. 153-154; GADAMER, 2007b, p. 185; VILA-CHÃ, 2000, p. 305). Mesmo quem considera que todas as ciências estão sujeitas aos mesmos critérios de racionalidade, não pode ignorar que os interesses e procedimentos das ciências do espírito são substancialmente diversos daqueles que animam as ciências naturais (GADAMER, 2004, p. 368; GADAMER, 1977a, p. 17-18; GADAMER, 1977b, p. 281; REALE, 1999, p. 203). Gadamer refere que as ciências do espírito, ao lidar com a rica escala do humano, de tudo o que é *demasiadamente humano* (Nietzsche), gozam de privilégios que não possui nem a ciência mais exata. Seu objeto não está submetido a uma ciência explicativa, pois se encontra referenciado a ordens criadas e constantemente modificadas pela intervenção humana, o que impede a formulação e perpetuação de garantias teóricas e científicas (GADAMER, 2004, p. 372; GADAMER, 2007b, p. 208; GADAMER, 1998a, p. 170). A proposta atual de junção e diálogo entre os grupos científicos não se deve ao fato das ciências humanas terem ganhado em precisão, mas, sim, ao fato das ciências naturais terem se transformado, admitindo que seu saber está adstrito a uma dimensão

Assim, ao embasar a hermenêutica filosófica em critérios diversos do fundamento de certeza defendido pela cientificidade metodológica, Gadamer não empreendeu uma cruzada anticientificista³⁶⁶ e jamais negou a imprescindibilidade do trabalho metodológico nas ciências do espírito, tendo se irresignado apenas com relação as suas pretensões monopolistas.³⁶⁷ Mesmo no âmbito interno, a hermenêutica filosófica concede relevo ao método científico, pois, muito embora traga uma compreensão que não se reduz ao universo lógico-semântico, não o dispensa.³⁶⁸

A hermenêutica filosófica jamais se apresentou como substituto de uma metodologia científica. Nesses termos, a questão central é saber distinguir até onde a hermenêutica, dando conta da racionalidade que pretende possuir e produzir, pode se utilizar do método científico, e onde a ciência pode se valer da hermenêutica para dar conta de sua própria cientificidade.³⁶⁹ Ocorre que o conhecimento fundado na

temporal e que também se valem de explicações narrativas essencialmente históricas (GADAMER, 1998a, p. 153-154; GADAMER, 2007b, p. 185). Ademais, as próprias ciências (humanas ou naturais) são mais do que o método nelas utilizado, pois como adverte Bruno Latour “*a ciência não é produzida cientificamente, assim como a técnica não o é tecnicamente*” (LATOURE, [s.d.], p. 114).

³⁶⁶ Antes de combater o ideal científico, Gadamer pretendeu acabar com a autoridade da ciência, colocando-a em seu devido lugar ao desmistificar suas pretensões objetivistas e monopolizadoras. Seu projeto de uma hermenêutica filosófica jamais se apresentou como substituto de uma metodologia científica. O que Gadamer questiona é o método enquanto garantia de verdade ao reconhecer sua parcialidade no conjunto da existência humana e de sua racionalidade. Assim sendo, cai por terra a pretensão de objetividade com o uso de uma determinada metodologia, pois parece ser inegável que o método (seja ele qual for) jamais é neutro ou imparcial (GADAMER, 2004, p. 565).

³⁶⁷ GADAMER, 2005, p. 15; GADAMER, 2004, p. 50, 297, 368, 508-509 e 535; GADAMER, 2007b, p. 193; GADAMER, 1998a, p. 159 e 167; GADAMER, 1977b p. 279; GADAMER, Hans-Georg. *Gadamer In Conversation*. New Haven: Yale University Press, 2001, p. 41. Nesse contexto, não se pode dizer, sequer, que a teoria gadameriana se encontra em tensão com o *ethos* científico. Refere Gadamer que o caráter dialógico da compreensão por ele defendido “*em nada prejudica a extraordinária metodologia da ciência moderna. Quem quiser aprender uma ciência precisa dominar sua metodologia. Sabemos também que a metodologia em si não garante a produtividade de sua aplicação*” (GADAMER, 2004, p. 263-264). Em outra passagem, o autor assim se posiciona: “*parece-me válido para a ciência do homem que o conceito moderno de ciência metódica possa persistir com todo o rigor de suas exigências, que nós, porém, precisemos reconhecer os seus limites e aprender a retomar o nosso poder cognitivo de um saber refletido, que se nutre da tradição cultural da humanidade. Nós deveríamos manter isso constantemente em vista junto ao fomento das ciências pelo homem*” (GADAMER, 2007c, p. 25).

³⁶⁸ STEIN, 2004, p. 31-33.

³⁶⁹ GADAMER, 2003, p. 47-48. STEIN, 2004, p. 10. Apoiando-se no pensamento aristotélico, na mesma passagem Gadamer refere que um método unitário, que abarcasse ciências do espírito e ciências da natureza, é uma falsa abstração, pois é o objeto que deve determinar o método a ser utilizado. Sendo

metodologia científica produz resultados verdadeiros, mas o método só se torna realmente produtivo quando vinculado a questões que não se produzem por meio do conhecimento metodológico, mas da experiência do *ser-no-mundo*.

Embora a abordagem dos diversos métodos interpretativos não esteja compreendido nos limites do presente estudo, o mesmo não rechaça a sua utilização para atingir o sentido da relação contratual, não entrando, de forma alguma, em choque com tal possibilidade. A esquematização sintética do raciocínio aqui defendido, que aceita a relação dialética entre experiência hermenêutica e experiência metódica, é o seguinte: a conclusão de que o alcance da verdade se dá para além do procedimento metódico cientificista não significa entender que a prática científica não utilize métodos que podem ser de grande valia no caminho da compreensão hermenêutica.³⁷⁰ No que diz com o combate ao subjetivismo, por exemplo, as regras interpretativas agem como pautas de padronização que visam a controlar ou guiar a pré-compreensão do intérprete.

Ao definir o compreender não como um comportamento disciplinado e guiado por regras (procedimento científico), mas como uma atitude enraizada na existência humana (*Dasein*), a hermenêutica filosófica transcende a crítica ao método, rompendo com a tradição cientificista e convertendo a visão instrumentalista presente na interpretação clássica em uma dimensão ontológica, evitando a “cientifização” da práxis social e impedindo que o existencial humano que é o compreender seja reduzido a um método científico. Evitar que a ciência reduza a riqueza da realidade e das relações humanas por meio de um discurso simplificador e restritivo é questão de fundamental importância no campo da interpretação dos contratos, atividade na qual importa a quantificação de diversas questões existenciais verdadeiramente desconsideradas

dísparos os objetos das ciências do espírito e das ciências da natureza, diferentes devem ser suas práticas de abordagem.

³⁷⁰ ARAÚJO, 2005, p. 214.

quando o sujeito cognoscente se limita a efetuar processos de subsunção e a aplicar regras e cânones exegéticos.³⁷¹

Contudo, deve-se considerar que *o conhecimento hermenêutico se constitui em uma experiência de verdade que ultrapassa o campo do controle da metodologia científica, pois a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade hermenêutica.*³⁷² A hermenêutica é antes filosofia, não se limitando a prestar contas aos procedimentos que a ciência aplica.³⁷³ Embora nas ciências do espírito o método desempenhe papel fundamental, suas significações dificilmente alcançam o ideal de verificabilidade das ciências da natureza.³⁷⁴

O método limita as possibilidades de compreensão ao admitir como condição satisfatória de verdade somente aquilo que satisfaz o seu ideal de certeza, restringindo o saber ao que é verificável e impondo como parâmetro de aferição do conhecimento a certeza, e não mais a verdade; enquanto a hermenêutica não se preocupa primariamente com a certeza se seus postulados, mas, sim, com a carga de verdade por eles revelada. O procedimento metodológico impede a análise de questões cruciais e decisivas da vida ao abandonar certas abordagens que não satisfazem seu próprio meio de intermediação e de

³⁷¹ Gadamer rotula como sendo uma perspectiva míope a tentativa de interpretação só com critérios da metodologia científica, pois a tarefa do intérprete jamais se limita a uma mediação lógico-técnica do sentido do objeto, como se prescindisse da verdade do significado (GADAMER, 2004, p. 125, 142 e 331).

³⁷² GADAMER, 2005, p. 29-31, 349-350 e 631.

³⁷³ GADAMER, 2004, p. 369.

³⁷⁴ Nas ciências do espírito floresce uma relação entre o conhecimento da verdade e a possibilidade de ser dito de forma própria, o que nem sempre pode ser medido pela verificabilidade do enunciado. Esta assertiva se torna clara quando percebido que as mais fecundas produções das ciências do espírito (Direito, História, Sociologia, Filosofia, Antropologia, Psicologia, etc.) estão muito distantes do ideal de verificabilidade mediado pelo dogma da certeza ou da certificação pelo método (GADAMER, 2004, p. 64-65). Essa limitação trazida pela metodologia científica começa a ser percebida, também, no âmbito das ciências naturais, como ocorre com a física teórica moderna, onde as grandes teorias são mais fruto da capacidade criativa do sujeito do que da aplicação de teorias científicas, assemelhando-se mais à criação artística do que científica. Como antes salientado, o próprio Albert Einstein sustentou que as hipóteses que constituem as modernas teorias da física são *“livres criações da mente”*, cuja invenção e elaboração requerem dotes imaginativos análogos aos que permitem a criação artística (REALE, 1999, p. 194 e 197-198).

comprovação da verdade, razão pela qual as ciências só chegam até o limite permitido por seus métodos. A absolutização do ideal científico exerce tanto fascínio que não permite ao intérprete perceber o estreitamento de perspectiva que o pensamento metodológico traz consigo: a busca da justeza metodológica inibe uma reflexão consciente.³⁷⁵

Diferentemente do que defende o ideal metódico, o método jamais se constitui em uma estrutura situada fora da historicidade e da circularidade hermenêutica, pois o processo metodológico se desenvolve no contexto de um determinado processo de interpretação. O método é sempre limitado e dependente da hermenêutica, pois o discurso lógico pressupõe o universo da compreensão (sendo que o inverso não se mostra como um premissa sempre verdadeira).³⁷⁶

A utilização do método científico ignora os condicionamentos que envolvem a compreensão, principalmente o de que toda experiência acontece no interior de uma tradição, que é linguagem. Sendo irrealizável o ideal de superação absoluta dos condicionamentos históricos do sujeito cognoscente, é ingênua a pretensão da utilização de uma metodologia cientificista nas ciências do espírito que converta a tradição e a linguagem em meros objetos.³⁷⁷

³⁷⁵ GADAMER, 2004, p. 58-59 e 512; GADAMER, 2007b, p. 203; BIAGIONI, 1983, p. 34. Uma metáfora parece interessante. Assim como ocorre com as crianças, que no processo de formação se encontram mais afeitas à observação ingênua e imparcial da realidade, a hermenêutica filosófica não refuta de antemão qualquer hipótese, confrontando todas aquelas que se apresentam no caso concreto com a coisa mesma (objeto da interpretação). Já o pensamento cientificista, assim como os adultos, sempre suficientes de sua maturidade, acaba ignorando possibilidades que, embora possam se constituir em possíveis instâncias portadoras de verdade, de antemão não se enquadram em sua lente metodológica. O método impede que o sujeito cognoscente desconstrua suas concepções e com isso adquira uma nova e singular perspectiva sobre a coisa interpretada. O “se condicional” (v.g.: “se tu fosse um bandido”), sempre presente no pensamento infantil, indica a importância do desaprender para que se enxergue a realidade (coisa mesma) com outras perspectivas.

³⁷⁶ STEIN, 2004, p. 20. No mesmo sentido: REALE, 1999, p. 91.

³⁷⁷ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 112.

Contudo, deve ser ressaltado que o reconhecimento de que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade nas ciências do espírito em nada diminui a sua cientificidade, significando apenas a reivindicação da legitimação de uma abordagem diferenciada, que deriva do reconhecimento das peculiaridades próprias dos seus objetivos do conhecimento.³⁷⁸

Tendo-se abandonado a apreensão metodológica da atividade hermenêutica, deve-se referir, inicialmente, que, excetuando a necessidade de fixação inicial das circunstâncias do caso – as quais passarão a fazer parte, até mesmo, da pré-compreensão do sujeito cognoscente –, não existe um procedimento fixo, no sentido de que a inserção da declaração negocial em determinadas categorias jurídicas precederia a avaliação do caso e de suas circunstâncias, ou vice-versa. Embora seja imprescindível a quantificação de elementos fáticos e normativos na hermenêutica que se volta à concreção da relação contratual, desimporta o momento de sua relevância consciente no *iter* exegético.

Ademais, a atividade exegética não se realiza de forma linear – pois a avaliação dos critérios relevantes à interpretação não se dá com a esgotabilidade de etapas precedentes –, mas circular, com constantes idas e vindas do projeto prévio de compreensão à coisa mesma, quando se dá a incorporação de novos dados ao objeto (aquilo que já foi avaliado não se exaure, passando a ser constantemente reavaliado no caminhar ontológico à coisa mesma). Em termos procedimentais, a teoria gadameriana adota a noção de circularidade hermenêutica, a qual merece ser devidamente delineada.

Primeiramente, cabe referir que não existe interpretação livre de preconceitos,³⁷⁹ pois o intérprete nunca se debruça sobre o objeto com a mente como uma tábula rasa, mas com um conjunto de expectativas e preconceitos fundamentais e

³⁷⁸ GADAMER, 2005, p. 14-15, 29-31 e 631.

³⁷⁹ GADAMER, 2005, p. 367-368 e 631.

sustentadores que constituem sua pré-compreensão, valendo-se de determinados conteúdos e diretrizes subjetivas e abstratas (que se alteram com o transcurso do tempo)³⁸⁰ para desenvolver novas proposições.³⁸¹ O sujeito cognoscente interpreta sobre a base de expectativas de sentido que extrai de sua própria relação precedente com o assunto,³⁸² razão pela qual pode-se afirmar que compreender significa ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar o significado da alteridade da coisa como tal.³⁸³ Interpretação que não contém pré-compreensão é mera adaptação, sendo esta instância um dos elementos produtivos da compreensão,³⁸⁴ surgindo apenas a questão fundamental da separação dos preconceitos legítimos dos ilegítimos.³⁸⁵

³⁸⁰ REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 249 e 251-253.

³⁸¹ VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 107-108, 187-188 e 232. Mesmo no campo da metodologia não há formação de juízos lógicos sem pré-juízos (ENGISCH, 1968, p. 66). Assim, se é verdade que o sentido literal possível traça os limites da atividade interpretativa, deve-se reconhecer que “o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial” (GRAU, 2003, p. 37). No mesmo sentido a lição de Karl Larenz: “No início do processo de compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma ‘pré-compreensão’, com que penetra no texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma “conjectura de sentido”. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser retificada por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender” (LARENZ, 1989, p. 244).

³⁸² São os preconceitos que formam a situação hermenêutica a partir da qual o intérprete, dentre as várias possibilidades de conhecimento presentes em sua visão de mundo (horizonte), formula a compreensão (GADAMER, 2004, p. 261; STEIN, 2004, p. 106).

³⁸³ GADAMER, 2005, p. 389-390. O tema demonstra a determinação de Gadamer em reconhecer as insuperáveis barreiras da finitude e da historicidade na compreensão (LINGE, David. E. Introduction to Gadamer’s Philosophical Hermeneutics. In: GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical Hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 1977, p. XV).

³⁸⁴ Embora os preconceitos estejam vinculados às ideias de autoridade e tradição, não devem ser vistos de forma negativa, pois são eles que possibilitam a compreensão, havendo apenas a necessidade do sujeito separar os preconceitos legítimos dos ilegítimos (SILVA, 2000, p. 343). Salienta Karl Larenz que “o pré-juízo, neste sentido negativo, como uma barreira ao conhecimento que se transpõe com a precaução pela questão, não deve, todavia, ser confundido com a ‘pré-compreensão’ no sentido da hermenêutica, como uma condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata” (LARENZ, 1989, p. 249). O preconceito dos preconceitos é o ideal cartesiano-cientificista, o qual apregoa uma forma de raciocínio lógico-semântico que ignora todos os pressupostos condicionantes da compreensão (GADAMER, 2004, p. 215; SILVA, 2000, p. 525-526; REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 356-357). Ademais, a determinação de sentido mediada pelos preconceitos não depende da vontade humana consciente e não abala sua pretensão de correição (pois o produto da compreensão deve se lastrear em preconceitos legítimos), assim como a aceitação da sua produtividade na atividade hermenêutica não

A hermenêutica contratual é uma tarefa que requer que o sujeito cognoscente detenha diversas competências em seu horizonte,³⁸⁶ dentre os quais se destacam as aptidões de ordem técnica (v.g.: conhecimento sobre o sistema jurídico, a dogmática e a jurisprudência), filológica (ex.: domínio da língua estrangeira em contratos bilíngues) e fática-material (v.g.: domínio das condições mercantis do negócio jurídico, bem como dos usos e costumes que envolvem a contratação), abrangendo preconceitos trazidos pela doutrina³⁸⁷ e, especialmente, pela lei estatal (ex.: interpretação favorável ao

transforma a interpretação em um fenômeno subjetivo, uma vez que os valores ínsitos na pré-compreensão do sujeito cognoscente, sendo balizados pela tradição, não são experienciados com exclusividade pelo mesmo (GADAMER, 2005, p. 358 e 385; BITTAR, Eduardo C. B. Hans Georg-Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 184-185; SILVA, 2005, p. 286).

³⁸⁵ Os preconceitos que induzem ao erro derivam da estima ou autoridade pelos outros (impedindo o uso da razão) ou da precipitação do sujeito (impedindo o sujeito de ingressar no círculo hermenêutico e ocasionando erros no uso da razão) (GADAMER, 2005, p. 361-362 e 368). A separação dos preconceitos legítimos dos ilegítimos se dá por meio da tradição, da estrutura dialógica da pergunta orientada (usa-se tal adjetivação porque a pergunta é construída pelo intérprete com base na sua pré-compreensão em conjunto com o horizonte do objeto interpretado) e da quantificação da coisa mesma (legítimos são os preconceitos que estão de acordo com o objeto interpretado, auxiliando na sua compreensão), o que desvela uma estrutura dialógica da compreensão (GADAMER, 2004, p. 68 e 247; GADAMER, 2005, p. 396 e 474-476; GADAMER, 2007b, p. 39). Destacar um preconceito implica suspender a sua validade, o que se realiza fundamentalmente por meio da estrutura da já mencionada pergunta orientada, pois no horizonte gadameriano tudo o que é compreendido é compreendido como uma resposta a uma pergunta, e o sujeito só compreende quando compreende a pergunta para o qual o objeto é resposta (compreender a coisa significa compreendê-la como resposta a uma pergunta) (GADAMER, 2005, p. 482, 487-489, 492-493, 507 e 510). Por fim, cabe destacar que mesmo os preconceitos ilegítimos (ex.: derivado de uma autoridade autoritária) podem se mostrar verdadeiros no curso da atividade hermenêutica, pois não há uma relação direta entre ilegitimidade e incorreção.

³⁸⁶ GADAMER, 2004, p. 358-359. É somente com a posse de um horizonte e pré-compreensão legítimos que o intérprete está habilitado a falar de determinado tema de forma objetiva, com propriedade e rigor científicos (HECK, 2007a).

³⁸⁷ O problema da pré-compreensão assume grande importância na atividade prática do jurista, especialmente no sistema de *civil law*, que é tributário de um campo dogmático de conhecimento. Devido aos estreitos limites do presente estudo, não se irá analisar diretamente a influência da doutrina na criação, interpretação e aplicação do Direito. Porém, deve-se mencionar a autoridade decisiva desta fonte no plano hermenêutico, não apenas pelo fato da mesma estruturar e conformar o Direito, mas porque faz parte integrante da pré-compreensão de qualquer operador jurídico que pratique a sua atividade com a mínima seriedade. Sustenta Maria Cláudia Cachapuz que “*inexiste separação estanque entre dogmática e interpretação, não apenas pelo fato de os enunciados dogmáticos tornarem-se relevantes para a interpretação jurídica, como pela ideia de o enunciado dogmático existir em função de uma interpretação, determinando esta e sendo por ela também determinado. (...) A relação entre dogmática e interpretação, por consequência, não deve ser vista como simples complementariedade entre dois mundos. Evidência, antes, o esforço conjunto do intérprete e da própria linguagem para permitir que se chegue e uma solução adequada a cada novo caso concreto, ao mesmo tempo em que se mantenha aberta a estrutura da norma às experiências futuras*” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 180 e 182). Em Gadamer há uma relação essencial entre hermenêutica e dogmática (jurídica), embora aquela ocupe papel dominante, por não ser

aderente, prevista no art. 423, do CC/02).³⁸⁸ Se o intérprete não vê claramente o sentido da situação objetiva complexa porque lhe são estranhas as relações da vida de que se trata, deve se informar com os conhecedores destas relações (v.g.: peritos e técnicos) para alcançar os conhecimentos objetivos necessários.³⁸⁹

O já mencionado *horizonte* é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de uma determinada situação hermenêutica,³⁹⁰ sendo composto, essencialmente, pela profundidade da pré-compreensão histórica, cultural e

sustentável a ideia de uma dogmática totalizante e compreendida fora do ato de interpretação, não havendo falar, portanto, em uma doutrina perfeita a ser aplicada por meio de simples ato de subsunção (GADAMER, 2005, p. 433; MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Hans-George Gadamer e o Pensamento de São Tomás de Aquino. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 7, 1999, p. 153). Já Hesse, visando a doutrina constitucional, sustenta que a compreensão depende da pré-compreensão do intérprete “*que, por sua vez, carece da fundamentação teórico-constitucional. A Teoria da Constituição converte-se, com isso, em condição tanto da compreensão da norma como do problema*” (HESSE, 1998, p. 63). Sobre o tema em exame, a pergunta que se impõe é a seguinte: qual o papel e o poder da doutrina hoje? A importância da pesquisa científica na práxis forense é decisiva, principalmente em face da pretensão de resguardar a intersubjetividade da atividade hermenêutica. A questão é proposta não de maneira emulativa, pois existe uma forte corrente pregando o poder de uma autoridade arbitrária, que vem de encontro à pretensão de conceder segurança jurídica à aplicação do Direito. Exemplo emblemático desta situação se encontra na fala do Ministro Humberto Gomes de Barros no voto do AgRg nos Embargos de Divergência em RESP 319.997-SC, do qual foi relator para o acórdão: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.*”

³⁸⁸ Os métodos e cânones de interpretação estão situados na pré-compreensão e na autoridade da tradição (jurisprudência), auxiliando no controle do subjetivismo (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 136). Embora não se constituam em condição necessária ao compreender, as regras legais e doutrinárias sobre interpretação contratual agem como pautas de padronização que visam controlar ou guiar a pré-compreensão do intérprete, contribuindo na tarefa de separar os preconceitos legítimos dos ilegítimos.

³⁸⁹ DANZ, 1955, p. 100. O encontro do intérprete com o objeto não se dá em um contexto exterior ao tempo e ao espaço que constituem seu horizonte, mas, sim, em um tempo e lugar determinados (PALMER, 1997, p. 140). No campo da interpretação dos contratos, o intérprete, de uma forma ou de outra, sempre possuirá um certo horizonte, porém o que a atividade hermenêutica exige é a existência de um horizonte legítimo, que abarque as competências técnicas e a realidade socioeconômica em que imersa a relação contratual.

³⁹⁰ GADAMER, 2005, p. 399. O horizonte jamais se apresenta verdadeiramente fechado, não detendo limites rígidos, pois ele é “*algo no qual trilhamos o nosso caminho e que conosco faz o caminho*”, se deslocando ao passo de quem se move, mesmo no que tange ao aspecto histórico, que também forma e conforma o horizonte do sujeito cognoscente (GADAMER, 2005, p. 400).

linguística³⁹¹ do sujeito cognoscente. Também por este prisma se percebe que a operação hermenêutica não realiza o conhecimento exaustivo do objeto, mas promove uma fusão de horizontes significativa de uma sintonia linguística entre o sujeito e objeto, na qual se realiza a composição da compreensão, da interpretação e da aplicação.³⁹²

A interpretação se dá como um processo de fusão de horizontes, pois compreender significa descolar e deslocar o horizonte de compreensão ao outro sem suprimir o próprio, sendo a fusão representativa da interação daquilo que se conhece com o que se propõe a conhecer, alcançando a universalidade da compreensão.³⁹³

Cabe ressaltar que, no âmbito da *situação objetiva complexa*, a declaração negocial encerra uma verdadeira fusão dos horizontes dos contratantes acerca do negócio jurídico regulado pelo instrumento.³⁹⁴ Este, sendo o produto final do acordo de vontades, não encampa nenhuma vontade singularizada, mas, sim, *a vontade unificada dos contratantes* que, sendo algo bastante diverso da mera soma das vontades, não pode ser desmembrada, especialmente tendo como parâmetro a vontade particular de qualquer das partes. O contrato implica a participação em um significado comum no

³⁹¹ Gadamer adverte que “o pensamento central das discussões que se seguem [em *Verdade e Método*] é o de que a fusão de horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho e produção da linguagem” (GADAMER, 2005, p. 492). Assim, o intérprete e a linguagem (que estrutura sua compreensão) se movem em um único horizonte, que é onde o intérprete trilha seu caminho e com ele constitui e estrutura tal caminho (GADAMER, 2005, p. 402; GADAMER, 1998a, p. 120; STEIN, 2004, p. 23).

³⁹² ROCHA, 2000, p. 325.

³⁹³ ALMEIDA; FLICHINGER; RHODEN, 2000, p. 176. O deslocamento à alteridade do objeto permite que o sujeito cognoscente tome consciência da individualidade irreduzível do outro, ascendendo sua compreensão a uma universalidade mais elevada, superadora da particularidade do intérprete e do objeto, fazendo surgir algo que antes não havia (GACKI, 2006, p. 20).

³⁹⁴ Refere Gadamer que “o intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio ‘horizonte’ e todo compreender representa uma fusão desses horizontes” que, mesmo separados como pontos de vista diferentes, fundem-se em um único (GADAMER, 2004, p. 132 e 405). Guardadas as devidas particularidades teóricas, Betti não apenas aceita a existência de um horizonte hermenêutico e histórico (embora utilize a expressão *horizonte espiritual do sujeito pensante*) (MEGALE, 2005, p. 147), como alcança a ideia do caráter dialógico da compreensão e da fusão de horizontes quando afirma que “só pelo trâmite de formas representativas (...) os homens podem chegar a entender-se entre eles e constituir, nas relações recíprocas, comunhões de espiritualidade” (BETTI, 2007, p. XXXIV; BETTI, 2003a, p. 79).

acontecer da comunhão de autonomias, sendo exatamente sobre essa vontade unificada que o intérprete se debruça em sua tentativa hermenêutica, e é sobre este horizonte que procura fundir o seu.

No processo de compreensão, a unidade de sentido a ser alcançada na atividade hermenêutica se amplia em círculos concêntricos,³⁹⁵ pois o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta de volta ao todo, que deve ser compreendido a partir do individual e o individual a partir do todo, de tal sorte que a concordância de cada particularidade com o todo é o correspondente critério para a justeza da compreensão (movimento parte-todo-parto),³⁹⁶ gerando uma *concepção prévia de perfeição* (antecipação da coerência perfeita), que se constitui em uma pressuposição que guia o compreender, indicando que só é compreensível aquilo que realmente apresenta uma unidade de sentido completa.³⁹⁷

Merece destaque a lição de Judith Martins-Costa, que aponta a circularidade hermenêutica entre texto, fatos e valores atribuídos pela ordem jurídica em conexão com a necessidade de um raciocinar concretamente por meio de critérios de ponderação

³⁹⁵ Gadamer entende que o círculo hermenêutico não detém natureza formal, não sendo metodológico, objetivo ou subjetivo, pois descreve um momento estrutural ontológico da compreensão (GADAMER, 2005, p. 388-389), servindo para mediar a interação ontológico-dialética entre a consciência histórica do intérprete e a abertura interpretativa permitida pelo objeto. Contudo, embora o ideal mediado pela noção do círculo hermenêutico se afaste da metodologia científica, não se pode negar que as consequências pragmáticas do conceito são qualificadoras de um determinado método de abordagem do objeto interpretado. Nesse sentido a observação de Ernildo Stein, para quem “*no método hermenêutico a relação entre sujeito e objeto se dá numa relação de circularidade*” (STEIN, 2004, p. 26).

³⁹⁶ GADAMER, 2005, p. 261 e 385-386; HESSE, 1998, p. 62. Não é possível ao intérprete se desvencilhar da circularidade da compreensão, razão pela qual a questão não é como sair ou evitar o círculo, mas, sim, como estar nele de um modo adequado, adquirindo consciência dos prejuízos ilegítimos desconhecidos (LAMEGO, 1990, p. 135; RAMOS, Ana López. H. G. Gadamer. In: *Revista Eletrônica A Parte Rei*. n. 22. Disponível em: <<http://www.aparterei.com>> Acesso em: 25.09.2007). Enfocando o plano da constituição do ser humano, corrobora com o movimento da compreensão parte-todo-parto a observação do Ministro Carlos Britto, em voto proferido no processo de extradição n. 986: “*todo indivíduo é um microcosmo: se faz parte de um todo social, é também um todo à parte; se faz parte de algo, é também algo à parte*” (Ext 986/Bolívia, Relator Ministro Eros Roberto Grau, Tribunal Pleno STF, j. 15.08.2007).

³⁹⁷ GADAMER, 2004, p. 72, 74 e 77. GADAMER, 2003, p. 99-100 e 107-108. Essa pressuposição diz com a coerência da interpretação em seu sentido formal (expressão adequada de pensamento) e material (verdade).

capazes de conjugar a realidade do negócio com as escalas normativas dadas pelo sistema jurídico:

Vista ao modo processual, a atividade hermenêutica inicia com a qualificação dos fatos (em si mesma 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. (...)

A interpretação não é “o ato”, mas “a atividade” ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa, bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados. Como atividade que é supõe, portanto, um ‘ir e vir’ entre o texto, os fatos e o valor que a ordem jurídica atribui, normativamente, aos fatos regulados por textos.³⁹⁸

A antecipação de sentido acerca de determinada disposição contratual³⁹⁹ deve ser confirmada na situação objetiva complexa e esta na redação do instrumento representativo da autonomia das partes. Havendo um choque entre a antecipação de sentido e o texto e/ou contexto contratual, o intérprete deve propor um esboço posterior de sentido, uma outra interpretação a ser também submetida ao texto e/ou contexto contratual. Se esta se mostrar novamente inadequada, cabe ao intérprete a formulação de quantas forem necessárias até alcançar a compreensão a partir da coisa mesma, pois a

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 130.

³⁹⁹ A antecipação de sentido que guia a interpretação não ocorre como um ato de subjetividade, pois se trata de um acontecer que se dá a partir de uma comunhão com a tradição (MÖLLER, 2006, p. 87). Contudo, não se pode olvidar que a mesma se trata de um golpe de audácia do sujeito que espera ser confirmado no objeto (GADAMER, 2003, p. 101). O conhecimento circular é diferente do linear pregado por concepções positivistas, pois depende de constantes idas e vindas e de atos de desprendimento por parte do intérprete (HECK, 2007a).

circularidade hermenêutica⁴⁰⁰ consiste no retorno reflexivo e contínuo do projeto prévio à coisa interpretada.

No campo da interpretação dos contratos, o movimento da compreensão parte-todo-parte alcança a verificação da sistematicidade interna e externa da situação objetiva complexa,⁴⁰¹ o que remete às diretrizes do pensamento sistemático, especialmente no que respeita à *inseparabilidade da normatividade das disposições jurídicas contratuais*. No processo exegético, o intérprete parte da ideia do todo contido na *situação objetiva complexa* para chegar ao fragmento que são as cláusulas contidas no instrumento, de onde deve partir, novamente, em direção a uma compreensão mais clara e completa do todo original, alcançando a objetividade do conhecimento mediante avanços e recuos no caminho da compreensão. O significado dos termos da declaração negocial só pode ser compreendido na conexão de sentido com a totalidade da situação objetiva complexa, sendo que a significância desta também está condicionada pelos termos utilizados na redação do instrumento.

Em se tratando da discussão acerca do procedimento interpretativo, mister se faz enfrentar algumas questões atinentes às regras estatais que influenciam a atividade

⁴⁰⁰ Talvez o mais correto fosse dizer que para Gadamer a compreensão não apresenta uma estrutura tipicamente circular (o que indicaria um movimento contínuo de retorno ao ponto de partida), mas espiral (LARENZ, 1989, p. 243; ROCHA, 2000, p. 324). Ínsito a esta noção está a ideia de que o processo de desenvolvimento hermenêutico, sendo essencialmente dialético, nunca retroage ao início, uma vez que cada exegese conduz a um novo patamar, mais alto e abrangente. Esse fenômeno é bem representado pictoricamente pela metáfora geométrica do círculo espiraliforme, referido por Alexandre Pasqualini, o qual possui círculos que jamais se fecham, sendo uma espécie de “*redemoinho que está eternamente subindo e alargando a harmônica ‘triformidade’ (...) entre o sistema, a comunidade dos juristas e o horizonte da tradição*” (PASQUALINI, Alexandre Correa da Câmara. *O Papel Sistemático Transformador da Hermenêutica Jurídica Especialmente no Direito Público*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999, p. 68).

⁴⁰¹ O círculo hermenêutico abarca questões internas do fenômeno interpretativo, dizendo com aspectos intrínsecos do objeto (parte-todo-parte), mas também externas, da relação sujeito-objeto, mediando essa relação (projeto prévio a ser confirmado na coisa) (ESSER, 1983, p. 131-133). Nesses termos, interpretar é uma tarefa onde se constroem sujeito e objeto, sendo a verdade revelada na integração desses dois mundos, que se movem no nexos entre realidade e integração, pois o intérprete modifica a coisa e esta modifica o sujeito, que a compreende e a experimenta como verdade.

interpretativa, as quais, embora não constituam o conteúdo do contrato, integram o conteúdo da interpretação do negócio jurídico.

O primeiro grande debate diz com a natureza dessas regras. Embora sejam normas de segundo grau (normas sobre normas)⁴⁰² e detenham um elevado grau de liberdade de apreciação,⁴⁰³ deve-se abandonar a concepção de que as regras de interpretação dos negócios jurídicos contidas na lei estatal tratam-se de meras diretrizes lógicas ou práticas que se encontram sujeitas ao arbítrio do intérprete, pois em verdade constituem-se de autênticas prescrições juridicamente vinculantes, com as quais o intérprete é obrigado a se conformar.⁴⁰⁴ Esta conclusão é alcançada, analisando-se tanto o prisma formal, do qual se infere que tais normas também são leis em sentido estrito (o fato de darem instruções ao intérprete para proceder de determinado modo não priva sua natureza de norma estatal), quanto o material, pois, em face do princípio democrático e da constituição do Estado de Direito brasileiro, seria um contrassenso supor que o legislador, no exercício do poder legislativo, estivesse a emitir meros conselhos quando da edição destas regras.⁴⁰⁵ Ao encontro destas considerações é o pensamento de Carlos Ferreira de Almeida:

⁴⁰² Emilio Betti menciona que não se pode confundir as normas sobre a interpretação com as normas interpretativas. Enquanto estas, na condição de normas que pretendem enunciar interpretações autênticas, tornam-se parte integrante da própria norma interpretada, as normas sobre a interpretação emanadas da lei estatal não se encontram no mesmo nível da norma interpretada, e somente o resultado da atividade disciplinada por ela “passa a fazer parte” da norma interpretada (BETTI, 2007, p. 178-179).

⁴⁰³ Sobre o espaço de conformação das normas sobre interpretação, adverte Erich Danz que o legislador não pode formular os princípios gerais das leis em suas normas com tamanha clareza que destas se possam derivar, mediante simples dedução, as consequências para todos os casos especiais que estão sob o império daqueles princípios. Tampouco é incumbência do legislador ditar uma norma concreta para cada relação especial da vida. Não há ordem jurídica capaz de colocar nas mãos do juiz tantas regras concretas como casos planta a prática jurídica. DANZ, 1955, p. 130-131.

⁴⁰⁴ Cesare Grasseti menciona a vinculatividade das regras interpretativas subsidiárias (GRASSETTI, 1983, p. 55-56).

⁴⁰⁵ ROPPO, 1988, p. 170; DANZ, 1955, p. 135-136; MIRANDA, 1989, p. 170-172; SANTA MARIA, 1966, p. 36-37 e 42; REALE, 1997b, p. 5; ZANCHIM, Kleber Luis; ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Interpretação Contratual: o problema do processo*. In: FERNANDES, Wanderley. *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176 e 185-186; MARINO, 2003, p. 71; IRTI, Natalino. *Principi e Problemi di Interpretazione contrattuale*. In:

Todas estas regras constantes de fontes formais de direito são verdadeiras normas jurídicas. Podem corresponder ou não a máximas de experiência, podem ter natureza injuntiva ou dispositiva, podem constituir uma rede mais ou menos apertada de cânones hermenêuticos, mas essa flexibilidade não lhes retira natureza jurídica, como não perdem natureza jurídica quaisquer normas que inspirem na prática social (...) ou que exijam na aplicação um elevado grau de liberdade de apreciação.⁴⁰⁶

As normas estatais sobre hermenêutica contratual são de fundamental importância não apenas na constituição do significado do objeto, mas na própria conformação deste. Exemplificativamente, refere Francisco Marino que o art. 112, do CC/02, ao prever que a declaração negocial não é aquilo que resulta do sentido literal da linguagem, mas o resultante da intenção consubstanciada na declaração, passa a integrar a própria definição de negócio jurídico.⁴⁰⁷

As questões tratadas nos parágrafos antecedentes detêm enorme relevância no plano processual⁴⁰⁸ e na própria conformação da atividade jurisdicional (embora a atividade hermenêutica não esteja limitada a/por estas dimensões). Não obstante a maioria das regras estatais não sejam normas imperativas (deixando de serem aplicadas em razão dos usos sociais ou de ato expresso da autonomia das partes sobre o sentido as palavras contratuais),⁴⁰⁹ sua incidência não depende do livre arbítrio do juiz/intérprete. Em se tratando de regras de Direito material determinativas dos efeitos jurídicos dos negócios interpretados, a negativa de vigência ou a má aplicação das regras estatais

IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2000, p. 610; BISINGHINI, Alessandra; D'ALESSANDRO, Luigi. *L'Interpretazione del Contratto nella Scuola Sistemática*. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2000, p. 59; D'ALESSANDRO, Carlo. *Violazione delle Norme di Interpretazione del Contratto e Ricorso per Cassazione*. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2000, p. 143-144 e 153.

⁴⁰⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 176.

⁴⁰⁷ MARINO, 2003, p. 72.

⁴⁰⁸ A questão tratada tem enorme relevância no campo processual porque importa na recepção (ou não) dos recursos pelos tribunais superiores quando questionada a ofensa a lei federal (ex.: não utilização ou afronta às regras dos arts. 112, 113 ou 423, do CC/02). Sobre o tema na doutrina italiana: D'ALESSANDRO, 2000, p. 156-159.

⁴⁰⁹ DANZ, 1955, p. 140 e 182.

sobre interpretação dos contratos implica a configuração de uma infração passível de ser corrigida pelos Tribunais superiores.⁴¹⁰

Enfrentada a questão da natureza, cabe discorrer sobre quem são os destinatários das regras de interpretação estatais. Mesmo havendo dissenso doutrinário, deve-se entender que as regras, em sendo leis de caráter geral, se dirigem a todos, tanto àqueles sujeitos que se encontram submetidos a ônus, como ocorre com os interessados (partes e terceiros) que necessitam perceber com exatidão a extensão dos vínculos assumidos, quanto àqueles submetidos a determinadas obrigações profissionais que envolvem diretamente a atividade hermenêutica, o que ocorre com advogados, pareceristas, juízes e mediadores chamados a fixar o significado e o alcance dos preceitos jurídicos contratuais a serem aplicados a determinada situação de fato.⁴¹¹

Outro aspecto que merece destaque é o de que as normas estatais sobre a interpretação dos contratos não estão todas situadas em um mesmo plano.⁴¹² Em uma primeira diferenciação, deve-se distinguir, nos códigos, dois grandes grupos de preceitos. O primeiro, com precedência lógica, diz com as regras sobre a interpretação direta da comum intenção das partes, as quais prescindem, para sua aplicação, da existência de lacunas, obscuridades ou ambiguidades na declaração. Já o segundo grupo

⁴¹⁰ DANZ, 1955, p. 1 e 135-136. Nestas passagens o autor afirma que as regras interpretativas dos negócios jurídicos contidas nas leis do Estado não são apenas autênticas regras jurídicas, mas as normas mais importantes para a atividade jurisdicional.

⁴¹¹ BETTI, 2007, p. 176-177; AMARAL, 2006, p. 63 e 90; SANTA MARIA, 1966, p. 44. No que tange aos sujeitos submetidos a obrigações concernentes à atividade interpretativa, que são aqueles chamados a fixar o significado e o alcance dos preceitos jurídicos a serem aplicados, Betti e a doutrina majoritária mencionam apenas os juízes. Porém, não há razão para que deixem de ser elencados nesta mesma categoria os mediadores (cuja atividade vêm ganhando enorme importância nos últimos tempos) e os advogados públicos e privados, tanto quando assumem o caso para o ingresso de uma demanda judicial, como quando emitem um parecer sobre determinado negócio jurídico ou relação comercial. Não é o grau de vinculabilidade das considerações de cada um dos profissionais o critério decisivo para qualquer diferenciação.

⁴¹² A doutrina suscita que o sistema brasileiro, a exemplo do alemão e diferentemente de outros ordenamentos, como o francês e o italiano, traz poucas normas legislativas gerais sobre a interpretação do negócio jurídico, contando diretamente apenas com as normas contidas no arts. 112-113, do CC/02 (MARINO, 2003, p. 6 e 207). Cesare Grasseti aponta a existência de um princípio de hierarquia nas normas interpretativas estatais no sistema italiano (GRASSETTI, 1983, p. 225-235).

pressupõe um contrato que não seja absolutamente unívoco em termos de regulação da situação fática,⁴¹³ remetendo a outros critérios (fontes de regulação diversa da livre e voluntária determinação dos interesses privados).⁴¹⁴

Contudo, como critério de classificação pode-se acolher as funções desempenhadas pelas normas estatais no âmbito da interpretação do contrato, o que assenta os elementos normativos nos seguintes grupos:⁴¹⁵

(1) *regras próprias sobre a interpretação dos contratos* (ex.: arts. 112, 113, 114, 423, 424, 819 e 2.035, parágrafo único, do CC/02;⁴¹⁶ art. 47, do CDC;⁴¹⁷ e arts. 130 e 131, do revogado Código Comercial⁴¹⁸);⁴¹⁹

⁴¹³ Esta circunstância nada tem a ver com a clareza da declaração negocial, pois, como visto anteriormente – no tópico “O objeto e os limites da atividade hermenêutica” –, a qualificação de *clara* concedida à determinada diretriz normativa somente pode ser um resultado do processo interpretativo, e nunca um dado preexistente e pressuposto, o que ignoraria o caráter construtivo da exegese.

⁴¹⁴ BETTI, 2007, p. 366-367 e 386-387.

⁴¹⁵ Neste momento, onde mencionadas as normas estatais que se encontram dispostas, principalmente, no âmbito do Código Civil de 2002, cabe tecer uma breve consideração. Ainda que se possa sustentar que o novo diploma legal se mantém arraigado a uma matriz de ordem positivista (FORGIONI, Paula. *Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley. *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124), tendo regulado timidamente as normas próprias sobre a interpretação dos contratos – de forma geral (sem atentar para as especificidades de determinados ramos da ciência jurídica, como ocorre com o Direito Empresarial) (FORGIONI, 2007, p. 147) e em menor número, quando comparado com ordenamentos estrangeiros (v.g.: italiano e francês) –, deve-se considerar que a edição de novas disposições (ex.: arts. 113, 156, 157, 421, 422 e 423) e o novo pano de fundo axiológico da codificação (sistematicidade, operabilidade, socialidade, e eticidade) (REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 247) alteraram significativamente a sistemática e a aplicação das regras estatais sobre a hermenêutica contratual.

⁴¹⁶ Para facilitar a consulta do leitor, cabe transcrever as disposições legais mencionadas: “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”; “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”; “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”; “Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”; “Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁴¹⁷ “Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Embora não se restrinja ao aspecto contratual, cabe mencionar a regra hermenêutica presente no art. 4º, III, do diploma consumerista.

⁴¹⁸ “Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se

(2) *normas imperativas negativas ou proibitivas*: são as regras que vedam a previsão de determinadas disposições, limitando o espaço de autonomia das partes (ex.: arts. 286, 318, 426 e 289, do CC/02⁴²⁰);

(3) *normas imperativas positivas ou preceptivas*: são as regras estatais que incidem na relação contratual independentemente da vontade das partes (ex.: arts. 265, 313, 314, 317, 319, 413, 421, 422, 491, 572 e 597, do CC/02⁴²¹);

costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”; “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”. Cabe mencionar que, não obstante a revogação expressa do dispositivo, parte significativa da doutrina entende, com acerto, que a regra do mencionado art. 131 continua exercendo influência como pauta de interpretação das avenças empresariais. A perda de sua cogência não ilide a importância de seu trato no âmbito do Direito Empresarial. Nesse sentido: FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 524; FORGIONI, 2007, p. 118.

⁴¹⁹ Assim como no ordenamento italiano, o Direito brasileiro convive com a existência de cânones subjetivos (art. 112, do CC/02) e objetivos (art. 113, do CC/02), o que remete a mesma problemática apresentada no Código Civil Alemão (§§ 133 e 157). A doutrina majoritária entende não haver uma relação de contrariedade entre as disposições, mas sim de plena complementaridade.

⁴²⁰ “Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”; “Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”; “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”; “Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”.

⁴²¹ “Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”; “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”; “Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”; “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”; “Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada”; “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. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”; “Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”; “Art. 572. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que

(4) *normas permissivas*: regras que admitem a previsão de determinadas matérias pelas partes, mas que para sua real efetivação dependem da expressa manifestação de vontade dos contraentes (ex.: arts. 316, 329, 483 e 486, do CC/02⁴²²);

(5) *normas supletivas (default rules)*: regras que incidem na relação contratual em caso de omissão (intencional ou não) por parte dos contraentes⁴²³ (ex.: arts. 170, 233, 287, 325, 326, 327, 331, 393, 406, 484, 488, 490, 591, 596 e 610, §§ 1º e 2º, do CC/02⁴²⁴);

faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis”; “Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações”.

⁴²² “Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas”; “Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor”; “Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”; “Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar”.

⁴²³ Entende Cesare Grasseti que as normas supletivas de interpretação dizem com a determinação dos efeitos jurídicos (GRASSETTI, 1983, p. 59).

⁴²⁴ “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”; “Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”; “Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”; “Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida”; “Art. 326. Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução”; “Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”; “Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente”; “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”; “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”; “Art. 484. Se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a elas correspondem”; “Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”; “Art. 490. Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição”; “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”; “Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade” “Art. 610. (...) § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. § 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.”

(6) *normas conceituais ou qualificadoras*: regras que se limitam a nominar determinadas particularidades e definir a apreciação de determinadas condutas e previsões contratuais (ex.: arts. 111, 121, 264, 369, 392, 481, 565 e 579, do CC/02⁴²⁵).

Visto a conformação das regras estatais no sistema jurídico nacional, cabe abordar os métodos de interpretação trazidos pela doutrina, embora este estudo não esteja voltado ao exame e construção de uma vertente metodológica da atividade hermenêutica.

Sobre o tema, cabe delinear inicialmente que os meios, métodos e cânones de interpretação não possuem uma subordinação ou hierarquia rígidas, pois seus elementos constitutivos se combinam reciprocamente no *iter* exegético que opta por utilizá-los de forma consciente.⁴²⁶ A conexão é tão profunda que Emilio Betti chega a questionar a existência de uma diferenciação ontológica entre os distintos meios interpretativos:

Infelizmente, ainda é amplamente difundido entre os juristas um modo de ver mecânico e atomista, que desintegra as sucessivas fases do processo interpretativo e as trata igualmente como “meios” a serem empregados indiferentemente ou segundo a oportunidade contingente. Dessa maneira, ainda se costuma distinguir uma interpretação literal ou gramatical de uma interpretação lógica e,

⁴²⁵ “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”; “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”; “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”; “Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis”; “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”; “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”; “Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”; “Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”.

⁴²⁶ FERRARA, 1987, p. 138; ANDRADE, 1987, p. 30-31; GADAMER, 2004, p. 24. Embora não haja uma hierarquia fixa, a doutrina indica que a interpretação literal deve iniciar e conformar, de certa maneira, a atividade hermenêutica, o que importa decisivamente à exegese contratual, onde ganha importância a declaração firmada pelas partes. Além de destacar essa complementação e restrição recíprocas entre os métodos de interpretação, Karl Larenz indica sua utilização no contexto de um processo de concretização (LARENZ, 1989, p. 395 e 417). Cabe destacar, ainda, que o uso consciente dos cânones e métodos de interpretação pode se realizar no âmbito da circularidade hermenêutica gadameriana que, embora critique a visão monopolista da metodologia, não a rechaça por completo.

depois, uma interpretação histórica, sistemática, etc., como se nada tivessem em comum uma com a outra; (...) Em particular, é um absurdo estabelecer ou supor uma espécie de concorrência e de “desacordo” entre os vários critérios interpretativos, como se estes devessem ser igualmente representados como pretendentes em luta entre si, aspirando a uma aplicação exclusiva. (...) Na verdade, não são tendências distintas e divergentes que se encontram em desacordo entre si, mas sim sucessivos momentos que conspiram para um único fim e são chamados a cooperar para chegar a um resultado comum.⁴²⁷

No contexto da celeuma doutrinária, o que parece claro, não apenas para a hermenêutica filosófica, é a insuficiência dos ditos métodos interpretativos. Como salienta Konrad Hesse, “os métodos de interpretação individuais, considerados em si, não são diretrizes suficientes. (...) Pouco claro é (...) a relação dos métodos individuais um para o outro. É uma questão aberta qual deles, cada vez, deve ser seguido ou dada a preferência, de todo, quando eles conduzem a resultados diferentes.”⁴²⁸ Como refere Karl Larenz, a defesa pelo uso de determinados métodos na atividade cognitiva deve-se à tentativa de controlar essa mesma atividade, com a pretensão de que a mesma ocorra “de modo seguro e comprovável”,⁴²⁹ o que posiciona a questão no campo da argumentação, e não propriamente da atividade hermenêutica, onde as condicionantes já visitadas impedem por completo a concretização dos ideais de certeza das ciências naturais.

Mesmo em se entendendo que os métodos de interpretação se tratam de meros “pontos de vista metódicos que devem ser (...) tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção”,⁴³⁰ deve-se admitir que, diferente do que indicam seus objetivos – conceder segurança e previsibilidade à atividade interpretativa –, o uso dos métodos conduz à

⁴²⁷ BETTI, 2007, p. 219-220.

⁴²⁸ HESSE, 1998, p. 58.

⁴²⁹ LARENZ, 1989, p. 384.

⁴³⁰ LARENZ, 1989, p. 384.

arbitrariedade,⁴³¹ em razão da inexistência de uma metanorma que indique a prevalência de qualquer deles perante o caso concreto. As regras metodológicas de interpretação somente teriam real significação se definissem em que situações o intérprete deve utilizar os determinados cânones, ou seja, porque em um dado contexto um determinado método deve ser o escolhido.⁴³² Nesse contexto, os métodos e cânones dão apenas uma explicação limitada de como o sujeito compreende, ou melhor, de como este fundamenta a sua compreensão.⁴³³

Feitas estas importantes ressalvas, cabe mencionar que, no uso dos cânones hermenêuticos doutrinários, o intérprete possui um maior espectro de liberdade para trabalhar com as máximas comuns da experiência ou da hermenêutica, pois não se encontra vinculado por uma regra legal.⁴³⁴ Os cânones interpretativos não assumem a condição de normas jurídicas, embora comunguem com estas na pretensão de auxiliar o desenvolvimento da atividade hermenêutica.⁴³⁵

Sendo imperiosa a realização de uma escolha dentre as inúmeras opções encontradas na doutrina, aqui serão apresentados os cânones de Emilio Betti⁴³⁶ e as

⁴³¹ Mesmo se do ponto de vista teórico se entendesse que os cânones e métodos de interpretação sejam formulados com todo rigor e plenitude, eles nunca poderiam atuar mecanicamente, já que em sua aplicação sempre subsiste um coeficiente imponderável e inapreensível de intuição e destreza pessoal (ANDRADE, 1987, p. 10-11), o que se pode relacionar com a vinculabilidade da pré-compreensão e a ausência de separação entre sujeito-objeto presentes no paradigma gadameriano. Como a interpretação se dá no horizonte do intérprete, não se pode conceber que esta corresponda à aplicação de um método exterior ao mesmo, embora se possa entender que os cânones interpretativos compõem o horizonte do sujeito cognoscente (SILVA, 2005, p. 278-279).

⁴³² GRAU, 2003, p. 39 e 104-105. Este problema é reconhecido até mesmo por autores de matriz positivista, como se infere da obra de Hans Kelsen (KELSEN, 1998, p. 391-392).

⁴³³ O caráter de arbitrariedade deste proceder metódico somente não é mais combatido na prática jurídica porque, além de aceitar uma margem de livre apreciação do intérprete, é imposto ao sujeito cognoscente o ônus de levar em conta os diferentes critérios de interpretação e fundamentar as razões porque, em um caso específico, considera algum como determinante, o que passa a ser um problema atinente à argumentação (LARENZ, 1989, p. 418).

⁴³⁴ BETTI, 2007, p. 172.

⁴³⁵ LARENZ, 1989, p. 295.

⁴³⁶ A atualidade do pensamento bettiano e sua importância para a interpretação contractual é de todo evidente, como destacam Francesco Gambino (GAMBINO, Francesco. *L'Interpretazione del Contratto* in Emilio Betti. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova:

clássicas regras de interpretação de Pothier, não apenas pela importância dos autores e, conseqüentemente, de suas considerações, mas também porque estas teorias são paradigmáticas e bastante representativas do pensamento doutrinário em geral, tendo influenciado decisivamente as obras que lhes sucederam. Enquanto os cânones de Emilio Betti se aproximam de normas principiológicas acerca da atividade hermenêutica, as regras de interpretação de Pothier são verdadeiras instruções práticas para a consecução da tarefa exegética.

Como já foram apresentadas algumas das principais premissas da teoria de Emilio Betti,⁴³⁷ cabe iniciar esta exposição dos tipos de metodologias delineando os cânones hermenêuticos propostos pelo jusfilósofo italiano,⁴³⁸ os quais servem de contraponto para a crítica do método formulada por Gadamer.⁴³⁹

Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2000, p. 232) e Giuseppe Zaccaria (ZACCARIA, 1996, p. 162).

⁴³⁷ As principais questões dizem com seu conceito das *formas representativas* (que se constituem no seu objeto da interpretação), visto no tópico “O objeto e os limites da atividade hermenêutica”; sua visão fragmentária (não-unitária) do fenômeno hermenêutico embasada em critérios de funcionalidade, visto no tópico “A delimitação do horizonte hermenêutico”; e sua noção de que a interpretação se constitui em um processo essencialmente reprodutivo, visto no tópico “O caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica”.

⁴³⁸ O reducionismo da hermenêutica ao método, promovido por Emilio Betti, é expressamente criticado por Gadamer, embora este tenha reconhecido a importância da teoria do jusfilósofo italiano no desenvolvimento de um sistema de regras que descrevessem o procedimento metodológico em uma teoria geral da interpretação (GADAMER, 2005, p. 18; GADAMER, 2004, p. 369). As observações do filósofo alemão acerca da teoria bettiana derivam das já mencionadas diferenças dos pontos de partida e chegada de cada um dos pensamentos. Enquanto Gadamer busca o caráter ontológico da compreensão e o encontro com o *ser* no processo hermenêutico, Betti procura o que é prático e útil ao intérprete, visando delinear normas que estabeleçam a diferença entre uma interpretação certa e errada (ALVARENGA, 1998, p. 80).

⁴³⁹ Cabe salientar que existem inúmeros pontos de contato entre as correntes de pensamento. Os cânones hermenêuticos, mesmo com as especificidades próprias de estarem inseridos em um pensamento fechado como o de Emilio Betti, realçam e resguardam importantes aspectos defendidos pela hermenêutica filosófica, embora por caminhos diversos. A possibilidade de aproximação das teorias por meio dos cânones hermenêuticos foi ressaltada por Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional “Versus” a Única Resposta Correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 320).

Visando uma solução que leve em consideração os ideais de segurança jurídica e correção, sem recair nos equívocos de pensamentos extremados,⁴⁴⁰ Emilio Betti entende garantir o êxito epistemológico da interpretação não apenas com a organização e sistematização da atividade hermenêutica nos vários campos do saber,⁴⁴¹ mas também com o condicionamento da interpretação mediante a utilização necessária de um ferramental de ordem metodológica,⁴⁴² composto por quatro cânones hermenêuticos. Como o jusfilósofo italiano trabalha com a existência de uma separação entre sujeito e objeto, os dois primeiros cânones (autonomia e totalidade-coerência) se referem a este pólo da relação hermenêutica (*formas representativas*), enquanto os outros dois (atualidade e adequação) dizem com o sujeito cognoscente.⁴⁴³ Embora a exposição contemple a apresentação individual de cada postulado, o que atende a critérios didáticos, deve-se precisar que há uma relação de complementação e restrição recíproca entre os cânones hermenêuticos, cuja utilização só pode se dar de forma conjunta.

O primeiro cânone hermenêutico proposto é o da *autonomia do objeto* ou da *imanência do critério hermenêutico*, sobre o qual refere Betti que “*em verdade, se as formas representativas, que constituem o objeto da interpretação, são essencialmente*

⁴⁴⁰ A correta apreensão da teoria metodológica de Emilio Betti passa, inicialmente, pela análise de seu principal objetivo dogmático, que era o de refutar as posições extremadas das teorias positivistas e da escola do direito livre. Para o doutrinador italiano o positivismo, ao privilegiar a segurança jurídica e a certeza do Direito, acabou adotando uma equivocada concepção estática e anti-histórica do ordenamento que colocou em risco o ideal de correção das decisões, enquanto a escola do direito livre, ao se afastar do aspecto negativo da influência da teoria positivista, acabou falhando no sentido oposto, deixando muita liberdade ao operador em sua tarefa de correção da lei, o que acabou por ignorar a necessária subordinação do intérprete à norma e, conseqüentemente, resultou no aniquilamento das garantias da segurança jurídica e da certeza do Direito (PESSOA, 2002, p. 18-19, 22-25, 36-37 e 99; PESSOA, 2001, p. 53, 56, 60-63 e 75).

⁴⁴¹ BETTI, 1990a, p. 59, 157 e 304.

⁴⁴² A teoria bettiana é ressaltada por Gadamer como sendo um “*importante trabalho*” e uma “*grande obra*” (GADAMER, 2004, p. 455 e 496), o que efetivamente demonstra o reconhecimento da importância das considerações de ordem procedimental aqui analisadas.

⁴⁴³ BETTI, 1990a, p. 304. Enquanto os dois primeiros cânones, ao se dirigirem ao objeto, preocupam-se com as garantias da segurança e da certeza do Direito, os dois últimos, ocupando-se do sujeito cognoscente, visam assegurar a correção da decisão hermenêutica, o que nos limites internos da teoria bettiana cumpre com seu desiderato de permitir o relacionamento dos fatos aos elementos normativos sem que qualquer dos ideais supramencionados seja comprometido (PESSOA, 2001, p. 75-76 e 112-113).

objetivações de uma espiritualidade que nelas está posta, é claro que devem ser entendidas segundo aquele espírito que nelas está objetivado.”⁴⁴⁴ O postulado induz a necessária subordinação do intérprete à coisa ao apontar que o sentido deve corresponder ao que se encontra no dado e dele se extrai, e não ao que para ele se transfere a partir de fora.⁴⁴⁵

Nesses termos, Emilio Betti defende a submissão do hermeneuta à coisa interpretada, no sentido de que “*a forma representativa deve ser entendida na sua autonomia, segundo a sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e sua racionalidade interiores*”, e não conforme um sentido extrínseco que ao intérprete pareça mais próximo ou adequado.⁴⁴⁶ Esta consideração reflete, ao seu modo, a formulação gadameriana da força vinculante do objeto interpretado, pois ambos os conceitos demandam uma abertura do intérprete projetada para o desconhecido e para à alteridade da coisa, o que implica que aquele deixe valer algo contra suas próprias convicções. O que realmente diferencia as concepções não é o teor do postulado, mas sua consequência dentro de cada vertente teórica. No paradigma bettiano a *autonomia do objeto* é radicalizada, pois a mesma é conduzida à noção de reconstrução e ao abandono do caráter criativo do procedimento hermenêutico, o que resta sintetizado por Betti com a menção ao brocardo *sensus non est inferendus, sed efferendus* (o sentido não deve ser imposto, mas extraído).

⁴⁴⁴ BETTI, 1990a, p. 305.

⁴⁴⁵ REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 265. Essa formulação atende ao conceito das *formas representativas*, uma vez que a abertura do sujeito à alteridade se dá perante a “*superioridade do pensamento imanente à declaração em relação ao documento abstratamente considerado*”, ou seja, a atividade interpretativa se debruça sobre o espírito que se manifesta ao sujeito cognoscente por meio da forma, e não com o conceito que possa ser atribuído à forma ao se fazer abstração da função representativa da qual é instrumento (BETTI, 2007, p. XLIII-XLIV).

⁴⁴⁶ BETTI, 2007, p. XLIV.

O segundo cânone, denominado de *totalidade e coerência da consideração hermenêutica*, parte “*da premissa de que o todo do discurso, como de toda manifestação do pensamento, é gerado por um único espírito e a um único espírito e sentido tende a retornar e limitar-se*” do que se extrai “*uma ilação fundada na correspondência entre iter genético e iter hermenêutico: o critério de extrair dos elementos singulares o sentido do todo e de entender o elemento singular em função do todo do qual é parte integrante.*”⁴⁴⁷ Este postulado identifica a correlação dinâmica de coerência (*concatenação produtiva em movimento*) que existente (e deve necessariamente existir) entre as partes constitutivas de toda manifestação de pensamento e a sua referência comum ao todo a que pertencem, o que indica o esclarecimento da significância hermenêutica tanto no entendimento da unidade do todo por meio de cada parte, quanto no entendimento do valor de cada elemento em virtude da unidade do todo, ou seja, na relação bilateral⁴⁴⁸ entre o todo e os seus elementos constitutivos.⁴⁴⁹

Este postulado possui grande relevância na formação do objeto hermenêutico contratual enquanto situação objetiva complexa⁴⁵⁰ e na necessidade de concreção, pois prega que “*o significado, a intensidade e a nuance de uma palavra só podem ser entendidos no contexto em que tal palavra foi dita ou se encontra, o significado e o valor de uma proposição e daquelas que se associam a ela só podem ser compreendidos pelo nexó recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem.*”⁴⁵¹ No caso da interpretação contratual, defende Betti que o objeto da

⁴⁴⁷ BETTI, 1990a, p. 309.

⁴⁴⁸ A relação é bilateral, pois se as partes do texto são iluminadas pelo sentido do texto inteiro, o texto em seu conjunto é compreendido no confronto contínuo com suas partes e no contínuo exame delas (REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 267).

⁴⁴⁹ BETTI, 2007, p. XLVI-XLVII e 37.

⁴⁵⁰ BETTI, 2007, p. XLVII e 37.

⁴⁵¹ BETTI, 2007, p. XLVII.

atividade hermenêutica não se resume à totalidade individual dos contraentes, mas se expande até a totalidade do ambiente social em que se encontra inserida a relação obrigacional.⁴⁵²

Por partir de uma origem comum, que é o pensamento de Schleiermacher, o presente preceito se aproxima do movimento da compreensão gadameriano parte-todo-parte que compõe a noção de uma circularidade hermenêutica que inicia por um projeto prévio formado a partir da pré-compreensão do sujeito cognoscente.⁴⁵³ Ao encontro dessa conclusão, o entendimento de Betti:

(...) desde o início do processo interpretativo tem-se um progresso gradual em direção à compreensão, dos elementos individuais aos núcleos em que se organizam, até o todo que neles se articula. A compreensão, inicialmente provisória, vai-se aperfeiçoando, corrigindo e integrando com a crescente extensão do discurso, do qual o intérprete toma posse, de modo que somente ao final os elementos individuais, todos entrelaçados, resultam quase imediatamente revelados e representados em contornos precisos e perspicuos.⁴⁵⁴

Ademais, em nível normativo parece haver uma profunda relação do cânone da *totalidade e coerência* com os postulados do pensamento sistemático, como expressamente refere Betti com a ideia de *sistema coerente*,⁴⁵⁵ o que resta consubstanciado na redação do art. 1.363, do Código Civil Italiano.⁴⁵⁶ Este aspecto embasa a noção de concreção normativa exposta no presente estudo – que extrapola a sistematicidade interna com a defesa da existência de uma sistematicidade externa e bilateral –, até porque o filósofo italiano refere que o resguardo da *totalidade e*

⁴⁵² BETTI, 2003b, p. 198.

⁴⁵³ PESSOA, 2002, p. 108.

⁴⁵⁴ BETTI, 2007, p. XLVII.

⁴⁵⁵ BETTI, 2007, p. XLIX-L.

⁴⁵⁶ “Art. 1363. Interpretazione complessiva delle clausole. Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (1419).”

coerência abrange toda manifestação do pensamento, o que encampa tanto as normas jurídicas estatais quanto as declarações individuais.⁴⁵⁷

O terceiro cânone, voltado ao resguardo do papel da subjetividade na atividade hermenêutica, é o da *atualidade do entender*, “*pelo qual o intérprete é chamado a percorrer em si mesmo o processo criativo e, assim, reviver a partir de seu interior e sempre resolver na própria atualidade um pensamento, uma experiência de vida que pertence ao passado, ou seja, a introduzi-lo como fato de experiência própria, por meio de uma espécie de transposição, no círculo da própria vida espiritual, em virtude da mesma síntese com que o reconhece e o reconstrói.*”⁴⁵⁸ Entende Betti que “*aquilo de que nossa mente toma posse entra, por essa mesma razão, na totalidade orgânica do mundo de representações e de conceitos que carregamos em nós e dela se torna, por uma espécie de assimilação, uma parte viva, sujeita ao seu próprio desenvolvimento e às suas vicissitudes.*”⁴⁵⁹ O sentido constante na *forma representativa* não chega ao intérprete pronto e acabado, de forma passiva e mecânica, cabendo ao sujeito reconstruir e reproduzir o sentido com sua sensibilidade própria.⁴⁶⁰ Deste aspecto dois pontos merecem destaque.

Em primeiro lugar, quando Betti afirma que o sujeito se apropria do sentido contido na forma representativa com as “*categorias de sua mente*”⁴⁶¹ em uma “*atitude, ao mesmo tempo, ética e reflexiva*”,⁴⁶² acaba remetendo ao mundo de representações e conceitos que o intérprete possui dentro de si,⁴⁶³ o que importa em um reconhecimento

⁴⁵⁷ BETTI, 2007, p. 189.

⁴⁵⁸ BETTI, 2007, p. LII; BETTI, 1990a, p. 314. A inversão do processo criativo é um dos traços mais marcantes da teoria bettiana, influenciando decisivamente o caráter reprodutivo e declaratório desta corrente de pensamento hermenêutico (GAMBINO, 2000, p. 228).

⁴⁵⁹ BETTI, 2007, p. LIII.

⁴⁶⁰ BETTI, 2007, p. LIII.

⁴⁶¹ BETTI, 2007, p. LIII.

⁴⁶² BETTI, 1990a, p. 318; BETTI, 2007, p. LV.

⁴⁶³ MEIRELES, 2004, p. 128.

da importância dos preconceitos. Contudo, existe uma inegável dissociação com a teoria gadameriana, já que Betti critica expressamente a concepção do filósofo alemão acerca dos preconceitos,⁴⁶⁴ refutando o caráter produtivo dos mesmos e defendendo a necessidade do intérprete prescindir de tais elementos.⁴⁶⁵

O segundo aspecto é o fato de que o cânone em exame determina ao intérprete a realização de uma tarefa profundamente importante na teoria bettiana: adequar o elemento normativo à realidade social do momento de sua aplicação.⁴⁶⁶ Em termos teóricos, o postulado assegura a especialidade da função normativa da interpretação, na qual o sujeito deve ir além da reconstrução de sentido, sintonizando a ideia originária com a atualidade presente. Dito figurativamente, para além do necessário movimento reconstrutivo do sujeito em direção ao objeto (promovido pelos cânones da autonomia e da totalidade-coerência), o postulado da adequação (conjuntamente com o cânone da atualidade do entender, que será visto a seguir) gera um movimento do objeto em direção ao sujeito, acarretando a evolução do Direito e a manutenção de sua eficácia normativa por meio da quantificação das transformações socioculturais, aspecto que Betti denomina de *interpretação histórico-evolutiva*.⁴⁶⁷ Nesse contexto, guardando suas especificidades próprias, os elementos trazidos pelo cânone em exame se aproximam tanto da historicidade da compreensão defendida por Gadamer,⁴⁶⁸ quanto da concepção de que a aplicação surge como elemento integrante do procedimento hermenêutico.

⁴⁶⁴ BETTI, Emilio. *L'Ermeneutica come Metodica Generale delle Scienze dello Spirito*. Roma: Città Nuova, 1990, p. 88-89.

⁴⁶⁵ BETTI, 1990a, p. 318; BETTI, 2007, p. LV.

⁴⁶⁶ PESSOA, 2002, p. 90.

⁴⁶⁷ BETTI, 2007, p. LVIII-LIX, LXIII-LXVII, CII-CIII, 5 e 42. Este aspecto é tão caro ao filósofo italiano que, em sua teoria, se constitui em um caráter lógico da interpretação jurídica.

⁴⁶⁸ A relação entre as correntes de pensamento é expressamente reconhecida por Gadamer (GADAMER, 2004, p. 128) e por Betti, que utiliza o termo *historicidade* e refere a necessidade de resguardo deste aspecto com relação ao sujeito e ao objeto (BETTI, 2007, p. LIV).

Por fim, o quarto postulado, chamado de *cânone da adequação do entender* ou *da correspondência e consonância hermenêutica*, é aquele “*pelo qual o intérprete deve esforçar-se para colocar a atualidade que está vivendo em íntima adesão e harmonia com o incitamento que (...) lhe provém do objeto, de modo que um e outro vibrem em perfeito uníssono.*”⁴⁶⁹ Além do interesse vivo e presente, o entendimento do objeto demanda uma abertura espiritual do sujeito que lhe permita colocar-se na perspectiva mais favorável à descoberta da compreensão, o que se caracteriza por uma postura de humildade, afinidade e abnegação das pretensões pessoais com relação ao objeto.⁴⁷⁰ A utilização do postulado depende de uma transferência a uma outra espiritualidade a partir da atualidade presente (conceito próximo ao de situação hermenêutica), ou seja, demanda uma abertura mental, teórica, congenial e fraterna ao objeto.⁴⁷¹

Este cânone promove uma limitação à liberdade garantida pelo cânone da atualidade do entender,⁴⁷² prescrevendo a forma como o intérprete deve percorrer o sentido criativo, qual seja, livrando-se de seus preconceitos⁴⁷³ (aspecto negativo) e ampliando seu horizonte para se colocar em íntima harmonia com a mensagem que é enviada pela *forma representativa* (aspecto positivo), fato que remete ao cânone da autonomia do objeto.

Da análise conjunta dos dois cânones voltados ao sujeito se infere que nunca há uma anulação do hermeneuta e de sua atualidade – sequer nos processos interpretativos voltados à tradução (de contratos em língua estrangeira, por ex.), que

⁴⁶⁹ BETTI, 1990a, p. 319-320.

⁴⁷⁰ REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 268.

⁴⁷¹ BETTI, 2007, p. LV

⁴⁷² PESSOA, 2002, p. 111; PESSOA, 2001, p. 72.

⁴⁷³ É nessa vertente teórica que Betti não assume o caráter produtivo dos preconceitos, se posicionando de maneira oposta a Gadamer, como já frisado.

são sempre muito restritos e limitados⁴⁷⁴ –, pois se a atualidade do sujeito vai em direção ao objeto, a historicidade deste também vem em direção à atualidade do hermenêuta. Como refere Gadamer, Betti reconhece que “*a vinculação do intérprete com sua própria posição representa um momento integrante da verdade hermenêutica.*”⁴⁷⁵ Na teoria bettiana não há qualquer pretensão de anulação da subjetividade do sujeito, mas apenas uma aspiração de que este faça calar seus desejos pessoais com relação aos resultados da interpretação.⁴⁷⁶

Apresentado este paradigma, cabe mencionar as regras de Pothier, as quais tratam de prescrições de ordem prática. Como adverte Judith Martins-Costa, desde que atualizadas em sua forma expressiva e deslocadas de seu fundo ideológico voluntarista, estas regras clássicas de interpretação auxiliam a concreção.⁴⁷⁷ Assim sendo, cabe, a seguir, mencionar pontualmente as normas propostas.

Primeira Regra: o intérprete deve buscar nas convenções qual foi a intenção comum das partes contratantes, antes de buscar o sentido gramatical dos termos.⁴⁷⁸

Segunda Regra: quando uma cláusula é suscetível de duplo sentido, deve-se melhor entendê-la conforme o sentido que possa ser lógico, e não conforme o sentido do qual resulte não ser possível estipulação alguma.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ BETTI, 1990a, p. 324.

⁴⁷⁵ GADAMER, 2004, p. 456.

⁴⁷⁶ REALE; ANTISERI, [s.d.], p. 268.

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 146. Nesse sentido, remete-se o leitor para as interessantes observações de Paula Forgioni sobre as regras de Pothier: FORGIONI, 2007, p. 113-117.

⁴⁷⁸ As partes convencionaram o aluguel de uma pequena acomodação em uma casa, cuja parte restante é ocupada pelo locador. A locação é renovada nos seguintes termos: “dou minha casa em aluguel a fulano por tantos anos, pelo preço do aluguel anterior”. Embora “minha casa” em sentido gramatical signifique a casa inteira, é visível que a intenção das partes foi a de renovar o aluguel do quarto já alugado, devendo essa intenção prevalecer sobre os termos do contrato (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 96). A regra mencionada foi acolhida na redação do art. 112, do CC/02.

⁴⁷⁹ No fim de uma partilha se acorda: “fica acertado entre Pedro e Paulo que Paulo poderia passar por suas propriedades”. Mesmo que pelo sentido gramatical de “suas propriedades” se possa entender tanto as propriedades de Pedro quanto as propriedades de Paulo, a regra diz apenas com as propriedades de Pedro,

Terceira Regra: quando em um contrato os termos são suscetíveis de duplo sentido, deve-se entendê-los segundo o sentido que melhor convenha à natureza do contrato.⁴⁸⁰

Quarta Regra: aquilo que pode parecer ambíguo em um contrato se interpreta pelo que é de costume do país.⁴⁸¹

Quinta Regra: o uso tem uma autoridade tão grande como ponto para a interpretação das convenções que, em todo contrato, as cláusulas que lhe são usuais são subentendidas mesmo que não venham expressas.⁴⁸²

Sexta Regra: deve-se interpretar uma cláusula pelas outras cláusulas contidas no documento, precedentes ou subsequentes a tal cláusula.⁴⁸³

pois em outro sentido a cláusula não contém lógica alguma, pois Paulo não precisa estipular que poderá passar por suas próprias propriedades (POTHIER, 2001, p. 96-97).

⁴⁸⁰ Contratado o arrendamento de uma propriedade por nove anos pelo valor de 300 libras, esta deve ser entendida como a quantia anual, porque é da natureza desses contratos que o preço seja considerado por anuidades (POTHIER, 2001, p. 97). Judith Martins-Costa adverte que a *terceira regra* de Pothier (atribuição de sentido conforme “à natureza do contrato”) deve ser lida conforme a função econômica concreta (ex.: doação familiar obedece a uma racionalidade distinta de um contrato de financiamento interempresarial) (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 148).

⁴⁸¹ Feito contrato com um viticultor para cultivo de terra sem declinar os valores do pagamento, considera-se que estes são os de uso e costume na região (POTHIER, 2001, p. 98). Judith Martins-Costa sustenta que a atualização da *quarta regra* de Pothier (usos do país) indica que a boa-fé nos contratos deve ser interpretada conforme os usos habituais do local da contratação ou do tráfico jurídico (§ 242, do Código Civil Alemão) (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 146).

⁴⁸² No contrato de compra e venda o vendedor deve garantir e defender o comprador de evicções, ainda que não haja cláusula nesse sentido (POTHIER, 2001, p. 98-99). Judith Martins-Costa salienta que a *quinta regra* volta-se à integração de lacunas, situando como critério também os usos que devem ser considerados subentendidos, como verdadeiramente deve ser subentendido o contexto em cada texto, e em cada trecho de qualquer linguagem (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 146).

⁴⁸³ Em um contrato de compra e venda as partes convencionam na 1ª cláusula que “a propriedade está sendo vendida livre de todos os ônus reais”, e na 2ª cláusula que “o vendedor só entende garantir por seus atos”. A 2ª cláusula serve para interpretação da primeira, restringe sua generalidade, denotando que o vendedor garantiu apenas que ele não impôs nenhum ônus ao seu imóvel, estando desobrigado de todos aqueles que pudessem ter sido impostos por outros e não fossem do seu conhecimento (POTHIER, 2001, p. 99). Como refere Judith Martins-Costa, a *sexta regra* é determinativa da interpretação sistemática, não de um “sistema imanente”, mas no sentido de que “uma cláusula se interpreta pelas outras”, sendo que a *ratio* desta norma pode ser transposta para os grupos de contratos e para as cadeias contratuais, indicando que nesses casos “um contrato se interpreta pelo outro” (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 148).

Sétima Regra: em caso de dúvida em uma das cláusulas, a interpretação deve ser dada contra aquele que estipulou a coisa, em desoneração daquele que contraiu a obrigação.⁴⁸⁴

Oitava Regra: por mais generalizados que sejam os termos com os quais foi concebida uma convenção, compreendem apenas as coisas que a partes contratantes entenderam contratar, e não aquelas nas quais nem pensaram.⁴⁸⁵

Nona Regra: quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende, nesse caso, todas as coisas que particularmente compõem essa universalidade, mesmo aquelas das quais as partes não tinham conhecimento.⁴⁸⁶

Décima Regra: quando em um contrato se expressa alguma situação, em consequência da dúvida que alguém possa ter sobre se o compromisso resultante do contrato se estende a uma tal coisa, esse alguém não é reputado, por isso, ter desejado restringir a extensão que tal compromisso tem de Direito para não alcançar todas as outras coisas que não foram expressas.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Em um contrato de arrendamento se estipula o pagamento com a entrega de certa quantidade de trigo, sem especificação do local. A cláusula deve ser interpretada no sentido de que a entrega deve se dar no domicílio do arrendatário (POTHIER, 2001, p. 99-100). A norma foi incorporada no sistema brasileiro pelo art. 423, do CC/02, aplicável aos contratos de adesão. Ademais, este entendimento ampara a teoria dos pontos de relevância hermenêutica dos negócios jurídicos *inter vivos*, conforme será delienado no tópico “O ponto de relevância hermenêutica dos tipos contratuais e a extensão dos meios interpretativos”. Aduz Judith Martins-Costa que na *sétima regra* (observar a natureza do contrato pelo viés da assimetria de poderes contratuais) transparece o postulado da igualdade, dizendo com a função econômico-social concreta, já que relativa a imposição no momento da formação do contrato (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 148).

⁴⁸⁵ A transação das pretensões das partes não abrange os direitos não conhecidos quando da sua assinatura, o que diz, mesmo que indiretamente, com o já mencionado silêncio eloquente do contrato (POTHIER, 2001, p. 100).

⁴⁸⁶ O contrato de renúncia de herança abarca todas as coisas que fazem parte desta herança, conhecidas ou não (POTHIER, 2001, p. 101-102).

⁴⁸⁷ No contrato de casamento se acorda que “os futuros esposos viverão em comunhão de bens, que incluirá o mobiliário das sucessões futuras”. Esta cláusula não impede que todas as outras coisas que por Direito comum fazem parte da sociedade conjugal estejam incluídas na comunhão de bens, tendo apenas esclarecido que “o mobiliário das sucessões futuras” entra na comunhão (POTHIER, 2001, p. 102).

Undécima Regra: nos contratos, assim como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se desdobra, frequentemente, em várias cláusulas particulares.⁴⁸⁸

Duodécima Regra: às vezes, o que se encontra ao final de uma frase refere-se ao que é comum a toda a frase, e não somente ao que a precede imediatamente, contanto, porém, que este final de frase concorde, em gênero e número, com toda ela.⁴⁸⁹

Feitas estas considerações sobre o procedimento, os métodos e as regras de interpretação, cabe enfrentar as questões atinentes à fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual.

5. A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual

Gadamer entende que a hermenêutica constitui-se em uma “doutrina” sobre as condições de possibilidade e os modos específicos do compreender e, enquanto teoria da compreensão prática, consiste em tomar consciência do que realmente ocorre quando algo se oferece a compreensão de alguém e esse alguém compreende.⁴⁹⁰ Neste paradigma teórico, a atividade interpretativa torna-se a pedra angular do conhecimento jurídico, que somente se reconhece como exegese, pois compreender é interpretar, estando a ação hermenêutica no núcleo essencial do saber humano.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ O contrato de doação de uma propriedade a Pedro e Paulo dispõe: “doação da propriedade ‘X’ a Pedro e Paulo sob a condição de que, caso morram sem deixar filhos, a restituirão ao doador ou à sua família”. Esta cláusula, concebida no plural, distribui-se em duas cláusulas particulares: “para a obrigação de Pedro que, se morrer sem deixar filhos, depois de sua morte o quinhão da propriedade que lhe pertencia deverá ser restituído ao doador ou à sua família” e “para a obrigação de Paulo que, se morrer sem deixar filhos, depois de sua morte o quinhão da propriedade que lhe pertencia deverá ser restituído ao doador ou à sua família”) (POTHIER, 2001, p. 102-103).

⁴⁸⁹ No contrato de compra e venda de uma casa se expressou: “vendo o imóvel com tudo aquilo que nele continha: trigo, grãos moídos, frutas e vinhos colhidos este ano”. A expressão “colhidos este ano” se refere à frase toda, e não apenas aos vinhos, já que não usado “e o vinho colhido este ano”, pois estando no singular não concordaria em número com os demais termos (POTHIER, 2001, p. 103).

⁴⁹⁰ GADAMER, 1993a, p. 144; GADAMER, 2007a, p. 94-95; LARENZ, 1989, p. 292.

⁴⁹¹ PASQUALINI, 1999, p. 23.

Levando em conta estas considerações, a hermenêutica contratual pode ser conceituada como sendo a atividade voltada à fixação do significado⁴⁹² e da validade das manifestações de vontade objetivadas e bilateralizadas dos particulares, determinando o efeito jurídico produzido e o alcance com que vigora o conteúdo negocial,⁴⁹³ mediante a quantificação dos compromissos jurídicos e dos termos da operação econômica perseguida por meio do contrato.⁴⁹⁴ Embora existam diferenças ontológicas entre a determinação do sentido e das consequências jurídicas,⁴⁹⁵ há uma relação muito próxima entre significado e efeito.

É incontroverso que a interpretação contratual visa determinar o significado do negócio jurídico,⁴⁹⁶ havendo dissenso apenas na forma como essa tarefa deva ser executada. Os paradigmas trabalhados neste estudo divergem neste aspecto, pois, enquanto a teoria bettiana entende que o intérprete identifica o significado (caráter reconstrutivo), a hermenêutica filosófica gadameriana entende que o sujeito cognoscente o determina (caráter criativo e constitutivo). Assim, o viés interpretativo adotado nesta pesquisa transcende o entendimento de que a hermenêutica se limita à

⁴⁹² Como destaca Carlos Ferreira de Almeida, “*significado é o que se compreende de um acto de comunicação. Por sua vez, a interpretação é o acto ou actividade que consiste na determinação daquilo que terá sido compreendido de um acto de comunicação. O significado é portanto o objecto imediato da compreensão e o objecto mediato (objectivo) da interpretação. Essa incide directamente sobre a compreensão e só pela sua mediação, no horizonte dos limites do destinatário, procura o significado.*” (FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 177-178).

⁴⁹³ É sempre a interpretação que determina o efeito jurídico que nasce (DANZ, 1955, p. 70; MIRANDA, 1989, p. 15, 128-129 e 223), o que remete à abrangência do horizonte interpretativo fixado por Gadamer, contemplando os fenômenos da compreensão, interpretação e aplicação.

⁴⁹⁴ ROPPO, 1988, p. 126-127.

⁴⁹⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 135-136. Embora haja uma estreita ligação entre significado e efeito do negócio jurídico (simetria tendencial mediada por um princípio de conformidade), não há uma coincidência conceitual ou de referência, pois aquilo que se compreende não é o mesmo que a atribuição jurídica que consequentemente se produz, ou seja, não há identificação ontológica entre os conceitos (ex.: da frase “*por favor, pode dar-me um café*” podem ser extraídos diversos significados, segundo cada um dos contextos situacionais em que for proferida, mas seus efeitos jurídicos [A fica obrigado a servir um café para B, que fica obrigado a pagar o preço] não estão contidos diretamente no texto da frase e no seu contexto). Embora o significado preceda logicamente o efeito e entre os mesmos haja a já mencionada simetria tendencial mediada por um princípio de conformidade, existem situações de existência de significado sem os correspondentes efeitos (ex.: nulidades) e de efeitos independentes (e para além) do significado (ex.: integração) (FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 204-207 e 217).

⁴⁹⁶ GRAU, 2003, p. 21.

mera fixação do significado, alcançando a noção de que essa atividade é um ato de decisão que constitui e constrói a significação de um objeto.⁴⁹⁷ Nesse sentido, Peter Häberle afirma que “*não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada*”,⁴⁹⁸ o que vem ao encontro dos postulados gadamerianos. Como refere Carlos Ferreira de Almeida, *a interpretação é um momento formativo da própria essência do negócio, e não uma simples atividade posterior e até mesmo eventual*.⁴⁹⁹

Em face da abrangência da atividade hermenêutica, esta também se responsabiliza pela tarefa de qualificação jurídica do contrato,⁵⁰⁰ a qual depende de conexões de sentido que não estão prontas antes do processo de interpretação que as desvela.⁵⁰¹ Como visto no tópico antecedente, embora a interpretação seja a responsável

⁴⁹⁷ Dito isso, vale recordar a lição de que norma e texto normativo não indicam a mesma realidade jurídica, pois enquanto este é objeto da interpretação, a norma contratual é o seu resultado, sendo que o conteúdo contratual não existe como entidade verdadeiramente normativa antes do momento da interpretação (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 128-129; ÁVILA, 2006, p. 24, 27, 30-32, 68-70). Contudo, o presente estudo não limita a hermenêutica à atividade que se presta a transformar textos (disposições, preceitos e enunciados) em normas, pois este é apenas um dos aspectos da interpretação em um ambiente já delimitado, que é o jurídico (limitação dentro de uma limitação antecedente). Como visto, a concepção da hermenêutica gadameriana é expansiva e, assim, alcança a própria relação do sujeito cognoscente com a realidade.

⁴⁹⁸ HÄBERLE, 1997, p. 9.

⁴⁹⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 135.

⁵⁰⁰ SCALFI, Gianguido. *La Qualificazione dei Contratti Nell'Interpretazione*. Milano: Instituto Editoriale Cisalpino, 1962, p. 61 e 153-154. Interessante a apreensão econômica de Enzo Roppo, para quem a qualificação é a operação por meio da qual o intérprete, perante um contrato concreto e situado, individualiza o tipo a que ele pertence, o qual corresponde a um gênero de operação econômica historicamente determinada, que leva em consideração a realidade social em que inserido o contrato. (ROPPO, 1988, p. 133 e 310). Embora sejam operações distintas, existe uma estreita conexão entre interpretação e qualificação dos contratos. Porém, se do ponto de vista teórico é possível interpretar sem qualificar, não é possível qualificar sem interpretar, razão pela qual a doutrina indica que a interpretação precede a qualificação jurídica (SANTA MARIA, 1966, p. 17-18, 25, 27 e 119). Contudo, em se tratando aqui de uma interpretação contratual situada no contexto da hermenêutica filosófica, deve-se entender que a qualificação jurídica faz parte da atividade exegética que se situa no incessante ir e vir do círculo hermenêutico (após a análise das circunstâncias do caso e da qualificação, o sujeito cognoscente se volta novamente ao objeto na busca de confirmação ao seu projeto prévio de interpretação). Nesses termos, se ao adentrar no círculo o sujeito deve realizar a atividade interpretativa segundo o entender dos profanos, prescindindo de toda possível construção jurídica (classificação do caso concreto em uma das figuras contratuais típicas) (DANZ, 1955, p. 29, 49, 86, 246, 263-266), após um primeiro enfrentamento do objeto há o necessário cotejo com os tipos regulados na lei, a partir do que deve o intérprete se voltar novamente ao objeto, percorrendo o todo da circularidade hermenêutica exigida para a compreensão.

⁵⁰¹ ÁVILA, 2006, p. 24, 27, 30-32, 68-70. O autor segue afirmando que as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, não havendo uma correspondência unívoca entre dispositivo e norma. Há casos em que há normas sem dispositivos (ex.: princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito e, no contrato, deveres oriundos

pela classificação da relação contratual em uma das figuras típicas, a ação exegética não deve ser determinada desde seu início pelos limites da construção jurídica que dê mais tarde ao instrumento. A qualificação jurídica é alcançada no âmbito da circularidade hermenêutica, mediante constantes idas e vindas do projeto prévio da compreensão aos elementos que conformam a relação contratual (declaração negocial, circunstâncias do caso e normas estatais), sendo equivocada a apreensão de que o sujeito cognoscente pode aplicar uma construção jurídica qualquer (rotulando o contrato) para após interpretar se atendo a ela, pois o conceito técnico que se ponha de etiqueta em uma relação jurídica não conforma decisivamente a interpretação. O juízo de que a declaração negocial se trata de um determinado tipo contratual só pode ser alcançado após o percurso no círculo hermenêutico.⁵⁰²

Tendo em vista a natureza abrangente do horizonte hermenêutico – que abrange compreensão, interpretação e aplicação –, deve-se reconhecer que a interpretação sempre implica, em certa medida, o desenvolvimento do conteúdo do objeto analisado,⁵⁰³ tanto porque é constitutiva do sentido, quanto porque a ausência de separação entre sujeito e objeto provoca um aporte necessário de novos elementos ao objeto, o que redundará na inevitável evolução do conteúdo normativo.⁵⁰⁴

Nesse contexto de expansão dos limites do agir hermenêutico, o intérprete passa a ser qualquer pessoa interessada na contratação ou que entre em contato com a relação contratual (partes, terceiros, destinatários, juízes, advogados, etc.). Como

da boa-fé), dispositivos sem normas (v.g.: proteção de Deus no preâmbulo da Constituição e considerandos do contrato), dispositivo a partir do qual se constroem mais de uma norma (ex.: legalidade tributária) e conjunto de dispositivos que redundam em uma norma (v.g.: legalidade, irretroatividade e anterioridade garantem a segurança jurídica) (ÁVILA, 2006, p. 31-32). Seguindo essas considerações, pode-se afirmar que, no âmbito da hermenêutica contratual, as disposições contidas no instrumento contratual se constituem no objeto da interpretação, e o contrato no seu resultado.

⁵⁰² DANZ, 1955, p. 29, 49, 86, 183-184, 192, 246 e 263-266.

⁵⁰³ FERRARA, 1987, p. 128 e 153.

⁵⁰⁴ HÄBERLE, 1997, p. 13-14.

adverte Carlos Ferreira de Almeida, a tese de que só ao juiz cabe a interpretação do negócio jurídico está ligada ao preconceito de que a tarefa hermenêutica somente é exercida em caso de litígio, o que evidentemente não prospera.⁵⁰⁵ Nesses termos, este estudo abandona a tese (institucionalista)⁵⁰⁶ do intérprete autêntico e encampa, com a devida adequação, a dimensão contida na teoria da sociedade aberta de intérpretes formulada por Peter Häberle, para quem *“todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto [mesmo aquele que não é diretamente afetado] é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma [também] é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.”*⁵⁰⁷ Limitar a atividade de interpretação contratual aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento injustificado da atividade exegética.⁵⁰⁸

Em face da adoção do paradigma gadameriano e da tese de que existe uma relação dialética entre contrato e sistema normativo estatal no âmbito da interpretação do contrato, deve-se considerar como inadequada e artificiosa a posição doutrinária que divide esta atividade em dois momentos: cognitivo e complementar.

A decomposição da interpretação se funda na ideia de que esta atividade diria com um aspecto cognitivo atinente ao conteúdo expresso da declaração, e apenas de forma complementar se debruçaria sobre o conteúdo implícito ou não-declarado do

⁵⁰⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 185.

⁵⁰⁶ A tese se encontra arraigada na doutrina, do que é exemplo a obra de Erich Danz (DANZ, 1955, p. 5, 28, 75, 97, 113, 124-125, 127, 135-136, 183-184, 192, 200-201 e 254). Eros Grau menciona a tese do intérprete autêntico e desvela a existência de uma diferenciação qualitativa do momento de aplicação no caso do intérprete-juiz, enfatizando a questão do ato decisório na produção do discurso do Direito (GRAU, 2003, p. 62-63, 85 e 87).

⁵⁰⁷ HÄBERLE, 1997, p. 14 e 32.

⁵⁰⁸ HÄBERLE, 1997, p. 34.

negócio jurídico,⁵⁰⁹ o que é de todo falso, uma vez que é a própria interpretação que fixa o conteúdo (expresso e/ou implícito) do contrato, que inexistente enquanto entidade autônoma.

Nesses termos, a conclusão anteriormente fixada de que o significado e a extensão do negócio jurídico são resultados de sua interpretação – pois é esta atividade que determina construtivamente o conteúdo do contrato,⁵¹⁰ o qual pode ser conformado hermeneuticamente por meio de normas integrativas –, vem de encontro à posição dominante ora combatida. No âmbito da hermenêutica filosófica surge uma concepção da atividade hermenêutica ampla o suficiente para abarcar todo o conteúdo da regulação objetiva, sem depender de uma cisão artificial entre interpretação e integração do negócio jurídico. Nesse sentido, o entendimento de Francisco Amaral:

A interpretação e a integração jurídicas (...) correspondem à concepção tradicional e ainda dominante no direito brasileiro, isto é, a interpretação como processo ou resultado da pesquisa do sentido e alcance das proposições normativas, e a integração como técnica de preenchimento de lacunas da lei. (...)

Estando este normativismo em vias de superação, (...) perde sentido a tradicional diferença entre interpretação e a integração. Admite-se hoje uma interpretação ampla que, absorvendo a aplicação e compreendendo a integração, se constitua em processo contínuo de realização do direito.⁵¹¹

A dissociação é falha por estar embasada em duas premissas falsas. Primeiro, funda-se na vetusta concepção liberal oitocentista, centrada no dogma da vontade, no sentido de que toda atividade que não dissesse direta e completamente com a vontade das partes não seria mais interpretação, mas sim ato de integração do ato de autonomia

⁵⁰⁹ Nesse sentido, a posição majoritária: MARINO, 2003, p. 108 e 165; MIRANDA, 1989, p. 121. Carlos Ferreira de Almeida parece aceitar a posição dominante, mas refere que não lhe parece adequada a autonomização do que seria uma interpretação complementar, pois é “*a partir da interpretação, embora para além dela, que se procede a integração*” (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 221-224).

⁵¹⁰ MARINO, 2003, p. 36.

⁵¹¹ AMARAL, 2006, p. 100-101.

(onde a vontade real não fosse mais discutida começaria a integração).⁵¹² Segundo, por trabalhar com o paradigma reconstrutivo (contrariando o viés criativo e crítico da hermenêutica filosófica), no sentido de que a interpretação e a interpretação integrativa visam o ideal de reconstrução do significado, enquanto a integração objetiva uma certa construção em cima da reconstrução anteriormente realizada. Alforriado destes grilhões pelo paradigma gadameriano, não há como sustentar a cisão.

Sequer a divisão galgada na premissa de que a integração diz com os efeitos do negócio jurídico é capaz de embasar a partição do fenômeno hermenêutico, exatamente porque é a interpretação que determina o efeito jurídico produzido pelo ato de autonomia objetivado e bilateralizado, determinando o alcance com que deve vigorar o conteúdo negocial. Retirar esta função do âmbito da interpretação seria absolutamente contraditório com a visão abrangente dada pela hermenêutica filosófica à atividade interpretativa contratual. Ademais, a cisão limitaria injustificadamente o agir hermenêutico, uma vez que a significação alcançada pelo uso de normas integrativas certamente faz parte do procedimento de compreensão, interpretação e aplicação do contrato.

A segmentação da atividade contraria, também, a noção de circularidade hermenêutica, ou seja, da ida e vinda do procedimento interpretativo até o alcance do

⁵¹² A doutrina tradicional não estabelece uma clara distinção entre interpretação integrativa e integração (MIRANDA, 1989, p. 206). Se ambas tomam por base a causa da ordem de interesses no tipo abstrato do contrato em exame e aplicam em conformidade com ela critérios derivados de outras fontes, a tênue dissociação entre interpretação integrativa e integração reside no fato de que enquanto aquela pressupõe um determinado conteúdo do negócio jurídico (explícito ou implícito), a integração supõe exatamente a falta de um preceito que possa ser extraído da fórmula da declaração (uma lacuna), dizendo especificamente com os efeitos do negócio (BETTI, 2007, p. 184 e 376-377; BETTI, 2003b, p. 204-205; MIRANDA, 1989, p. 130). Dito de outra forma: enquanto a interpretação integrativa é uma forma de autointegração, a integração propriamente dita é uma forma de heterointegração que vai além da força expansiva ou lógica da declaração (MIRANDA, 1989, p. 207 e 229). Estas considerações não são fortes o suficiente para embasar a dissociação. Até mesmo a pretensão de correção do negócio, que parte da doutrina posiciona no campo da integração (BETTI, 2007, p. 184 e 378), parece compor o âmbito próprio da atividade hermenêutica (ex.: caráter criativo e crítico), como já salientado.

significado. A utilização das normas cogentes ou dispositivas faz parte de um ato de aplicação que, por sua vez, faz parte indissociável da atividade hermenêutica. A incidência da norma supletiva não se dá após findo o procedimento de busca de significação (se é que ele finda!), pois sua incidência certamente influirá na significação da relação contratual, em face da sistematicidade interna e externa da declaração.⁵¹³

Mesmo que se considere correta a cisão da interpretação em momentos cognitivo e complementar, deve-se considerar que, após a integração do contrato (quantificação de todas consequências que derivam do pacto segundo a lei, os usos e/ou a equidade), é por meio da interpretação propriamente dita que se alcançará o significado e o alcance do conteúdo a que os contraentes estão obrigados.

Exemplificativamente, sendo celebrado um contrato de compra e venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, incide na espécie a norma supletiva do art. 488, do CC/02,⁵¹⁴ o que depende da atividade interpretativa, uma vez que o tópico integrará a obrigatória circularidade do processo hermenêutico, influenciando na interpretação global e situada da relação contratual. A facticidade do agir hermenêutico indica uma atividade unitária em sua totalidade complexa, sendo as questões de auto e heterointegração resolvidas no âmbito das idas e vindas da interpretação para a integração e desta para aquela.

Em síntese, o que aqui se propõe é que a interpretação também se estenda a pontos do negócio jurídico que não forem objeto de reflexão consciente, ampliando o

⁵¹³ A redação do art. 1.374, do Código Civil Italiano, vem ao encontro do posicionamento aqui defendido: *“Integração do contrato – O contrato obriga as partes não só ao que está expresso no mesmo, mas também a todas as consequências que dele derivam segundo a lei ou, em sua ausência, segundo os usos e a equidade.”*

⁵¹⁴ *“Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.”*

alcance do que a doutrina chama de interpretação integrativa.⁵¹⁵ Também a integração *stricto sensu* deve respeitar o ato de autonomia e a lógica de suas escolhas. Sobre o tema, mister se faz declinar que diante de uma deficiência do marco regulatório fixado pelas partes – lacuna, ambiguidade ou obscuridade derivada da falta de previsão negocial, da evolução do contexto social, da deficiência da linguagem ou da ausência de correspondência desta dimensão com as circunstâncias relevantes do caso –, não cabe ao sujeito cognoscente recorrer de imediato a outras fontes de regulamento negocial (ex.: normas dispositivas),⁵¹⁶ pois antes deve aprofundar a interpretação, buscando exaurir as potencialidades do conteúdo (expresso e/ou implícito) do negócio jurídico, explorando as referências comunicacionais fixadas de forma indeterminada pelas partes.⁵¹⁷

A posição unitária aqui defendida está em consonância com a relevância hermenêutica atribuída à autonomia privada por este estudo, no qual se demonstrou que o consenso (proposta e aceitação) jamais é formado apenas pela vontade dos contraentes. Em incidindo *naturalmente* na interpretação outros elementos em conjunto com a vontade dos contraentes – donde se conclui que o ato de autonomia deve ser *sempre* valorado em conjunto com outras fontes, inclusive de ordem integrativa –, não é

⁵¹⁵ O conceito de interpretação integrativa não se identifica com a noção de interpretação objetiva, a qual se contrapõe à interpretação subjetiva (MIRANDA, 1989, p. 134-135; BETTI, 2007, p. 374). Francisco Marino apresenta interessante estudo sobre os conceitos de interpretação integrativa nos sistemas italiano, alemão, francês e português: MARINO, 2003, p. 175-178.

⁵¹⁶ Como o presente estudo encampa a ideia de que o marco regulatório estatal forma o substrato objeto da atividade hermenêutica contratual, há que se dizer que dificilmente uma lacuna do contrato irá se transformar em uma lacuna normativa ou do Direito, pois a partir do sistema o intérprete sempre poderá alcançar uma conclusão normativa, ainda mais quando possível recorrer aos preceitos axiológicos que sustentam e conformam o ordenamento.

⁵¹⁷ MARINO, 2003, p. 105; FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 223. Descabe ao intérprete explorar elementos que se encontram na esfera do silêncio eloquente das partes, ou seja, naquele campo que as partes conscientemente não disciplinaram. Como adverte Karl Larenz, silêncio e lacuna não são conceitos que se identifiquem, pois esta somente se configura quando há uma regulação almejada pelos contraentes, pois se as partes não desejaram regular determinada matéria, quanto a esta não há falar em lacuna (LARENZ, 1989, p. 448-454; REALE, Miguel. Processo Legislativo e Normas de Interpretação Autêntica. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981b, p. 61).

técnica e materialmente adequado cindir a atividade interpretativa em razão da integração.

No exemplo anterior, que ressaltou a incidência do art. 488, do CC/02, mesmo quando ausente a fixação de preço ou critérios para a sua determinação na declaração, não será utilizado o “*preço corrente nas vendas habituais do vendedor*” se as circunstâncias do caso (que podem não ter sido objeto de reflexão consciente) indicarem o contrário. E mesmo que as circunstâncias fáticas não ilidam a aplicação do critério do “*preço corrente*”, será a interpretação propriamente dita (sem qualquer diferenciação prática ou teórica) que irá efetivamente aplicar e concretizar o valor do preço corrente. Assim, não parece haver uma diferenciação ontológica séria que permita a dissociação, senão em um nível meramente teórico (e até mesmo retórico).

Assim, a pretensão de deslocar os aspectos “supletivos” para uma fase posterior da interpretação (como se o negócio jurídico fosse convalidado por uma atividade supletiva posterior)⁵¹⁸ diz com uma falaciosa corrosão da atividade hermenêutica, atentando contra a forma como a exegese realmente ocorre.

Enfrentada a unidade do fenômeno hermenêutico, cabe referir que a interpretação negocial não presta contas a questões de ordem jurisdicional e processual, pois não diz com o ato de decisão sobre determinadas pretensões (embora sempre esteja subjacente a qualquer ato de decisão). Nesse sentido, o pensamento de Carlos Ferreira de Almeida:

Não se trata, na interpretação do negócio jurídico, de saber quem tem e quem não tem razão, não se trata de decidir sobre pretensões, mas de escolher, entre os sentidos possíveis, aquele que se harmoniza com o conjunto de factores relevantes. A interpretação negocial não é um problema jurisdicional e processual, nem um problema de prova, a não ser na mesma e justa medida em que todos os problemas sobre o

⁵¹⁸ AZEVEDO, 2000, p. 41; MARINO, 2003, p. 197.

negócio jurídico podem constituir objeto de litígio judicial. (...) A finalidade da interpretação do negócio jurídico é a determinação de um sentido jurídico apenas enquanto sentido “que há-se valer, se valer puder”. (...)

A função da interpretação não é (...) proteger a confiança dos destinatários (...) ou obter a solução juridicamente mais justa.⁵¹⁹

Em face destas acertadas considerações, não é possível posicionar a atividade jurídica de sentenciar ou de peticionar em juízo como comportamentos de interpretação, embora estes dependam previamente da atividade hermenêutica. Se a prática forense do advogado é comprometida com os interesses defendidos pelo profissional, a atividade jurisdicional, teoricamente isenta dessa vinculação, se encontra comprometida com a correção sociopolítica e normativa da decisão, o que, muitas vezes, importa em modificação daquele substrato interpretado, ou seja, consciente ou inconscientemente o juiz se afasta do significado alcançado, na busca de uma tomada de posição (decisão) mais justa perante o caso concreto e/ou a totalidade do sistema jurídico,⁵²⁰ rompendo conscientemente com o resultado da atividade hermenêutica e com a real significação trazida pela coisa. Essa é evidentemente uma atitude que se dá no plano argumentativo, após, inclusive, o momento aplicativo que constitui o *iter* hermenêutico.

Adentrando na questão da subjetividade, tem-se que a grande importância da autonomia privada no âmbito da interpretação dos negócios jurídicos não implica a prevalência da vontade interna como objeto hermenêutico, campo no qual aquela se mostra, inclusive, indiferente, excetuando-se a singularidade própria dos atos unilaterais (ex.: art. 1.899, do CC/02).⁵²¹ A interpretação não tem que se preocupar com os

⁵¹⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 172 e 197-198.

⁵²⁰ Embora a decisão judicial se constitua, por excelência, como sendo um ato de aplicação do Direito, Gadamer refere que na tarefa prática de decretar a sentença entram em jogo muitas considerações político-jurídicas (GADAMER, 2005, p. 19), sendo que as questões de convicção sociopolíticas não podem ser respondidas do ponto de vista estrito da atividade hermenêutica (GADAMER, 2004, p. 313).

⁵²¹ A indagação acerca da vontade interna das partes teria sua justificação na teoria da vontade (DANZ, 1955, p. 75), a qual, devidamente corrigida, tem seu lugar como orientação interpretativa nos atos

pensamentos interiores, pois a vontade interna, se não se exterioriza, não influi em nada para o conteúdo do negócio jurídico, pois além do contrato não ser o que determinado contratante quis exprimir, mas, sim, o que a vontade bilateralizada dos contraentes efetivamente exprimiu (em conjunto e na forma da lei), o comando normativo do pacto tem um valor autônomo, que não coincide com a vontade subjetiva de seus artífices e redatores, pois na sua aplicação o contrato se contrapõe a individualidade dos contratantes na condição de um produto novo.⁵²²

Assim, verifica-se que as suposições, crenças, propósitos e intenções subjetivas (não-objetivadas ou matizadas pela confiança) não têm transcendência jurídica ou importância para determinar o sentido do negócio (significado das palavras e sua eficácia jurídica).⁵²³ Gadamer chega a afirmar que “*é evidente que uma*

jurídicos unilaterais (v.g.: *mortis causa*) (BETTI, 2003b, p. 191-192). Embora as teorias da declaração e da vontade se constituam em concepções subjetivistas (FERREIRA DA SILVA, 2006), cabe ressaltar que para Betti a opção de prevalência da declaração ou da vontade interior é mal colocada, pois a vontade só adquire relevância jurídica quando for reconhecível na forma de declaração, não havendo aqui valores distintos ou antitéticos (BETTI, 2007, p. 359). Esta observação se coaduna com a regra do art. 112, do CC/02, que, ao falar em intenção consubstanciada na declaração de vontade, certamente não diz com a vontade interna das partes, mas, sim, com a intenção concorde formada entre as partes. Atendendo a estas considerações, o limite de significação do contrato não é buscado na subjetividade dos contratantes, mas na *situação objetiva complexa* em que estas estão inseridas. Salienta Erich Danz que se o legislador tivesse querido que somente se produzissem efeitos jurídicos da vontade interna estaria cometendo uma injustiça, especialmente nos contratos sinalagmáticos, pois a parte contrária só pode atender à vontade exteriorizada e ao significado usual da declaração, sendo iníquo fazer com que os efeitos jurídicos dependam do que se passa na interioridade do sujeito. O dogma da vontade é insustentável na prática, pois é difícil provar as intenções (DANZ, 1955, p. 26). A vontade interna das partes somente adquire relevância quando o parceiro contratual esteja ciente do sentido em que aquela emprega as palavras (DANZ, 1955, p. 246) ou quanto à prova e ao cancelamento de efeitos jurídicos já produzidos (eficácia destrutiva, como no caso do erro e do dolo) (DANZ, 1955, p. 29, 49 e 86).

⁵²² HESSE, 1991, p. 56-58; FERRARA, 1987, p. 134-135; MIRANDA, 1989, p. 29. Enzo Roppo elenca importante observação, no sentido de que não existe coincidência necessária entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada, pois para garantir o respeito à dimensão de autonomia e liberdade (interesse dos contratantes) não é necessário recorrer à posição psíquica das partes, assim como a busca pela comum intenção dos contraentes não equivale a desenvolver uma tarefa de introspecção mental, individualizando as atitudes psíquicas das partes no momento da conclusão do contrato (ROPPO, 1988, p. 142-143 e 171). Carlos Ferreira de Almeida refere que, embora as conclusões da psicologia sobre os mecanismos da vontade não possam ser diretamente transpostas para o Direito – uma vez que para os juristas a vontade não tem o mesmo significado que tem para os psicólogos –, não há uma refutação plena de sua admissibilidade, havendo, inclusive, uma proposição legal de utilização em determinados campos, como ocorre na interpretação dos testamentos (art. 1.899, do CC/02) e no Direito Penal, onde é lícito e imprescindível perscrutar os níveis de consciência e intenção que precedem ou acompanham a conduta do agente quando da prática do ato delitivo (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 88-89).

⁵²³ DANZ, 1955, p. 49 e 83-84; SANTA MARIA, 1966, p. 15.

hermenêutica jurídica séria não pode contentar-se em utilizar como cânon de interpretação o princípio subjetivo da opinião e a intenção originária”.⁵²⁴

Tamanha é a importância deste aspecto que as diretrizes legais rechaçam a validade da vontade interna não apenas no plano da interpretação, mas também no que concerne à validade do negócio jurídico (cuja análise depende e advém da atividade hermenêutica), conforme estabelece o art. 110, do CC/02: “*a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento*”.

A vontade interna não pode ser sequer ponto de partida da atividade hermenêutica, pois, como afirma Gadamer, “*partir da subjetividade, como se tornou natural ao pensamento de hoje, é um total equívoco*.”⁵²⁵ Como refere Ronald Dworkin, embasar a interpretação em uma pretensa intenção ou vontade é “*apenas uma cortina de fumaça atrás da qual eles (sujeitos cognoscentes) impõem sua própria visão acerca do que a lei deveria ter sido*.”⁵²⁶ Na compreensão de um texto, o intérprete não se transfere para a estrutura espiritual do autor, mas, sim, ao seu pensamento objetivado, o que não é refutado sequer pelo ideal objetivista e metódico de Emilio Betti.⁵²⁷

A razão para afastar a vontade interna da condição de objeto da interpretação é óbvia: o sentido de um texto (como o contrato) não se esgota no sentido que o autor *tem em mente*.⁵²⁸ Assim, a interpretação não se limita ao esclarecimento de motivos

⁵²⁴ GADAMER, 2004, p. 465.

⁵²⁵ GADAMER, 2004, p. 92.

⁵²⁶ DWORKIN, 2000, p. 220.

⁵²⁷ GADAMER, 2004, p. 73; GADAMER, Hans-Georg. Sentido y Ocultación de Sentido em Paul Celan. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1993b, p. 121. Perceba-se que esta concepção aproxima a teoria gadameriana da defesa de Emilio Betti acerca das formas representativas, guardadas as devidas ressalvas que foram e ainda serão apontadas no decorrer deste estudo.

⁵²⁸ Gadamer afirma que o cânone hermenêutico de que ao texto não deve ser introduzido interpretativamente nada que o autor não pudesse ter tido em mente quando de sua feitura somente pode

inconscientes (embora os quantifique, mesmo que indiretamente, pela análise das circunstâncias objetivas relevantes), devendo, antes, ultrapassar o horizonte limitado do indivíduo.⁵²⁹

Também para Emilio Betti a vontade, enquanto fato psicológico interno, é incompreensível e incontrolável, pertencendo ao foro íntimo da consciência individual, tornando-se suscetível de interpretação e de valoração (vinculativa) apenas quando se torna reconhecível no ambiente social por meio de declarações e/ou comportamentos⁵³⁰ não-ocasionais e acidentais.⁵³¹ Enquanto formas de representação, os instrumentos da autonomia privada são as declarações e os comportamentos, e não a vontade interna dos agentes, a qual não se apresenta como sendo objeto da interpretação, mas como um resultado desta (meta de controle hermenêutico).⁵³² Em síntese, no caso de um contrato, o sentido deve ser buscado não na individualidade dos contraentes, mas, sim, na totalidade do ambiente social em que nasceu e se desenvolveu a relação contratual, segundo as visões nele correntes sobre o ato de autonomia privada.⁵³³

ser aplicado a casos extremos, pois “*os textos não pretendem ser compreendidos como expressão de vida da subjetividade do autor. Assim, não é a partir daí que podem ser traçados os limites de um texto*” (GADAMER, 2005, p. 486 e 511). Refere Sérgio Mendes que a hermenêutica filosófica tem a grande vantagem de por em evidência discursos que diziam perscrutar a vontade interna quando, em realidade, acabavam por traduzir a vontade do intérprete (MENDES, 2007, p. 210).

⁵²⁹ Esta conclusão conduz ao abandono do ideal iluminista da *estética do gênio*, que visava compreender um autor melhor do que ele mesmo se compreendeu, pois o texto objetivado deixa de depender de seu autor e das opiniões que este tenha (GADAMER, 2004, p. 126, 317 e 486; GADAMER, 1998a, p. 76), afirmação última que deve ser vista com ressalvas no que tange aos contratos, instrumento normativo conformado pela autonomia privada.

⁵³⁰ A distinção destas ações humanas leva em conta a natureza do ato e o evento que a conduz. Enquanto a declaração se dirige, necessariamente, a outrem (que poderá, ou não, vir a conhecê-la), contando geralmente com a colaboração psíquica alheia (atos jurídicos bilaterais), o comportamento não possui necessariamente destinatários, razão pela qual não diz com a consciência ou vontade dos agentes, esgotando seu resultado numa modificação fática, objetiva, relevante e socialmente reconhecível (BETTI, 2003a, p. 185).

⁵³¹ BETTI, 2003b, p. 211-212.

⁵³² BETTI, 2007, p. XXXVIII, 5 e 350; BETTI, 2003a, 80 e 181; BETTI, 2003b, p. 175 e 182. Betti refuta a colocação da vontade interna como objeto da atividade hermenêutica pelo fato de que a admissão desta situação implicaria a aceitação de que a interpretação pode prescindir de uma forma representativa.

⁵³³ BETTI, 2007, p. 369.

É interessante notar que a convergência dos autores supramencionados atende também ao resguardo de uma importante característica da hermenêutica, defendida por ambos: a historicidade (temporalidade da história no estabelecimento de sentido dos textos). A consideração do instrumento normativo como expressão de uma vontade exaurida colocaria a própria normatividade fora do fluir do desenvolvimento histórico, adotando uma postura do Direito enquanto sistema fechado e estático, o que não merece prosperar.⁵³⁴

Em face da dinamicidade das relações sociais sob as quais o contrato é constituído e desenvolvido, a relação contratual deve ser assumida como sendo um processo privado em constante construção (*private law in action*) que visa a resolução de uma situação concreta, e não como uma norma estatuída de forma impermeável ao transcurso da evolução do pacto. A procedimentalidade da relação contratual alcança não apenas a sequência de atos praticados pelos contraentes em conformidade com a lei (providência necessária para que o pacto alcance efeitos juridicamente vinculantes),⁵³⁵ mas também seu aspecto vinculativo em torno das circunstâncias do caso concreto, as quais podem se encontrar em dissonância com as regulações legais.⁵³⁶ O contrato é uma *lei em movimento* não apenas quando é interpretado,⁵³⁷ mas sempre.

Contudo, também são objetos de interpretação as reflexões inconscientes e os conteúdos implícitos e marginais do negócio que estejam consubstanciados na situação objetiva complexa, elementos que nada têm a ver com a vontade interna dos contratantes.⁵³⁸ Nesse sentido, cabe ressaltar que, embora a atividade interpretativa contratual não perquiria a vontade interna dos contraentes, sempre diz, de uma maneira

⁵³⁴ BETTI, 2007, p. 93-94.

⁵³⁵ ROPPO, 1988, p. 125.

⁵³⁶ RIBEIRO, 1999, p. 173.

⁵³⁷ Nesse sentido o entendimento de Karl Larenz: LARENZ, 1989, p. 489.

⁵³⁸ BETTI, 2007, p. 204 e 374.

ou de outra, com o âmbito subjetivo das partes.⁵³⁹ Em certa medida, a intenção dos contratantes poderia ser considerada objeto da interpretação, já que estes somente contratam em razão de seus interesses próprios. Porém, a atividade hermenêutica não deve recair em parâmetros subjetivos, pois aquilo que deve ser interpretado é a intenção bilateralizada mediada pela confiança. A conjugação das intenções e vontade com as circunstâncias do caso e a vontade do outro (intenção comum voltada ao adimplemento) é o que alarga o espectro da interpretação e a resgata de um espírito voluntarista.⁵⁴⁰

Questão atinente ao tema em exame é o de que a palavra escrita é apenas uma das formas comunicativas, não se podendo excluir que o contrato seja formado e desenvolvido com sinais de tipos diferentes (v.g.: gestos, entoação e simbologias),⁵⁴¹ que nesta condição se tornam absolutamente relevantes para a atividade interpretativa. A intenção consciente desta pesquisa é ampliar o objeto hermenêutico, o que se realiza tanto ao se expandir o que seja a declaração, quanto ao se deslocar o eixo do que seja o objeto da exegese.

Nesta tentativa de expansão do objeto da atividade hermenêutica, o estudo encampa parcialmente a noção de enunciado negocial de Carlos Ferreira de Almeida, a qual abrange toda e qualquer comunicação adequada ao negócio jurídico determinado e situado, independente de constituir ou integrar uma declaração negocial considerada classicamente como completa ou incompleta, tendo como requisitos apenas a unidade de emissor e a coerência da linguagem.⁵⁴² Deve-se considerar que nem mesmo o texto fechado, em sua pureza objetiva, escapa da sistematicidade de suas unidades internas e de relações de intertextualidade, as quais dizem com o cruzamento de enunciados de

⁵³⁹ FERREIRA DA SILVA, 2008.

⁵⁴⁰ FERREIRA DA SILVA, 2008.

⁵⁴¹ ROPPO, 1988, p. 93; FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 668.

⁵⁴² FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 278 e 281.

outros textos contemporâneos e históricos,⁵⁴³ desde aqueles que se referem à relação pregressa das partes (contratos anteriores ou fase de tratativas),⁵⁴⁴ quanto aqueles emanados do ordenamento jurídico. É por isso que o intérprete deve encarar a declaração sempre como sendo um texto e/ou enunciado aberto ao mundo, tendo-o, na lógica gadameriana, como resposta a determinada pergunta que é formulada pelas partes quando da conclusão do pacto⁵⁴⁵ (contrato como resposta às necessidades concretas dos contratantes). Assim, o texto contratual passa a ser o conjunto coerente e ordenado dos componentes do negócio jurídico constantes de seus respectivos enunciados.⁵⁴⁶

Contudo, a grande questão a ser enfrentada neste tópico é a exata delimitação do objeto da interpretação contratual. Se a doutrina clássica entende que essa atividade tem como objeto a declaração negocial, este estudo encampa a tese de que o agir interpretativo se debruça sobre o conteúdo global do negócio (expresso e/ou implícito), abrangendo o elemento textual (em sua dimensão intertextual), a historicidade do sujeito-objeto, a pré-compreensão do intérprete, a situação contextual do ato hermenêutico, os preceitos jurídicos estatais implicados e outras situações hermeneuticamente relevantes ao significado procurado.⁵⁴⁷

Por abarcar uma complexidade de elementos, a interpretação envolve um constante *ir e vir* entre o texto da declaração negocial, os fatos e as diretrizes atribuídas

⁵⁴³ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 294

⁵⁴⁴ A conclusão de que a fase de tratativas integra o objeto da atividade interpretativa é aceita pelo próprio sistema jurídico, conforme se depreende das regras dos arts. 427 e 429, do CC/02, as quais definem que a proposta de contrato obriga o proponente, e a oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar dos termos da manifestação comunicativa, da natureza do negócio, das circunstâncias do caso ou dos usos. Estas regras legais denotam não apenas a importância da interpretação na fase anterior à conclusão do contrato, mas também a relevância desta fase na posterior declaração constituída.

⁵⁴⁵ VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 189.

⁵⁴⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 297

⁵⁴⁷ LARENZ, 1989, p. 239-240. A declaração negocial somente poderia ser considerada como o objeto exclusivo da interpretação se o seu conceito foi expandido para abarcar uma entidade ideal que integra todos os elementos adequados à formação do contrato (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 1.100).

pela ordem jurídica (funções do instituto jurídico em causa e valores jurídicos implicados), quando então se realiza a qualificação normativa do caso concreto, o que culmina em um necessário processo de concreção por meio de ponderação que visa a organizar todos esses dados,⁵⁴⁸ tendo por objetivo o alcance de uma unidade de sentido e significação presente em uma situação que é inequivocamente objetiva e complexa.

Se o regulamento contratual resulta construído por meio de um concurso de fontes,⁵⁴⁹ a conceituação, abrangência e objeto da interpretação devem acompanhar esta realidade, onde *“as declarações de vontade não são o contrato, mas apenas um componente de sua complexa estrutura normativa, que integra, num todo orgânico e unitário, ‘elementos não consensuais’, fontes de vinculação que não promanam ex voluntate, mas da acção performativa dos contextos situacionais em que a relação se estabelece e se desenrola”*, como refere Joaquim Ribeiro.⁵⁵⁰

O objeto do procedimento interpretativo está voltado, ainda, não apenas ao contrato enquanto instrumento normativo (por vezes fixado por escrito),⁵⁵¹ mas também ao relacionamento geral dos contratantes entre si e com o mundo, ou seja, com a situação concreta e objetiva que os cerca,⁵⁵² conforme salienta Judith Martins-Costa:

De tudo resulta um novo modo de pensar-se a hermenêutica contratual. 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 contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato comunicativo,

⁵⁴⁸ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 130.

⁵⁴⁹ ROPPO, 1988, p. 187.

⁵⁵⁰ RIBEIRO, 1999, p. 15-16. No mesmo sentido: FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 262-263.

⁵⁵¹ Como salienta Gadamer, *“é preciso assinalar que o problema hermenêutico no procedimento oral e no escrito é no fundo o mesmo”* (GADAMER, 2004, p. 399).

⁵⁵² GADAMER, 2004, p. 381.

percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às ‘circunstâncias do caso’.⁵⁵³

Considerando o que foi dito, deve-se entender que o horizonte do contrato é constituído por uma *situação objetiva complexa*,⁵⁵⁴ uma totalidade orgânica,⁵⁵⁵ unitária

⁵⁵³ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 135-136.

⁵⁵⁴ Carlos Ferreira de Almeida afirma existir uma composição complexa do negócio jurídico, formado por mais do que uma declaração e por outros atos praticados pelas partes ou terceiros (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 262). Em outra obra, refere o autor que se o significado negocial é uno, sua determinação é complexa (FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 154). Nesse contexto, o conceito de situação objetiva foi adjetivado de complexo em aproximação com a teoria do *pensamento complexo* de Edgar Morin, a qual reagrupa unidade e diversidade no campo do conhecimento ao procurar “*ao mesmo tempo distinguir (mas não disjuntar) e reunir*” (MORIN, Edgar. O Pensamento Complexo, Um Pensamento que Pensa. In MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 207). Salienta o autor que, “*à primeira vista, a complexidade é um tecido (...) de constituintes heterogêneos inseparavelmente associados: coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Na segunda abordagem, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações e acasos que constituem o nosso mundo fenomenal*” (MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 20). Em outra passagem, o *paradigma da complexidade* é definido como sendo “*o conjunto de princípios de inteligibilidade que, ligados uns aos outros, poderiam determinar as condições de uma visão complexa do universo físico, biológico, antropológico*” (MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Lisboa: Europa-América, 1982, p. 246), o que leva à conclusão de que o pensamento não produz nem determina a inteligibilidade, mas incita o sujeito a investigar e considerar a complexidade do problema estudado. Os procedimentos cognitivos do pensamento complexo, que tratam com a incerteza e a organização, são guiados pelos seguintes princípios: (1) sistêmico-organizacional: liga o conhecimento das partes ao conhecimento do todo; (2) hologramático: inspirado no holograma (onde cada ponto contém a quase totalidade da informação do objeto representado), evidencia o paradoxo dos sistemas complexos, onde a parte está no todo e o todo se inscreve na parte (ex.: cada célula contém todo o material genético do indivíduo); (3) anel retroativo: media os processos de autorregulação e rompe com o princípio da causalidade linear ao entender que a causa age sobre o efeito, e este sobre a causa; (4) anel recursivo: supera a noção de regulação com a de autoprodução e auto-organização ao defender que os produtos e os efeitos são produtores e causadores do que os produz (ex.: o indivíduo produz a sociedade que é produtora da humanidade desse indivíduo ao aportar-lhe a linguagem, a cultura e as normas); (5) auto-eco-organização: media as noções de autonomia e dependência por intermédio do entendimento de que, embora o indivíduo seja auto-organizado, depende da energia, informação e organização do meio ambiente social (ex.: cultura) para salvaguardar a própria autonomia, o que denota que esta característica é inseparável de sua dependência; (6) dialógico: une paradigmas que, embora excludentes entre si, são indissociáveis numa mesma realidade, ou seja, assume termos que tendem a se excluir ao trabalhar com a dialógica ordem/desordem/organização (ex.: sempre vislumbra o todo, mesmo que ao considerar a sociedade o indivíduo desapareça e ao considerar o indivíduo a sociedade desapareça); (7) reintrodução do sujeito cognoscente: admite que todo conhecimento é uma reconstrução e tradução por um espírito situado em um determinado tempo e cultura (MORIN, 1990, p. 93-95 e 106-109; MORIN, Edgar. *Da Necessidade de um Pensamento Complexo*. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). *Para Navegar no Século XXI*. Porto Alegre: Sulina e Edipucrs. 2000. Disponível em: <<http://geccom.incubadora.fapesp.br/portal/tarefas/projetos-em-multimeios-i-e-ii-puc-sp/textos-uteis/pensamentocomplexo.pdf>> Acesso em: 28.01.2008). Mister se faz salientar que, embora a simplificação separe e reduza, enquanto o paradigma da complexidade une enquanto distingue, na teoria de Morin a complexidade e a simplificação não são excludentes, pois esta é geralmente necessária para a compreensão do todo (mesmo com os riscos que lhe são inerentes), embora deva ser frisado que não existe o simples, mas apenas o simplificado (Bachelard). Ademais, a complexidade de Morin não se assemelha ao conceito de totalidade. Dito isto, cabe salientar os principais pontos de contato da teoria ora em destaque com o paradigma teórico gadameriano. Primeiro, Morin também parte de uma compreensão crítica do ideal cientificista cartesiano por adotar o *paradigma da simplicidade*, restringindo suas análises

e dinâmica,⁵⁵⁶ sempre dotada de sentido (concatenação produtiva), a qual é formada pelo instrumento contratual representativo da autonomia dos contraentes, sua relação

ao tematizá-las por áreas, na vã tentativa de evitar a desordem (natural e necessária), o que acaba mutilando o pensamento do ser humano e relegando a complexidade das questões tratadas. Para o autor, a ciência deixa de circunscrever suas competências especializadas no contexto natural (realidade) que é multidimensional (simultaneamente econômico, psicológico, mitológico, sociológico, etc.). Ignorando o fenômeno sistêmico, a ciência compreende estas dimensões separadamente, em uma “*inteligência parcelar, compartimentada, mecânica, disjuntiva e reducionista que quebra o complexo do mundo, produz fragmentos, fraciona os problemas, separa o que é ligado, unidimensionaliza o multidimensional (...) matando assim todas as chances de julgamento corretivo ou de visão a longo termo*”, o que talvez a torne mais lúcida sobre uma pequena parte separada do seu contexto, mas a mantém cega sobre a relação entre a parte e o seu contexto (MORIN, 2000). Tal visão é bem representada no pensamento anedótico de George Bernard Shaw: “*o especialista é o homem que sabe cada vez mais coisas num terreno cada vez menor, o que o fará saber tudo sobre nada.*” Morin propõe a quebra de paradigmas por meio de uma abordagem transdisciplinar dos fenômenos, abandonando o reducionismo que tem pautado a investigação científica e privilegiando a criatividade, traço marcante da hermenêutica filosófica. Nesses termos, o pensamento complexo liga a autonomia da filosofia (tradicionalmente pensada de um ponto de vista puramente metafísico) com a dependência do determinismo científico, evitando tanto a manutenção de uma ciência com dependência e sem autonomia, quanto uma filosofia com autonomia e sem dependência. Embora o pensamento complexo não se reduza à ciência ou à filosofia, permite a comunicação entre elas, servindo-lhes de ponte (MORIN, 2000). Essa linha de raciocínio transcende a importância da transdisciplinariedade na pesquisa científica, uma vez que a destaca não apenas em seu aspecto externo (uso de vários ramos da ciência na análise de determinado objeto, em uma espécie de interdisciplinaridade), mas também em seu viés interno, que diz com a necessidade de assimilação da multidimensionalidade da realidade por cada um dos ramos da ciência (ex.: a própria hermenêutica jurídica deve reconhecer a complexidade de seu objeto), o que se constitui em noção muito valiosa ao presente estudo. Segundo, a partir das noções acima mencionadas, Morin aceita a ideia do movimento da compreensão parte-todo-parte (contida no conceito gadameriano de círculo hermenêutico), quando afirma que “*só podemos conhecer, como dizia Pascal, as partes se conhecermos o todo em que se situam, e só podemos conhecer o todo se conhecermos as partes que o compõem*”, devendo o sujeito ligar as coisas que parecem separadas umas em relação às outras. Em termos sociais (interessante do ponto de vista da tipificação contratual), Morin entende que o sujeito produz a sociedade que o produz, ou seja, o homem é uma pequena parte do todo social que se encontra em seu interior por meio das regras sociais, da linguagem social e da cultura. Parafraseando Marcel Mauss, o autor entende que “*é preciso recompor o todo*” (MORIN, 2000). Terceiro, assim como em Gadamer, a concepção de Morin acerca da construção de conhecimento tem natureza dialógica e aberta, não permitindo a exclusão de argumentos. O quarto, Morin liga o objeto ao sujeito e ao seu ambiente, em uma ausência de separação de tais polos da relação hermenêutica, defendendo, ainda, que o objeto deve ser considerado mais como um sistema-organização. O quinto, o entendimento de Morin vai ao encontro do ideal de concreção (fática e normativa) e de sua sistematicidade, quando propõe a necessidade do sujeito cognoscente contextualizar cada acontecimento em um viés sistemático, vislumbrando que as coisas não acontecem separadamente, pois “*toda e qualquer informação tem apenas um sentido em relação a uma situação, a um contexto*”, o que linguisticamente é percebido com a regra de que “*o sentido de um texto é esclarecido pelo seu contexto*” (ex.: a declaração *amo-te* pode expressar uma paixão sincera ou a farsa de um sedutor). (MORIN, 2000).

⁵⁵⁵ Betti utiliza reiteradamente expressões como *complexo orgânico* e *conjunto orgânico*, em consonância com o conceito aqui formulado de situação objetiva complexa (BETTI, 2007, p. XLVII, 11, 29 e 37). Em outra obra, o filósofo adverte que “*o negócio é considerado como um todo unitário, a interpretar na sua totalidade: um todo, entre cujas diferentes partes, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação*” (BETTI, 2003b, p. 176).

⁵⁵⁶ GRAU, 2003, p. 55. A apreensão da existência de uma unidade no curso da relação contratual impinge o entendimento de que as condutas subsequentes ao contrato formam um todo único com este (BETTI, 2007, p. 367). Essa conclusão é decisiva do ponto de vista hermenêutico, pois alcança a dimensão construtiva e relacional desta fase comportamental e comunicacional, transcendendo o paradigma clássico que vê os comportamentos posteriores à conclusão do pacto de forma estática e meramente comparativa com uma declaração inexplicavelmente cristalizada no tempo e no curso das relações humanas.

com o sistema jurídico e todas as circunstâncias do caso relevantes que permearam sua gênese e desenvolvimento,⁵⁵⁷ de cujo amálgama reside a imprescindibilidade da concreção normativa e fática no procedimento hermenêutico.

Seguindo as preciosas lições de Clóvis do Couto e Silva acerca da relação obrigacional, tem-se que a unidade desta *situação objetiva complexa* não se esgota na soma dos elementos que a compõem e deve ser considerada em seu aspecto dinâmico, já que a relação contratual se encadeia e se desdobra, temporária e historicamente, em direção ao adimplemento de todos os direitos e posições jurídicas objetos da pactuação,⁵⁵⁸ o que impõe a verificação de um aspecto cooperativo, tendo em vista a exigência geral da socialidade.⁵⁵⁹

A construção do conceito está centrado na ideia de que tudo o que é dito não contempla toda a verdade daquilo que pretendia ser comunicado, remetendo sempre ao que não foi dito, a sua motivação (causa e conteúdo do negócio jurídico). Refere

⁵⁵⁷ São exemplos disso a situação pessoal dos contratantes e as condições gerais do negócio. Karl Larenz e Judith Martins-Costa mencionam que a atividade de interpretar não se restringe ao que consta no instrumento contratual, pois este não é formado apenas por manifestações de vontade ou por condutas, mas igualmente pelas circunstâncias e dados contextuais particulares que o cercam, mesmo aqueles de natureza extrajurídica, como os interesses empresariais estratégicos, onde devem ser levadas em conta as regras que regem o setor econômico no qual inserida a operação (econômica) a que o contrato visa instrumentalizar (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 122; LARENZ, 1989, p. 223). Ademais, o conceito engloba, inclusive, as motivações conscientes e inconscientes da ação humana que foram objetivadas e que também são suscetíveis de interpretação (GADAMER, 2004, p. 506), pois a noção posta não se limita às declarações externadas, abarcando até mesmo o silêncio, objeto de grande significância no âmbito jurídico (MEGALE, 2005, p. 155).

⁵⁵⁸ O conceito de situação objetiva complexa atende à concepção da *obrigação como processo* suscitada por Karl Larenz e desenvolvida nacionalmente por Clóvis do Couto e Silva, a qual entende a relação obrigacional como um sistema de processos (cuja unidade não se esgota na soma dos elementos que a compõem); uma totalidade orgânica de cooperação (onde credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas) que se encadeia e se desdobra, temporariamente, em direção ao adimplemento (à satisfação dos interesses do credor), que atrai e polariza a obrigação, abrangendo “*todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas*” (SILVA, 1976, p. 5). Em termos complementares, cabe mencionar a acepção de Enzo Roppo sobre a processualidade no âmbito do Direito Contratual (ROPPO, 1988, p. 125) e de Miguel Reale sobre a processualidade do pensar (REALE, 1999, p. 89). Com relação ao tema, mister se faz destacar, ainda, que a noção do contrato como processo engloba o uso da terminologia processo (série de atos conformados no tempo, tendentes a um fim, que é o adimplemento) e procedimento (forma como os atos processuais se dão) (ex.: conclusão imediata e sumária nos contratos de adesão e mais longa e negociada nos contratos paritários) (FERREIRA DA SILVA, 2008).

⁵⁵⁹ BETTI, 2007, p. 355.

Gadamer que uma pergunta da qual não se sabe a motivação não pode ser respondida, sendo na história da motivação da pergunta que se abre o âmbito no qual é possível a busca de uma resposta. É só o não-dito que converte o dito em palavra que pode nos alcançar, ou seja, um enunciado somente se torna compreensível quando no dito se compreende também o não-dito.⁵⁶⁰

Isso ocorre precisamente e sempre no âmbito da interpretação dos contratos, onde o instrumento é compreendido nos limites das motivações dos contraentes, ou melhor, no limite da motivação bilateralizada dos contratantes quando da realização do pacto e de sua execução. O âmbito do contrato não se esgota naquilo que o instrumento diz, no que a partir dele vem à fala. Sua linguagem remete para além dela mesma e da expressividade que apresenta, não porque a linguagem seja imprecisa, mas porque sempre permanece aquém do que evoca e comunica, possuindo um sentido implícito que funciona como um pano de fundo diverso da vontade subjetiva e que necessariamente precisa ser quantificada pelo intérprete.⁵⁶¹ É exatamente pela necessidade de abarcar esses fenômenos que não se encontram no contrato, mas, sim, no conjunto global das circunstâncias relevantes (fáticas e normativas), que o objeto da interpretação adotado neste estudo (situação objetiva complexa) é tão abrangente, confrontando-se com a doutrina clássica (oitocentista e voluntarista) que limita o objeto da interpretação à declaração de vontade.⁵⁶²

Joaquim Ribeiro já delineou a complexidade orgânica e unitária da estrutura normativa do contrato formada não apenas pela declaração negocial, mas também por

⁵⁶⁰ GADAMER, 2004, p. 67, 181 e 575; GADAMER, 2007c, p. 78-79. Ao seguir Urban, Emilio Betti aceita o fato de que o sujeito compreende mais do que foi expresso (BETTI, 1990b, p. 850).

⁵⁶¹ GADAMER, 2004, p. 209-210. Nesta última passagem, Gadamer ainda refere que o dizer movimentase para trás de si mesmo de duas formas: o que no dizer permanece não-dito, tornando-se presente como não dito no dizer, e o que no dizer se encobre. Todos esses níveis da linguagem devem ser captados pelo intérprete em seu esforço hermenêutico.

⁵⁶² MIRANDA, 1989, p. 178; LARENZ, 1989, p. 377; SANTA MARIA, 1966, p. 8.

fontes performativas oriundas dos contextos situacionais (elementos não-consensuais). O autor refere que a concepção do contrato como sendo um sistema particularizado imerso em outros sistemas mais amplos possui duas grandes virtudes. A primeira, que permite melhor captar no plano da relação dos contraentes (autonomia presente no desenvolvimento da relação contratual) a produção de efeitos vinculativos que não poderiam ser normativamente reconduzidos a abstração jurídica do acordo de vontades (aspecto nomogénico que alarga o espectro dos efeitos obrigatórios do contrato, dotando-o de uma desejável mobilidade relacional). A segunda, que alcança a visão do contrato como instrumento de normação de relações sociais permite dar relevo a aspectos estruturais e funcionais da realidade a ordenar, potencializando o raciocinar por concreção, pois a conduta das partes passa a ser analisada de forma situada, abarcando aspectos institucionais dos sistemas social, econômico e jurídico.⁵⁶³

Ressalte-se, ainda, que, se estando liberto do dogma da vontade – pois a partir do conceito de situação objetiva complexa a hermenêutica contratual passa a buscar o significado do conteúdo global do negócio jurídico, e não mais do parâmetro subjetivo do conteúdo da declaração negocial –, não subsiste a mínima razão para posicionar as circunstâncias do caso fora do objeto da interpretação. A ideia de que as circunstâncias relevantes (ex.: comportamento do declarante) se constituem em mero material interpretativo (*facta concludentia*) do qual o intérprete extrai a declaração e o seu sentido,⁵⁶⁴ parece mais um artificialismo do que realmente ocorre na factualidade do agir interpretativo. Esta desconexão com a realidade hermenêutica fica bem demonstrada quando se observa, por exemplo, que de simples comportamentos resultam relações de tipo contratual, razão pela qual não se pode negar que estes elementos

⁵⁶³ RIBEIRO, 1999, p. 15-19.

⁵⁶⁴ MARINO, 2003, p. 164.

fáticos e normativos são objeto da interpretação que procurará desvelar o significado, alcance e validade dos contratos ou das mencionadas relações paracontratuais. Já na introdução de sua publicação sobre hermenêutica, Eros Grau é enfático ao defender que as circunstâncias do caso englobam o objeto da interpretação, por serem constitutivas da norma: “*ao interpretar os textos normativos e os fatos, elementos do caso, o intérprete toma também como objeto de compreensão a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá.*”⁵⁶⁵

Deve ser salientado, por fim, que, no âmbito da *situação objetiva complexa*, a declaração negocial encerra uma verdadeira fusão dos horizontes dos contratantes acerca do negócio jurídico regulado pelo instrumento que, sendo o produto final do acordo de vontades, não encampa a vontade do contratante “A” e do contratante “B”, mas *a vontade unificada dos contratantes*. Esta *vontade bilateralizada* é algo bastante diverso da soma das motivações subjetivas, não podendo ser desmembrada, especialmente tendo como parâmetro a vontade particular de qualquer das partes. Há um potencial de alteridade em todo consenso, não sendo o contrato exceção.⁵⁶⁶ O contrato implica a participação em um significado comum. Além da natureza normativa, o contrato encerra uma dimensão de solidariedade ético-social no acontecer da comunhão de autonomias. Nesses termos, cabe salientar que é exatamente sobre essa vontade unificada que o intérprete se debruça em seu esforço hermenêutico.

⁵⁶⁵ GRAU, 2003, p. 17. Esta afirmação é ratificada em diversas outras passagens de sua obra: GRAU, 2003, p. 22, 28, 84, 93, 97 e 186.

⁵⁶⁶ Ao encontro destas considerações, a concepção dialógica gadameriana acerca da comunicação humana, a qual se encontra fundada na premissa de que o diálogo não se constitui em opiniões contrapostas ou na mera soma da opinião dos interlocutores, mas em uma comunhão de opiniões, em uma interpretação comum do mundo, pois ele transforma a ambos. O caráter dialogal presente no horizonte do contrato ultrapassa o ponto de partida da subjetividade dos contratantes (GADAMER, 2004, p. 140, 221 e 387).

Em face da natureza socioeconômica do contrato, interpretar é sempre dar concreção (= concretizar) à pactuação, pois é a atividade hermenêutica que opera a inserção do elemento normativo na sua realidade constitutiva (retorno ao contexto social que originou e desenvolveu o contrato). É essa a dimensão que passa a ser analisada na segunda parte do estudo, onde serão apresentadas as premissas do raciocínio por concreção, bem como o instrumental necessário e os limites presentes na consecução desta tarefa, explorando as potencialidades hermenêuticas dos postulados das circunstâncias do caso e da proporcionalidade.

II. HERMENÊUTICA E CONCREÇÃO

Assentadas as premissas acerca dos pressupostos necessários ao fenômeno hermenêutico que se debruça sobre o instituto do contrato, nesta segunda parte o estudo procura a complementação teórica do paradigma interpretativo aqui tratado, apresentando a essencialidade do raciocínio por concreção no *iter* exegético.⁵⁶⁷ Para tanto, inicialmente serão apresentadas as considerações gerais sobre o método concretista e, posteriormente, serão enfrentadas as peculiaridades da concreção fática, relativa ao contexto material significativo da relação contratual, e normativa, atinente à relação da pactuação privada com as diretrizes do ordenamento jurídico.

Antes de enfrentar os temas supramencionados, cabe destacar que neste tópico será enfatizada a influência do método concretista no âmbito da interpretação contratual,

⁵⁶⁷ Os vetores que guardam maior correlação com o raciocínio por concreção são: o postulado do *Dasein*, a contemplação hermenêutica da finitude humana, o amálgama interpretação-compreensão-aplicação, o caráter criativo da atividade exegética, a ausência de separação entre sujeito e objeto, a força vinculante do objeto interpretado, a historicidade e a dimensão linguística do fenômeno hermenêutico, a imprescindibilidade da pré-compreensão do sujeito cognoscente e a noção de circularidade hermenêutica. No âmbito do assunto ora tratado, Larenz chama a atenção para o movimento essencial todo-parte-todo presente na noção de circularidade hermenêutica (LARENZ, 1989, p. 337).

apresentando-o como premissa necessária e instrumento indissociável da busca pela compreensão do contrato. Assim, aqui serão enfrentados os pressupostos que permitirão a correta e efetiva mensuração dos aspectos fáticos e normativos contidos na *situação objetiva complexa*, o que se fará mediante a respectiva utilização dos postulados normativos das circunstâncias do caso e da proporcionalidade.⁵⁶⁸

Desenvolvendo uma concepção concretista centrada na tese de que existe uma dialética produtiva de complementação e restrição recíprocas na relação entre os pensamentos (formas de raciocínio) tópico e sistemático, o estudo irá examinar duas vertentes possíveis da concreção. Primeira, sua dimensão fática, que envolve a mensuração hermenêutica dos elementos concretos formadores da situação objetiva complexa por meio do postulado normativo das circunstâncias do caso. Segunda, seu viés normativo, que encampa a relação entre o ato de autonomia representado pela declaração negocial e o sistema jurídico, o que abrange uma dimensão sistêmica mediada pelo postulado da proporcionalidade.

Contudo, deve-se salientar que a cisão destes planos se dá por razões eminentemente didáticas, pois é somente na análise conjunta dos aspectos fáticos e normativos da concreção contratual que se alcançará a desejada completude no agir hermenêutico. Enfatizar apenas um dos planos (fático-tópico ou normativo-sistemático) no *iter* interpretativo redundaria em uma apreensão apenas parcial de um fenômeno complexo que se desencadeia de forma absolutamente unitária.

⁵⁶⁸ Devido ao seu objeto, o estudo enfoca a importância hermenêutica das circunstâncias do caso. Porém, cabe ressaltar que as mesmas, na condição de vetores materiais, possuem fundamental importância, também, na formação e conformação da relação contratual. Exemplo desta situação ocorre com as chamadas relações contratuais de fato ou paracontratuais (surgidas da proteção da confiança), advindas do contato social, comportamentos socialmente típicos (Larenz), relações comunitárias (societárias e de trabalho) e resultantes da prestação de bens e serviços essenciais (ex.: água, luz, transporte coletivo). FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 27-28; FERREIRA DA SILVA, 2001a.

É por meio destes vetores, conformadores da concreção individualizadora, que a atividade hermenêutica passa a considerar a estrutura única do caso e, a partir desta, constrói uma compreensão e consequência jurídica estruturada de forma singular – embora com pretensões de universalidade e intersubjetividade –, de forma que todas as circunstâncias fáticas e normativas repercutam no produto final de uma atividade interpretativa sempre considerada como instância produtiva, incompleta e crítica.⁵⁶⁹

Nestes termos, aqui se pretende afastar o erro (e a fácil tentação!) que deriva do entendimento de que os problemas hermenêuticos podem ser resolvidos tão somente a partir da análise das declarações formais que constituem a relação contratual, pois, como bem salienta Miguel Reale, estas devem sempre ser situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias. A um agir hermenêutico que se pretenda minimamente sério do ponto de vista científico, não basta a exegese puramente formal das cláusulas contratuais, uma vez que estes elementos somente têm significação real quando apreciados em sua concretude, dimensão que desvela não apenas o sentido das palavras empregadas, mas o significado destas na conjuntura e na circunstancialidade/facticidade em que foram proferidas.⁵⁷⁰

A. O Raciocínio Jurídico por Concreção

No presente tópico será apresentada a estrutura teórica do raciocínio jurídico por concreção. O cumprimento desta tarefa consistirá no enfrentamento dos

⁵⁶⁹ ENGISCH, 1968, p. 389

⁵⁷⁰ REALE, 1997b, p. 1 e 3-4. Em outro texto, o jusfilósofo brasileiro ressalta que “*toda interpretação é condicionada pelas mutações supervenientes, implicando tanto a intencionalidade originária do contrato, quanto as exigências fáticas e axiológicas ocorridas, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (natureza histórico-concreta do ato interpretativo)*” (REALE, Miguel. Características do Contrato de Concessão Comercial. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997a, p. 184).

pressupostos gerais desta vertente hermenêutica, na necessária imposição de limites à sua utilização, na apresentação de sua correlação com a manutenção da força normativa do contrato, na atribuição dos pontos de relevância hermenêutica dos diversos tipos contratuais e, por fim, no desvelamento da natureza jurídica das circunstâncias do caso e da proporcionalidade, preceitos que irão nortear as duas parcelas finais desta segunda parte do estudo.

1. Os pressupostos gerais sobre o raciocínio por concreção

Em termos conceituais, salienta Miguel Reale que, no plano legislativo, a concreção jurídica constitui-se na “*obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas quando possível legislar para o indivíduo situado.*”⁵⁷¹ Voltada ao exame da interpretação contratual, Judith Martins-Costa assim se posiciona:

A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever ser (...) são compreendidas ‘em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa’, assim se possibilitando a sua *determinação* ou *especificação*. (...) trata-se de um *processo multidirecional* em que direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final. Em tal sentido, o termo ‘concreção’ designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) *em sua correlação* com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica sopesar os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adota uma *atitude de ordenação* e de *estabelecimento de relações* compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa.⁵⁷²

⁵⁷¹ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, 1986, p. 6 e 13.

⁵⁷² MARTINS-COSTA, 2005b, p. 137.

Em termos estruturais,⁵⁷³ o *método concretista*⁵⁷⁴ gravita em torno de três dados essenciais: *compreensão prévia do intérprete (pré-compreensão)*, *elemento normativo a ser concretizado* (em sua dimensão sistemática) e *problema concreto a ser solucionado*.⁵⁷⁵ Tais elementos são encarados de forma dialética e orgânica, pois a teoria da concreção jurídica não aceita nenhuma explicação do fenômeno jurídico⁵⁷⁶ que

⁵⁷³ Historicamente, o método concretista foi desenvolvido no campo do Direito por meio de estudos voltados ao plano da heteronomia, especialmente do Direito Constitucional, por grandes expoentes, cada qual oferecendo valiosas contribuições que merecem ser ao menos sumariamente mencionadas, pois podem ser aplicadas ao plano da interpretação contratual, até porque o Direito Privado é um dos ramos mais afeitos ao raciocínio situado (HESSE, 1998, p. 70; LARENZ, 1989, p. 160; GRAU, 2003, p. 54). Konrad Hesse comunga do entendimento gadameriano de que a norma somente se completa no ato interpretativo (caráter criativo da atividade hermenêutica) e de que a compreensão pressupõe a pré-compreensão do intérprete (STRECK, 2000, p. 244). O autor entende que a compreensão somente surge em face do *problema concreto*, de forma que a determinação do sentido do objeto e a sua aplicação ao caso concreto constituem um processo unitário. A ideia de concreção desenvolvida por este pensador é a de que o Direito tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida e a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa (da Constituição) (procedimento hermenêutico submetido ao princípio da ótima concretização da norma [*Gebot optimaler Verklichung der Norm*]), sendo o procedimento interpretativo adequado quando o intérprete consegue concretizar o sentido (*Sinn*) da proposição normativa no contexto das condições reais de uma determinada situação hermenêutica (HESSE, 1991, p. 22; HESSE, 1998, p. 50-51 e 61). Já Friedrich Müller entende que o texto jurídico é apenas a parte descoberta de um iceberg normativo composto pela situação concreta, pois a interpretação engloba tanto o *programa normativo* (dados linguísticos da disposição analisada) quanto o seu *domínio normativo* (parcela da realidade concreta a que a norma se dirige), o qual é apenas parcialmente contemplado por aquela dimensão (programa normativo), cabendo ao sujeito cognoscente articular, dentro da atividade de concretização, estes dois processos parciais que se encontram teoricamente separados (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 456). Esta apreensão está construída sobre a negação da contraposição entre *ser e dever-ser*, ou seja, entre a norma e a realidade a que ela se dirige. Nessas condições, o elemento normativo não é apenas a premissa maior do silogismo, pois o seu domínio é parte integrante da configuração da previsão normativa. Contudo, cabe mencionar que o autor em exame deixa transparecer que esta simbiose entre norma e realidade se daria apenas nos casos em que o elemento normativo não define de modo suficiente e preciso o seu âmbito de aplicação, o que não se coaduna com a matriz teórica aqui utilizada (LARENZ, 1989, p. 154-157). Por fim, galgado em uma ideologia democrática e como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, Peter Häberle defende a ideia de que todo aquele que vive a norma (constitucional) acaba por interpretá-la, razão pela qual toda a sociedade se converte em força produtiva de interpretação (alargamento do círculo de intérpretes, alcançando todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos). Nesses termos, a interpretação surge como elemento da sociedade aberta, sendo ao mesmo tempo um componente resultante da influência desta e um fator formador e/ou constituinte da mesma (HÄBERLE, 1997, p. 10, 13 e 30; BONAVIDES, 1994, p. 228 e 472).

⁵⁷⁴ A expressão *método concretista* deve ser vista com ressalvas. Embora seja amplamente aceita pela doutrina, a forma de raciocinar por concreção não atende, necessariamente, a um pensamento galgado no ideal metódico, o que por certo não ocorre perante o paradigma hermenêutico adotado neste estudo.

⁵⁷⁵ HECK, 2006, p. 14. Engisch refere que o raciocínio por concreção contempla referências da individualidade do caso quanto e da individualidade de quem decide (ENGISCH, 1968, p. 183).

⁵⁷⁶ O método concretista também assume feições substanciais na seara material de outras áreas do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no Direito de Família, onde está ganhando vulto o entendimento de que a paternidade socioafetiva goza de primazia com relação ao reconhecimento formal de paternidade. Nesta seara, a consubstanciação do raciocínio por concreção ainda assume relevância na questão do

derive tão somente de um dos seus aspectos,⁵⁷⁷ procurando, antes, integrá-los em uma unidade sociodinâmica que detenha natureza lógico-normativa (conciliando as exigências estruturais e funcionais do Direito).⁵⁷⁸ Assim sendo, a interpretação surge como elemento necessário e imprescindível da construção normativa, e a concreção não se debruça apenas por sobre o caso concreto, como a nomenclatura poderia falsamente indicar.⁵⁷⁹ Nesse sentido o pensamento de Konrad Hesse, que alcança a concreção normativa (e sistemática) aqui proposta:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré) compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.⁵⁸⁰

procedimento de adoção, onde, considerando as circunstâncias do caso (demonstração da paternidade socioafetiva e de outras provas relevantes acerca do desejo de ser pai/mãe do menor), a jurisprudência tem reconhecido inclusive a adoção póstuma (tácita e preexistente aos processos normativos formais), realizando uma interpretação extensiva do art. 1.628, do CC/02 (RESP 457635/PB, 4ª Turma, STJ Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. em 19.11.2002; AC 70014741557, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, j. em 07.06.2006; AC 70003643145, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 29.05.2002). Maiores exemplos poderiam ser trazidos do Direito Penal, área mais afeita à análise material das questões judicializadas (situação normada). Nesse campo, pode-se citar a aplicação do princípio da insignificância, que em razão da análise do contexto fático, afasta a tipicidade da conduta delitiva, raciocínio que pode ser utilizado na seara civil, como decidido pelo TJRS na AC 70012886412 (ação civil pública sobre improbidade administrativa que tinha como objeto dano ao erário apurado em R\$ 8,47): “a incidência indiscriminada da norma, sem que tenha o julgador a noção da proporcionalidade e da razoabilidade, importa materializar a opressão e a injustiça. Por isso, condutas que do ponto de vista formal se amoldam ao tipo não devem ensejar punição, quando de nenhuma relevância material. O princípio da insignificância dá solução a situações de iniquidade na medida em que ‘descriminaliza’ condutas que embora formalmente típicas, não atingem o bem jurídico protegido ou o atingem de modo irrelevante” (AC 70012886412, 21ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, j. em 08.02.2006). Também no âmbito da responsabilidade civil verifica-se a necessidade de um raciocínio por concreção, tal como ocorreu no caso da AC 1.0024.05.750908-5/001 do TJMG, onde a Corte entendeu que, embora ofendido o procedimento exigido pelo art. 43, § 2º, do CDC (que exige a comprovação da informação do consumidor acerca da inclusão do seu nome no banco de dados), o que em tese geraria danos morais, no caso em análise este tipo de prejuízo não estaria configurado, pois o cidadão anteriormente já possuía má reputação devido a várias outras inscrições em cadastros de inadimplentes (AC 1.0024.05.750908-5/001, 18ª Câmara Cível, TJMG, Relator Desembargador Elpídio Donizetti, j. em 21.11.2006).

⁵⁷⁷ No que tange ao processo de subsunção, poder-se-ia dizer que, no método concretista, as circunstâncias do caso não atuam mais apenas como elementos da premissa menor da construção silogística, pois passa a concatenar produtivamente a norma que constitui a premissa maior (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 180).

⁵⁷⁸ REALE, 1981a, p. 7. No mesmo artigo o jurista brasileiro chega a afirmar que “a norma jurídica é a sua interpretação” (REALE, 1981a, p. 9).

⁵⁷⁹ MARTINS-COSTA, 2008; AMARAL, 2006, p. 86-87.

⁵⁸⁰ HESSE, 1998, p. 63.

Embora o raciocínio por concreção não possa ser considerado um tema novo para a teoria da compreensão,⁵⁸¹ ganha enorme relevância no atual contexto, onde os operadores jurídicos, a doutrina e a jurisprudência trabalham, de maneira geral, com opostos indesejáveis, optando ora por ignorar a necessidade de um raciocinar por concreção, ora por se utilizar de uma concreção alienante, o que se mostra igualmente prejudicial para o desenvolvimento científico do Direito.

Como se não bastassem os radicalismos, extrai-se da práxis jurídica outra forma problemática no uso hermenêutico da concreção, que é a adoção meramente retórica desta forma de pensar o fenômeno hermenêutico. Embora seja usual na doutrina e na jurisprudência a adoção de um discurso de desvinculação com o positivismo normativo radical (para o qual Direito e fato concreto são duas entidades objetivas, independentes e separadas),⁵⁸² é inequívoco que a posição majoritária entende a norma estatal ou contratual como um imperativo dado e acabado antes do caso concreto ao qual o determinado elemento normativo se aplica,⁵⁸³ atividade esta que é realizada de

⁵⁸¹ Subjacente os tema em exame está o antigo problema metafísico da concreção do universal. (GADAMER, 2004, p. 33).

⁵⁸² HOMMERDING, 2003, p. 40. Seguindo a observação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, este estudo, ao buscar um *normativismo concreto* que desvele a complexidade das estruturas normativas e possa responder à chamada *crise do direito* (REALE, 1968, p. 188), se volta “*contra uma certa indecisão existente ainda na doutrina atual, que permite que a combatida concepção da ‘normatividade jurídica abstrata’, expulsa pela porta da frente, entre, sorrateira, pela porta dos fundos*” (FERRAZ JÚNIOR, 1981). O próprio Gadamer sugere que “*um positivismo legal que quisesse reduzir toda a realidade jurídica ao direito positivo e a sua aplicação correta dificilmente encontraria hoje alguém que o adotasse*” (GADAMER, 2004, p. 465). No mesmo sentido Larenz, para quem “*a interpretação das leis, como toda a compreensão de expressões alheias, tem lugar em um processo que se não pode adequar às estritas exigências do conceito positivista de ciência. Exige, em rigor, a constatação dos factos e, assim, a constatação do texto e de toda e qualquer circunstância que possa vir a relevar para a interpretação*” (LARENZ, 1989, p. 141).

⁵⁸³ FERRAZ JÚNIOR, 1981.

forma isolada dos vetores axiológicos que regem o ordenamento em sua condição de totalidade normativa.⁵⁸⁴

Karl Larenz afirma que o problema fundamental da hermenêutica jurídica não é a distância temporal entre a concepção da norma e o momento de sua aplicação (historicidade), mas, sim, a distância entre a sua generalidade (presente em menor medida nos contratos paritários)⁵⁸⁵ e as especificidades do caso concreto, sendo tarefa da concretização a superação deste hiato.⁵⁸⁶

Nesses termos, o que se busca raciocinando por concreção é a (re)qualificação do elemento normativo em face das exigências particulares da situação concreta, já que mesmo no âmbito jurídico o desenvolvimento do problema hermenêutico não pode

⁵⁸⁴ A falta de um discurso concretista na doutrina é, em certa medida, explicada pela adoção do paradigma da codificação e da instrumentalização (e do ideal científico que lhe dá suporte), importado das ciências naturais e aplicado “a forceps” a uma dita ciência social que é o Direito. Esta noção compreende a aplicação de regras normativas particulares aos indivíduos para que, a partir deste “experimento”, se alcance a possibilidade de derivar normas gerais que devem ser aplicadas, posteriormente, de forma dedutiva por meio de um processo de simples subsunção. O grande problema deste procedimento teórico é o grau de autonomia e independência que alcança o axioma, a tal ponto de não permitir ao operador jurídico efetivar o raciocínio em contrário, ou seja, efetivar a verificação de que o axioma deriva da “junção” de casos particulares. FERREIRA DA SILVA, 2008.

⁵⁸⁵ O grau de generalidade presente no plano dos contratos é variável, porém sempre existente (ex.: maior generalidade nos contratos de adesão). Mesmo que o contrato se constitua em um elemento normativo representativo de uma situação particular, não deixa de possuir uma pretensão de generalização de suas regras, exatamente por não conseguir prever todas as contingências da realidade. Essa dimensão é facilmente percebida nos modernos contratos relacionais que, devido à complexidade da situação fática regulada e da grande duração temporal da pactuação, se limitam ao estabelecimento de processos institucionais pelos quais os termos de trocas e ajustes serão efetivados no curso do cumprimento contratual. A classificação aqui mencionada atende ao paradigma teórico que se encontra na estrutura de modelos contratuais proposta por Ian Macneil. Se no *modelo clássico* o contrato possui como características a descontinuidade (atos contratuais independentes e autônomos), a impessoalidade (transação definida sem quantificar a qualidade das partes), a presentificação (contrato planeja no presente todos comportamentos futuros) e o individualismo (conduta egoísta e antagônica dos contratantes, visando a obtenção da maior vantagem econômica possível); no *modelo relacional* (que supera o *modelo neoclássico*) o contrato (de longa duração) detém como peculiaridades as transações contínuas, a abertura (grande mutabilidade de parâmetros contratuais), a procedimentalidade ou desmaterialização do objeto (pacto se limita a estabelecer processos institucionais pelos quais os termos de trocas e ajustes serão especificados no curso do cumprimento contratual), a alta exigência de relações primárias e a cooperação e solidariedade como vetores intrínsecos da pactuação (contrato estabeleça processos de cooperação interorganizacional na atividade comercial) (MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Direito do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 105-107; 116-117 e 125-131).

⁵⁸⁶ LARENZ, 1989, p. 250-251. No mesmo sentido: GADAMER, 2004, p. 359.

levar em consideração apenas questões normativas, pois a concretização do Direito nem sempre (ou quase nunca) representa um problema jurídico independente,⁵⁸⁷ uma vez que o universo normativo é sempre voltado à regulação de questões fáticas (tenham elas uma dimensão social ou individual).

No curso de seu pensamento culturalista⁵⁸⁸ e ontognoseológico,⁵⁸⁹ afirma Miguel Reale que a relevância hermenêutica não está na norma, mas na *situação normada*, referindo expressamente que “a ‘concreção jurídica’ caracteriza-se pelas observações das species juris, não em abstrato, mas no conjunto de suas circunstâncias existenciais, levando-se em conta a totalidade congruente dos motivos e fatos ocorrentes.”⁵⁹⁰ Trazendo estas lições para o horizonte da hermenêutica filosófica, conclui-se que a identidade existencial do elemento normativo e a realidade (*ser-aí*) estão completamente fundidas, sendo a norma (seja de que espécie for) sempre uma *norma-no-mundo (norma-mundana)*.

⁵⁸⁷ GADAMER, 2004, p. 454; AMARAL, 2006, p. 90.

⁵⁸⁸ A concepção culturalista de Miguel Reale está embasada na correlação entre bens culturais e fatos normativos e entre realidade social e experiência jurídica, apresentando os regulamentos normativos como síntese e integração do *ser* e *dever-ser*, da experiência particular e da experiência do ordenamento, ambas objetivadas na história (REALE, Miguel. *Teoria e Prática do Direito: concubinato e sociedade concubinária*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 54 e 165; REALE, 1986, p. 112). Esse é um paradigma modelar e interessante para este estudo, onde se pretendeu inserir uma matriz hermenêutica ontológica (situada no plano do *ser*) no universo normativo do Direito (situado no plano do *dever-ser*).

⁵⁸⁹ A ontognoseologia é uma proposta de teoria do conhecimento que parte de referências objetivas e trabalha com o sujeito e o objeto com sendo duas polaridades que se complementam (REALE, 1999, p. 54 e 60), entendendo que não existe universalidade ou concreção fora dos nexos relacionais que se constituem na simbiose destes polos, o que se afina com o pensamento gadameriano da ausência de separação entre sujeito e objeto. A teoria de Reale se divide em gnoseologia (parte *subjecti*), que indaga as condições transcendentais de cognoscibilidade de algo, e ontologia (parte *objecti*), que investiga as condições segundo as quais algo pode se tornar objeto de conhecimento (REALE, 1999, p. 84), procurando retirar todas as cargas excessivas de filosofias extremamente objetivistas e de disciplinas subjetivistas em geral. Como refere o filósofo, “na ontognoseologia, ora o problema é posto do ponto de vista do sujeito, ora do ponto de vista do objeto, sendo estas duas considerações complementares, não podendo ser separadas. Só podem ser distintas como aspectos ou momentos de um único processo”. (REALE, 2002, p. 301). O filósofo ainda afirma que se “sujeito e objeto não se co-implicassem na consciência intencional, não haveria concretude no ato de conhecer; se, por outro lado, qualquer dos dois termos se reduzisse ou se resolvesse no outro, não haveria processo cognitivo” (REALE, 1999, p.114). Já a ontognoseologia jurídica é considerada como sendo uma parte especial da Filosofia do Direito, enquanto estudo específico de cada um dos elementos da Teoria Tridimensional de Reale (fato, valor e norma), de acordo com perspectivas éticas, lógicas e/ou histórico-culturais.

⁵⁹⁰ REALE, 1984, p. 175 e 201. Gerson Branco desvela a junção dos pensamento culturalista e ontognoseológico na obra de Miguel Reale: BRANCO, 2006, p. 62.

A *situação normada* não deve ser concebida como sendo um terceiro elemento na atividade interpretativa ou um produto desta, pois além da dimensão linguística do contrato não exprimir de modo suficiente e adequado a sua validade, *inexiste uma radical oposição entre norma e realidade*. No contexto da hermenêutica jurídica, não há como falar em fato e norma enquanto conceitos apartados, até mesmo porque não é possível uma distinção absoluta entre Direito e fato, pois “*toda questão de direito é uma questão de fato e toda questão de fato é uma questão de direito.*”⁵⁹¹ Como estabelece Enzo Roppo, é a interpretação que constitui a atuação concreta da pactuação e realiza, efetivamente, a operação econômica que lhe corresponde ao individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada contraente.⁵⁹²

Nesse contexto, há uma solidariedade entre Direito e fato em todo problema jurídico concreto, o que inviabiliza uma distinção absoluta nos campos prático e teórico. Formando um todo unitário incindível, descabe ao intérprete efetivar uma artificiosa decomposição da *situação normada* ou da *norma-no-mundo*. Ao encontro destas considerações, a lição de Castanheira Neves:

O “puro facto” e o “puro direito” não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito; o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto: pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria de direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto.⁵⁹³

No Direito não pode subsistir uma separação absoluta entre *ser (Sein)* e *dever-ser (Sollen)*, pois o conteúdo e o significado da norma de *dever-ser* não é estabelecido sem observância das relações fáticas que envolvem a dimensão do *ser*. Nesse sentido,

⁵⁹¹ HOMMERDING, 2003, p. 10.

⁵⁹² ROPPO, 1988, p. 169-170.

⁵⁹³ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto, Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*: ensaio de uma resposta crítica. Coimbra: Almedina, 1967, p. 55-56. No mesmo sentido: AMARAL, 2006, p. 90.

tem o Direito e todos seus elementos normativos (dos quais o contrato faz parte) uma vinculação básica e fundamental à realidade.⁵⁹⁴

Sendo o contrato produto da autonomia humana, deve ser analisado na totalidade dos fatores materiais e espirituais que lhe dão substrato, *“integrado nas razões históricas de seu desenvolvimento, nas interações e correlações necessárias com o mundo envolvente da cultura a que pertence”*.⁵⁹⁵ Reale tem a argúcia de demonstrar, ainda, que esta renovada investigação da objetividade tem como consequência não a negação da subjetividade, mas seu enriquecimento enquanto subjetividade concreta e intersubjetividade.⁵⁹⁶

A ciência jurídica deve se esforçar para superar os conceitos legais e alcançar as formas concretas e reais da vida (histórica, econômica, sociológica, religiosa, filosófica, etc.), substrato que não deve apenas se apresentar como objeto do Direito (material a ser ordenado pelo universo normativo), mas também como conteúdo do mesmo. A prática jurídica deve rechaçar uma existência burocrática, tanto porque os conceitos jurídicos devem operar de forma concreta e vinculada, quanto porque as consequências jurídicas se destinam a situações reais.

Como assinala Reale, é inequívoca a correlação entre o ato interpretativo e o ato normativo, *“não se podendo, senão por abstração e como linha de orientação da pesquisa, separar a regra e a situação regrada”*.⁵⁹⁷ Engisch ressalta que o sentido jurídico de uma norma não se descarta por meio da dedução de conceitos legais, mas sim

⁵⁹⁴ LARENZ, 1989, p. 154; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 186; ZACCARIA, 1996, p. 121-122.

⁵⁹⁵ REALE, 1999, p. 63. No mesmo sentido: VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 127, 180, 183-184, 186-187 e 202.

⁵⁹⁶ REALE, 1999, p. 65.

⁵⁹⁷ REALE, 1968, p. 247.

“*de la relación entre norma y realidad*”, ou seja, com a quantificação hermenêutica das peculiaridades do caso em questão.⁵⁹⁸

No mesmo sentido, Karl Larenz adverte que “*o jurista tem que atender aos factos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando a interpreta. Isto é tão óbvio que só aqui se refere porque se tornou modo o censurar à Jurisprudência o seu ‘ensimesmamenro auto-suficiente’, como se o que constitui o objecto da regulação jurídica para ela não existisse.*”⁵⁹⁹ Enfocando a relação bilateral entre elemento normativo e fatos concretos, salienta Judith Martins-Costa que a norma deve variar na situação fática, sob pena de perder sua visão instrumental, o que determina a correlação entre o raciocinar por concreção e a necessária evolução da ciência jurídica,⁶⁰⁰ com o que concorda Karl Larenz, para quem a concreção contribui decisivamente para o desenvolvimento do Direito.⁶⁰¹

Eros Roberto Grau, por sua vez, também admite que “*a aplicação do Direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de uma regra ou de um princípio*”, pois o intérprete aplica o Direito enquanto sistema complexo de normatização do caso concreto, o que demonstra que as normas são produzidas caso por caso.⁶⁰² O jurista ainda faz as seguintes considerações:

O intérprete procede a interpretação de textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso.

(...) a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto

⁵⁹⁸ ENGISCH, 1968, p. 63.

⁵⁹⁹ LARENZ, 1989, p. 223.

⁶⁰⁰ MARTINS-COSTA, 2008.

⁶⁰¹ LARENZ, 1989, p. 352.

⁶⁰² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 131-132.

é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.

(...) Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados. (...)

O que incisivamente deve ser aqui afirmado, a partir da metáfora de Kelsen (...), é o fato de a *moldura da norma* ser, diversamente, moldura do *texto*, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do *texto* e moldura do *caso*. O intérprete interpreta também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados, ao empreender a produção prática do direito.

A *norma jurídica* é o resultado da interpretação. Interpretação que – sabemos – não é só do texto escrito – e da própria realidade, no momento histórico em que se opera a interpretação –, mas também dos fatos. (...)

Pois agora sabemos – repita-se – não apenas que a *norma* é o resultado da interpretação, cujo objeto é o *texto*, mas também que o intérprete não interpreta apenas os *textos*, porém, em conjunto com os *textos*, os *fatos*. E, mais, ao contrário do que pensam muitos, imaginando que basta o saber ler para que se possa interpretar corretamente o direito, sabemos ainda que não se interpretam simplesmente os *textos* ou um *texto*. Interpretamos o *direito*, todo ele, na sua totalidade, desde a Constituição até os atos normativos menos importantes na hierarquia das fontes do direito.⁶⁰³

É por isso que Eros Grau é enfático ao afirmar que “*o direito é contemporâneo à realidade.*”⁶⁰⁴ A relação entre elemento normativo e realidade – que opera a inserção da norma na vida – parece ser indissociável, ocorrendo até mesmo no plano teórico, já que o momento de aplicação integra o agir hermenêutico e o operador sempre supõe a aplicação do elemento normativo a um caso real ou fictício.⁶⁰⁵

Enzo Roppo explicita um interessante viés acerca do método concretista no plano dos contratos, entendendo que o raciocínio por concreção (dimensão concreta) atua no próprio conceito do instituto. Entende o autor que o contrato, embora seja um conceito jurídico, não pode ser entendido com a mera consideração de sua dimensão normativa, pois esta não constitui uma realidade autônoma. O conceito de contrato

⁶⁰³ GRAU, 2003, p. 22, 28, 84, 93, 97 e 186.

⁶⁰⁴ GRAU, 2003, p. 38. No mesmo sentido: GRAU; FORGIONI, 2007, p. 26, 40 e 315.

⁶⁰⁵ GRAU, 2003, p. 25, 27 e 34.

reflete uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, relações e situações socioeconômicas, razão pela qual o conhecimento do contrato depende sempre da atenta consideração da realidade que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica. Sequer os fins do contrato são relativos ao aspecto jurídico, porquanto se encontram voltados à operação econômica instrumentalizada, sem a análise da qual o contrato se torna vazio, abstrato e, conseqüentemente, incompreensível, já que a própria estrutura da pactuação se altera segundo o contexto em que está inserido, inclusive na fase de cumprimento.⁶⁰⁶

A incorporação da dimensão fática no discurso jurídico não deveria chocar os operadores, eis que o próprio Direito é um nível da realidade social, mais próxima da qual se encontra o instituto do contrato.⁶⁰⁷ Os operadores não podem se compadecer com os limites tranquilizantes da tradição metodológica ou com posições teóricas positivistas que pregam o simples processo de subsunção na atividade hermenêutica, pois é de todo evidente que os elementos normativos não determinam completamente o todo relevante para o deslinde dos problemas jurídicos e sociais.⁶⁰⁸ Como indica Emilio Betti, trata-se de um grande equívoco confundir a lógica do Direito com a lógica formal, reduzindo a tarefa da interpretação a uma operação de subsunção silogística semelhante, em seu rígido automatismo, às operações aritméticas.⁶⁰⁹

A distinção absoluta (logicamente pura) entre Direito e fato não é realizável, pois se é correto afirmar que a relevância dos fatos é mensurada em função do elemento normativo a ser compreendido e aplicado – em função de uma determinada perspectiva jurídica e situação hermenêutica –, também é verdadeiro que a norma é selecionada e

⁶⁰⁶ ROPPO, 1988, p. 7-10 e 24.

⁶⁰⁷ GRAU, 2003, p. 124.

⁶⁰⁸ ENGISCH, 1968, p. 45.

⁶⁰⁹ BETTI, 2007, p. 229-230.

determinada (mesmo no campo da significação) em função da estrutura concreta do caso a decidir.⁶¹⁰ Como sustenta Engisch, o processo de aplicação do Direito apresenta duas faces: a assimilação do fato pela norma e a assimilação da norma pelo fato, o que traduz uma abertura do fato à norma, e vice-versa. Essa dimensão complexa não pode ser compreendida por meio de singularidades conceituais como indução e dedução, pois o raciocínio por concreção se utiliza destes dois juízos ao mesmo tempo.⁶¹¹

Apropriando-se da metáfora de Peter Häberle, poder-se-ia dizer que o contrato é um espelho da realidade que o conformou, mas é também, e ao mesmo tempo, a própria fonte de luz da normatividade desta situação concreta, em face da sua potência nomogénica e função diretiva própria.⁶¹² A interpretação do contrato traduz a realidade concreta do negócio jurídico normatizado pelo instrumento, o que encampa as necessidades e possibilidades dos contraentes que transparecem no instrumento ou no curso da relação contratual, razão pela qual a atividade hermenêutica não pode superestimar o significado do texto, como ocorre em não raras oportunidades.⁶¹³

O instante de encontro do texto com a situação fática é a própria norma jurídica, síntese hermenêutica do complexo fático e axiológico, elementos inseparáveis da norma estatal ou contratual nos quadros da sua normatividade. Assim, as circunstâncias do caso e os vetores axiológicos do sistema jurídico se apresentam, hermeneuticamente, como sendo componentes constitutivos da própria norma. A partir desta noção se identifica facilmente que a concreção diz com o entrelaçamento do *dever-ser* (texto normativo) com o *ser* (dados da realidade fática e normativa).⁶¹⁴ Quando o sujeito cogita dos elementos e situações do mundo da vida referentes a

⁶¹⁰ LARENZ, 1989, p. 336; MIRANDA, 1989, p. 115-116.

⁶¹¹ ENGISCH, 1968, p. 63.

⁶¹² HÄBERLE, 1997, p. 34.

⁶¹³ HÄBERLE, 1997, p. 43.

⁶¹⁴ GRAU, 2003, p. 31.

determinada norma, não adentra em um aspecto metajurídico, pois a própria norma é composta pela história, cultura e demais características do ambiente socioeconômico no qual surgiu e se aplica.⁶¹⁵

Também no campo normativo a facticidade adquire o caráter de preceito, de ponto de partida primeiro e determinante, impedindo que o sujeito cognoscente tome a significação do objeto em seu sentido meramente abstrato.⁶¹⁶ Gadamer afirma ser tarefa da hermenêutica criar uma ponte que supere a distância entre o elemento normativo e o caso concreto, defendendo existir uma “*força produtora de direito inerente ao caso particular*”⁶¹⁷ e referindo que “*o sentido jurídico de uma lei determina-se através da judicção e a universalidade da norma determina-se basicamente através da concreção do caso*”.⁶¹⁸ Sob o prisma de um elemento normativo formado sob o jugo da autonomia, como é o caso do contrato, há muito mais razão para a defesa desta forma da raciocinar por concreção, até mesmo porque a narrativa do contrato só pode ser entendida intertextualmente.

O contrato, enquanto elemento textual (texto ou verbo), não passa de uma mera *proposição normativa*,⁶¹⁹ pois o objeto da interpretação há de ser a totalidade significativa e axiológica dos elementos normativos contratuais e sistemáticos com a *situação normada*.⁶²⁰ É essencial que o intérprete coloque a vida real como pano de fundo da atividade hermenêutica, uma vez que os conceitos jurídicos (ex.: contrato) não abarcam toda a realidade fenomenológica. Esta dimensão parece bem definida até mesmo no plano teórico, pois o contrato é uma categoria plural – especialmente devido

⁶¹⁵ GRAU, 2003, p. 74.

⁶¹⁶ GADAMER, 2004, p. 376 e 397.

⁶¹⁷ GADAMER, 2004, p. 465.

⁶¹⁸ GADAMER, 2004, p. 516.

⁶¹⁹ KELSEN, 1998, p. 390-391 e 393.

⁶²⁰ REALE, 1968, p. 188.

a inabarcável realidade dos negócios que estrutura –, não havendo razão para falar em uma teoria contratual unitária.⁶²¹

A premissa teórica deste estudo é a de que a *concreção não está separada da interpretação contratual, pois interpretar implica em concretizar*.⁶²² Como refere Eros Grau, “*interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização: esta é a derradeira etapa daquela*.”⁶²³ Por sua vez, Gadamer afirma que “*o jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso concreto, mas procura determinar o sentido da lei, visualizando construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei. É só no conjunto dessas aplicações que o sentido de uma lei se torna concreto*.”⁶²⁴ Segue o filósofo sustentando que “*o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado*.”⁶²⁵ Imerso no plano da interpretação constitucional, Hesse assim se posiciona:

(...) entendimento e, com isso, concretização, somente é possível com vista a um *problema concreto*. O intérprete deve relacionar a norma, que ele quer entender, a esse problema, se ele quer determinar seu conteúdo decisivo *hic et nunc*. Essa determinação e a “aplicação” da norma ao caso concreto são um procedimento uniforme, não aplicação posterior de algo dado, geral, que em primeiro lugar é entendido em si, a um fato. Não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos.⁶²⁶

Como refere Stein, “*a interpretação do mundo é a interpretação da condição fática do ser humano*”,⁶²⁷ a qual contempla a soma de todos os elementos de ordem

⁶²¹ MARTINS-COSTA, 2008.

⁶²² O estudo rechaça a ideia de que interpretação e concretização se constituem em tarefas dissociadas, como defende parte significativa da doutrina (ex.: ALVARENGA, 1998, p. 90 e 216).

⁶²³ GRAU, 2003, p. 25 e 75.

⁶²⁴ GADAMER, 2005, p. 428.

⁶²⁵ GADAMER, 2005, p. 429.

⁶²⁶ HESSE, 1998, p. 62.

⁶²⁷ STEIN, 2004, p. 74-75.

histórica e cultural concernentes ao caso analisado (ambiente social historicamente condicionado).⁶²⁸

Embora a concreção implique relacionar algo geral e prévio com uma situação particular, o objeto da interpretação não é sempre compreendido como algo universal que só poderia ser aplicado posteriormente a uma situação particular. Como refere Humberto Ávila, “*não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.*”⁶²⁹

A ideia chave do raciocínio por concreção é a necessidade do intérprete sempre atentar para uma determinada realidade concreta, não limitando a atividade hermenêutica aos formalismos meramente abstratos ou às explicações mediadas pela fundamentação lógica dos silogismos jurídicos, como antes delineado. Em certa medida, torna-se ingênua a prática de um raciocinar hermenêutico tão-somente por gêneros, pois faticamente não existe a figura abstrata do “sujeito de direito”, mas, sim, o homem em seu caráter situado.⁶³⁰ Conceitos são forjados na vida. Conceitos jurídicos são construídos sobre a vida. A interpretação clássica, devido ao seu corte teórico, só enxerga metade do problema. Os conceitos abstratos do Direito (v.g.: o casal, o homem médio e a mulher honesta) funcionam como *standards*, elementos de comparação de significação e de conformação das consequências jurídicas, mas apenas isso, não alcançando a condição de elementos substitutivos da realidade, razão pela qual não podem ser alçados à condição de instrumentos de mediação com o real.

No campo dos contratos, Jorge Cesa Ferreira da Silva defende a existência de um “*processo interpretativo não limitado às declarações das partes*”, apontando a

⁶²⁸ BETTI, 1990b, p. 833-836.

⁶²⁹ ÁVILA, 2006, p. 99.

⁶³⁰ MARTINS-COSTA, 2008.

existência de uma *diretriz da concretude* orientadora do novo Código Civil.⁶³¹ Nesse contexto, a concretização da diretriz normativa é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, é determinante em relação a ela, sendo impossível definir como fundamental e prevalente somente a pura normatividade ou a eficácia das condições sociais e econômicas que geram e regulam a relação contratual. Há uma verdadeira reproblemática do Direito, por meio do redimensionamento do elemento normativo, que passa a ser analisado de uma forma mais ampla, em conexão com a realidade e com o papel criativo do sujeito cognoscente que está, assim, obrigado a relacionar o instrumento contratual com a situação hermenêutica concreta na qual se encontra juntamente com o objeto.

A captação da situação na sua particularidade concreta é função incidível e indelegável da atividade exegética, aspecto que, no entendimento de Sérgio André Silva, “*tem particular importância no âmbito jurídico, na medida em que se reconhecem as implicações entre norma e fato, não havendo que se falar em uma interpretação isolada dos textos normativos, desconsiderando-se os fatos envolvidos em dado caso concreto.*”⁶³² É por esta razão que Gadamer entende que “*a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação.*”⁶³³

No entanto, até mesmo o sujeito cognoscente (intérprete, contratantes e terceiros) é alcançado pela noção de concreção, especialmente em razão da sua finitude e da importância da pré-compreensão no âmbito da atividade hermenêutica. Ao ser humano é impossível se desvincular de suas circunstâncias internas (estruturas do *ser*

⁶³¹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44-45 e 225.

⁶³² SILVA, 2005, p. 292-293.

⁶³³ GADAMER, 2005, p. 418, 432 e 439.

existencial) e externas (horizonte do modo de ser da pessoa no meio social, cultural e histórico). A circunstancialidade do ser humano (aspecto orgânico de sua finitude) inicia pela corporeidade e se estende à correlação intersubjetiva e vinculação afetiva com seus pares, o que implica, desde suas origens, razões de conflito e de solidariedade, elementos sempre presentes no panorama complexo da relação contratual.⁶³⁴ É a partir desta dimensão que Miguel Reale constrói a noção de *ética da situação*, a qual busca a correlação entre o *homem situado* e a *comunidade concreta*,⁶³⁵ proposta que assume grande relevância para a interpretação do contrato.

Sendo evidente que “*a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto*”,⁶³⁶ ainda subsiste a questão fundamental de se saber em que medida a vinculação com a realidade deve determinar o conteúdo da interpretação do contrato,⁶³⁷ temática que será objeto do tópico subsequente.

2. A necessária imposição de limites ao raciocínio por concreção

Como já delineado, a separação absoluta entre norma e realidade traz indesejáveis consequências, especialmente no plano dos contratos. Contudo, a utilização de uma concreção alienante se mostra igualmente perniciososa, razão pela qual se faz necessário ressaltar a imprescindibilidade do alcance de um ponto de equilíbrio entre o

⁶³⁴ RIBEIRO, 1998, p. 751-752.

⁶³⁵ REALE, 1999, p. 210-212 e 226.

⁶³⁶ ÁVILA, 2006, p. 154.

⁶³⁷ Deve ser considerado tanto que o Direito fixa suas raízes sobre a estrutura ontológica dos homens e da comunidade, quanto que o contrato possui destinatários específicos e um âmbito de aplicação bem mais situado que a norma legal, somente fazendo sentido, portanto, perante o fato concreto (ENGISCH, 1968, p. 193, 195, 198, 201, 203-204, 222, 346 e 361).

abandono da normatividade em favor da dominação das relações fáticas e a concepção de uma normatividade despida de qualquer elemento de realidade.⁶³⁸

Nessa relação dialética entre a necessidade hermenêutica de quantificação dos elementos fáticos e normativos relevantes e subjacentes à declaração negocial – que traz consigo um contributo produtivo de complementação do Direito⁶³⁹ – e o resguardo da segurança do tráfico jurídico, existe a necessidade imperiosa de se impor limites ao raciocínio por concreção, fixando balizas ao arbítrio do sujeito cognoscente. O recurso retórico à figura do caso concreto não pode se transformar em um apanágio para a ditadura da subjetividade e do descritério.

Assim, nesta segunda parte do estudo serão definidas algumas das condições de procedibilidade do raciocínio por concreção, fixando os perímetros da teoria e algumas balizas à atuação do hermeneuta. Judith Martins-Costa externa com precisão a necessidade de se impor limites ao raciocínio hermenêutico por concreção:

Numa época em que a tarefa hermenêutica está por vezes como que intoxicada por um *excesso de concretização* – impeditiva do discernir, separar, valorar, ordenar e sistematizar e, por isso, abstrair, isto é, *pensar* – cabe à doutrina, mais que tudo, fixar critérios que possibilitem a concreção num quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos.⁶⁴⁰

⁶³⁸ HESSE, 1991, p. 14; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 183.

⁶³⁹ LARENZ, 1989, p. 251. Sendo o Direito matizado pelo valor justiça, a tarefa de interpretar envolve a busca pela decisão justa dentro do sentido jurídico do elemento normativo analisado (GADAMER, 2005, p. 432). Vislumbrando o plano da heteronomia, Gadamer entende que na situação concreta o jurista que se vê obrigado a atenuar o rigor da lei o faz para não cometer uma incorreção, pois atenuando a lei não faz reduções ao Direito, “*mas encontra um direito melhor*” (GADAMER, 2005, p. 419). Aduz Judith Martins-Costa que o cânone fundamental da certeza jurídica pode ser relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material (MARTINS-COSTA, 1998, p. 147). No julgamento da AC 590086831, o TJRS corretamente delineou a premissa de que “*a lei não esgota o direito e o direito não esgota a realidade*”, razão pela qual no exercício da prestação jurisdicional o juiz (enquanto intérprete/aplicador) “*quando cria não usurpa: completa o direito*” (AC 590086831, 3ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Décio Antônio Erpen, j. em 20.02.1991). Esta decisão ainda posiciona a jurisprudência como fonte normativa, afirmando o seguinte: “*a lei dá a segurança jurídica. A jurisprudência faz justiça no caso concreto.*”

⁶⁴⁰ MARTINS-COSTA, 2006, p. 35.

Refere Miguel Reale que o sujeito cognoscente deve superar a fratura do pensamento contemporâneo. Se o hermenauta não pode se desvencilhar da experiência humana, também não pode abrir mão dos imperativos das categorias racionais. É este o grande desafio da teoria do conhecimento: abranger os aspectos da realidade, assegurando relativa unidade às conclusões hermenêuticas.⁶⁴¹

O tema proposto transita por duas questões que merecem destaque. A primeira, diretamente relacionada à atividade hermenêutica, diz com a solução a ser alcançada em concreto entre o privilégio à realização da justiça particular ou o resguardo da certeza jurídica.⁶⁴² A segunda, inserta no plano da argumentação, diz com a necessidade do operador sistematizar os critérios de decisão utilizados em seu esforço hermenêutico. No campo da prática jurídica, o uso do método concretista recai sempre no perigo da “assistematicidade” de suas conclusões, cabendo ao operador quantificar, no âmbito da circularidade hermenêutica, elementos que permitam a promoção, ao menos paulatina, da sistematização das conclusões exegéticas, em respeito à segurança.⁶⁴³

No plano abstrato, já foram definidos, nas duas primeiras partes deste estudo, alguns destes balizamentos que derivam dos pressupostos condicionantes da atividade hermenêutica. No paradigma gadameriano, os principais limites objetivos ao raciocínio por concreção estão situados no caráter vinculante do objeto interpretado (aspecto teórico que paradoxalmente também resta por determinar o uso do método concretista) e na pretensão de universalidade do procedimento hermenêutico, aspectos que atendem aos postulados da segurança jurídica e da justiça (aspecto prático), pois exigem tanto uma generalização tipificadora que garanta a igualdade de tratamento, quanto uma

⁶⁴¹ REALE, 1999, p. 17-18.

⁶⁴² Sobre a realização da justiça particular, em detrimento do resguardo da segurança jurídica, remete-se o leitor à discussão já travada no tópico “O caráter crítico da atividade hermenêutica”.

⁶⁴³ MARTINS-COSTA, 1998, p. 130.

individualização que garanta a quantificação das especificidades próprias do caso em exame.⁶⁴⁴ Ademais, estas dimensões hermenêuticas se encontram em constante relação de complementação e restrição recíprocas.

Quanto à universalidade, cabe mencionar o pensamento de Miguel Reale, para quem “*não há condições do conhecimento a não ser em função de um mundo circundante, mas são condições universais e necessárias a quantos se situem naquelas circunstâncias*”.⁶⁴⁵ No plano da *práxis* jurídica (principalmente jurisprudencial), destaca-se a máxima de que o sujeito cognoscente deve interpretar determinado elemento normativo de maneira que a sua interpretação possa ser efetiva e válida para todos os outros casos similares, ou seja, para as outras situações normadas adstritas à mesma situação hermenêutica.⁶⁴⁶ Essa é uma valiosa lição para que se evite um raciocínio por concreção que conduza a conclusões subjetivas, arbitrárias e alienantes.

Não obstante, a principal chave de limitação está no controle do caráter criativo da atividade interpretativa por meio do resguardo da força vinculante do objeto interpretado.⁶⁴⁷ A necessidade de abertura do intérprete para a alteridade da coisa, deixando que esta lhe fale algo contra suas próprias convicções (força vinculante do objeto interpretado), parece ser o grande critério presente na teoria gadameriana para a aferição da correção do produto da interpretação⁶⁴⁸ e, conseqüentemente, para se evitar a dimensão alienante do método concretista. Nesse sentido, Gadamer sustenta que “*a*

⁶⁴⁴ ENGISCH, 1968, p. 59-60.

⁶⁴⁵ REALE, 1999, p. 44.

⁶⁴⁶ LARENZ, 1989, p. 378; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 98.

⁶⁴⁷ Hesse admite tanto que a hermenêutica importa em uma tarefa concretizadora (conteúdo normativo determinado sob inclusão da realidade a ser ordenada), quanto o fato de que a interpretação jurídica tem caráter criador (o conteúdo da norma interpretada se conclui primeiro na interpretação), mas expressamente refere que a atividade exegética “*tem somente neste aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma*” (HESSE, 1998, p. 61).

⁶⁴⁸ GRAU, 2003, p. 109.

*tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta.*⁶⁴⁹

A fim de evitar o predomínio da subjetividade, deve-se esclarecer como se realiza a construção do significado por via da concreção da situação objetiva complexa, formadora de um sistema que se constitui em fator de legitimação e de limite para a aplicação dessa espécie de raciocínio.⁶⁵⁰ O método da concreção não afasta – antes requer – a referência ao ordenamento e aos seus princípios e, apesar de impor um viés tópico, não se apresenta como substitutivo do processo de subsunção nem da lógica da inferência, peculiar ao raciocínio dedutivo.⁶⁵¹

Nesse contexto, a concreção não pode renunciar a uma possibilidade de análise abstrata dos casos e da argumentação jurídica. Não se pode confundir a crítica ao silogismo formal com a defesa de que essa forma de raciocínio seria desimportante, pois o processo de subsunção se constitui em fator essencial ao fazer científico (v.g.: classificação, tipificação e qualificação da declaração negocial).⁶⁵² O problema está na escolha das premissas pelo operador jurídico. Em outros termos: a interpretação e a jurisprudência devem conseguir se elevar do concreto, embora devam sempre quantificá-lo.⁶⁵³

A interpretação deve voltar-se e desenvolver-se em consonância com as peculiaridades do caso concreto, mas jamais pode admitir a supremacia do problema sobre o elemento normativo, o que importaria em uma agressão ao núcleo fundamental

⁶⁴⁹ GADAMER, 2005, p. 358.

⁶⁵⁰ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 137-138. Refere Gadamer que a única pertença à lei que se exige na tarefa de concreção é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos (GADAMER, 2005, p. 433).

⁶⁵¹ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 138.

⁶⁵² MARTINS-COSTA, 2008.

⁶⁵³ MARTINS-COSTA, 2008.

do ato de autonomia. Essa conclusão afasta o paradigma aqui proposto das apreensões mais radicais sobre o método tópico-problemático.⁶⁵⁴

Também acerca da aplicação de critérios de proporcionalidade e ponderação, que acompanham o método concretista, faz-se necessária a fixação de balizas, a fim de evitar o que Judith Martins-Costa denominou de *vulgata da ponderação*, que se constitui em uma “*epidemia quase endêmica segundo a qual ‘o caso’ é tudo, cabendo ao juiz ‘ponderar’ segundo a impressão provocada pelo caso em sua sensibilidade.*”⁶⁵⁵

Enfocando o discurso moral, Maria Claudia Cachapuz aduz que não há uma dissociação necessária entre as funções da universalidade (necessária à estrutura aberta) e da particularidade (reservada à experiência concreta). Somente com a conciliação destas duas dimensões é que se dará a equalização entre a segurança da estrutura normativa e a imprescindível abertura ao caso fático em exame.⁶⁵⁶

Feitas estas considerações, cabe delinear um interessante exemplo do uso meramente retórico do raciocínio por concreção, consubstanciado no voto do Ministro Nelson Jobim na ADI 2.212, processo que tinha como objeto a discussão acerca da constitucionalidade da previsão legal do instituto da reclamação na Constituição Estadual do Estado do Ceará e do Regimento Interno da sua Corte Estadual. Como na época o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que a figura da reclamação possuía natureza processual, o Governador do Estado ingressou com a demanda, alegando, fundamentalmente, usurpação da competência da União para legislar sobre processo civil (art. 22, I, da CRFB/88) e ofensa ao princípio da simetria. Nesse contexto, em sendo mantido o entendimento da Corte (natureza processual da

⁶⁵⁴ GRAU, 2003, p. 98.

⁶⁵⁵ MARTINS-COSTA, 2006, p. 34.

⁶⁵⁶ CACHAPUZ, 2006, p. 144.

reclamação), estaria configurada a inconstitucionalidade, o que se conclui por meio de um simples raciocínio silogístico. Contudo, a decisão tornou-se um *leading case* pelo fato do STF, naquela oportunidade, ter alterado sua posição, passando a considerar que a natureza do instituto da reclamação se situa no âmbito do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, da CRFB/88), do que deriva a consequência de que a sua adoção pelo estado membro, pela via legislativa local, não implica invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual (já que o instituto não se insere neste domínio).

No entanto, o Ministro Nelson Jobim encaminhou voto no sentido de que, embora o instituto da reclamação tenha, em seu entendimento, natureza processual, o caso concreto excepcionaria o vício de inconstitucionalidade, o que culminou em um verdadeiro *excesso de concretização* – por se afastar do sistema e da dogmática jurídica sem explicitar as razões concretas que conduziram sua conclusão hermenêutica –, afastando seu raciocínio de um quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos. Segue abaixo o representativo diálogo travado entre os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, o qual se percebe a tentativa deste julgador coibir o uso meramente retórico do discurso jurídico:

Nelson Jobim – (...) Considerando o art. 22, se trabalharmos na área processual, teríamos, no caso do art. 125, uma exceção, porque poderia ele definir a competência ao Tribunal para processar reclamações regulamentadas por leis federais, ou seja, temos legislação federal que regulamenta o procedimento. (...)

Moreira Alves – Com essa interpretação, vamos admitir que a Constituição do Estado possa criar qualquer recurso de natureza processual, porque poderá dar competência para, por exemplo, embargos de divergência.

Nelson Jobim – Parto do princípio de que, nesses casos, precisamos ser minimalistas. Temos uma tendência de tentar que uma decisão, em um caso concreto, se formule em um princípio geral aplicado a todos. Lá adiante vem um fracasso e mostra que aquele princípio geral àquele novo caso não se aplica. Sou minimalista. Neste caso, tendo em vista a natureza do instrumento criado, ou seja da

reclamação – e restrinjo a isso –, admito a constitucionalidade para esse efeito, mas não formulo regra geral para que autorize a definir a competência de todos. Nesse caso, está atribuindo competência com base no §1º do art. 125, no voto da Ministra Ellen Gracie, em relação à reclamação. Agora, se vier uma Constituição estadual e disser que é competente para conhecer questões completamente fora de citação, examinarei o caso especificamente. Estou decidindo em cima do caso concreto.

Moreira Alves – A Constituição estadual pode estabelecer a competência dos tribunais, competência essa que sempre se entendeu como dizendo respeito à divisão de matérias entre Tribunal de Justiça e Tribunais de Alçada, e não à citação de recurso ou de ações de qualquer natureza, porque no tocante à reclamação, o Supremo já definiu como sendo uma ação.

Nelson Jobim – Atribui-se à Constituição estadual e aos Estados federados definir competência e os Estados o fazem. Evidentemente, está embutida, aí, a possibilidade de definir o que seja. Teremos de verificar a coincidência, a compatibilidade disto com a norma, que é absolutamente compatível.

Moreira Alves – Mas é preciso verificar se o instituto é de direito processual ou não. Isso é fundamental.

Sepúlveda Pertence – Não há dúvida de que se está reabrindo a questão. O precedente, é certo, partiu de ser a matéria processual. Cuida-se de revê-lo para mantê-lo ou não.

Moreira Alves – V. Exa. afirma que é um instituto de natureza processual?

Nelson Jobim – Afirmando e reconheço, portanto. Temos uma regra na Constituição Federal que estabelece uma exceção ao art. 22, I, em relação a esse problema para a compatibilidade do sistema.

Moreira Alves – Mesmo sendo minimalista, para assim entender, é preciso compreender que a competência diz respeito a qualquer instrumento de natureza processual que não seja desarrazoado.

Quando V. Ex^a falou em apelação contra o Supremo Tribunal Federal, isso seria desarrazoado; obviamente, e não tem nada a ver com o problema de competência recursal.

Nelson Jobim – Perdoe-me, mas a premissa que V. Ex^a parte...

Moreira Alves – É absolutamente certa.

Nelson Jobim – ... não autoriza a sua conclusão.

Moreira Alves – É óbvio que autoriza, Ministro. Se V. Ex^a diz que é processo e que as constituições estaduais podem legislar excepcionalmente sobre o processo, porque isso é exceção indefinida, obviamente ela o será com relação a qualquer instrumento processual que não seja desarrazoado.

Moreira Alves – Data vênua, não parto. Se considero que é um instrumento de natureza processual, e se há uma norma dizendo que é exclusiva a competência da União para legislar sobre instrumentos processuais, obviamente não posso estabelecer que essa exceção seja para reclamação; e não para qualquer outro instrumento processual.

Nelson Jobim – Ministro, V. Ex^a tem toda a possibilidade de dizer que não vai fazê-lo, porque V. Ex^a parte do pressuposto maximalista. Estou partindo do pressuposto...

Moreira Alves – Não sou maximalista, Ministro. Há um dispositivo dizendo que é exclusivo da União legislar sobre o processo. Se V. Ex^a considera que isso é processo, como se pode estabelecer exceção?

V. Ex^a está criando uma exceção que a Constituição, se tivesse criado, seria para qualquer instrumento processual, não só com relação à reclamação.

Nelson Jobim – Esse “qualquer” é universalizante.

Moreira Alves – É uma exceção ao princípio de exclusividade.

Nelson Jobim – Daí por que [sic] V. Ex^a estar trabalhando como maximalista.

Moreira Alves – Data vênia, isso não tem nada de maximalista ou minimalista.

Nelson Jobim – Tem a ver.

Moreira Alves – O problema é este: se há competência exclusiva pra processo, obviamente, se houver exceção sem estar definida, é exceção à competência exclusiva e com relação a qualquer instrumento processual que não seja desarrazoado.

Nelson Jobim – Comprometo a presentear V. Ex^a com o Princípio Matemático, de Bertran Russell, que está bem estabelecido.

Moreira Alves – Isso nada resolve, absolutamente. Prefiro Aristóteles.

Nelson Jobim – Leia Russell.

Moreira Alves – Não é preciso lê-lo para chegar à conclusão de que competência exclusiva não admite logicamente exceção indefinida.

Nelson Jobim – Sr. Presidente, acompanho o voto da Ministra-Relatora.

A simples leitura desta passagem reflete um discurso motivado por um verdadeiro *excesso de concretização*, pois o Ministro prolator do voto, procurando não se desvencilhar da análise do caso concreto, acabou desconsiderando os imperativos das categorias racionais do Direito, e o seu privilégio à realização da justiça particular acabou afetando o resguardo da certeza e da segurança jurídica. Na espécie, o julgador acabou desconsiderando aquilo que a coisa tinha para lhe falar (em a norma detendo natureza processual, conforme seu próprio entendimento, restaria a decretação da inconstitucionalidade) e acabou solapando a pretensão de universalidade de suas considerações exegéticas, porquanto deixou de sistematizar os critérios de decisão

utilizados em seu esforço hermenêutico (a fundamentação foi construída apenas para o caso concreto), impossibilitando a sistematização das suas conclusões.

Contraponto ocorre no julgamento da AC 70018555144,⁶⁵⁷ no qual o TJRS entendeu que a norma de limitação da continuação da fruição do benefício previdenciário até a idade de 24 anos deve ser interpretada em conformidade com a “*situação excepcionalíssima posta no caso dos autos*”, em uma “*leitura não meramente literal da norma, afastando-se o pensamento legalista (...) e consentânea às modificações sociais e às peculiaridades do caso concreto*”. Contudo, merece ser exaltado não apenas o teor da construção hermenêutica (que partiu de um paradigma construtivo e criativo), mas o fato de que a decisão judicial não recaiu em uma interpretação concretista alienante, principalmente porque o julgador externou com exatidão as peculiaridades concretas que excepcionaram a incidência da norma de limitação do benefício previdenciário.⁶⁵⁸ Tamanha foi a preocupação com a universalidade e cientificidade do *decisum*, que o Relator afirmou que “*ao Juiz não pode ser dado ignorar (os preceitos expressos ou implícitos no ordenamento), ao menos se tiver alguma preocupação científica, quer com o uso do direito como fator de transformação social quer com a própria realização da justiça no caso concreto, como valor fundamental do sistema jurídico.*”⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ AC 70018555144 (2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 28.03.2007).

⁶⁵⁸ As circunstâncias do caso são as seguintes: (1) autora ser órfã; (2) se encontrar impossibilitada de prover seu sustento e de seu filho em virtude da carga exigida pela faculdade de medicina da UFRGS, que exige dedicação integral dos seus alunos e impossibilita o trabalho simultâneo; (3) situação excepcionalíssima de a data de formatura não coincidir com a data de cessação do benefício previdenciário.

⁶⁵⁹ Em outra demanda, envolvendo discussão acerca do uso nocivo da propriedade, o TJRS referiu que, por se tratar de “*matéria eminentemente fática, a decisão sempre terá cunho fortemente subjetivo, com base no bom-senso do Magistrado, mormente se considerado que os conceitos de segurança, saúde e sossego trazidos pelo art. 554 do Código Civil anterior são abertos*”, porém ressaltou expressamente que “*a interpretação discricionária do juiz*” deve ser efetivada “*em conformidade com o fato concreto*”. AC 70013788070, 18ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Pedro Celso Dal Pra, j. em 16.03.2006.

Feitas estas considerações sobre a necessidade de se impor limites ao raciocínio por concreção, cabe adentrar na discussão atinente à influência do raciocínio por concreção na força normativa do contrato.

3. A influência do raciocínio por concreção na força normativa do contrato

O raciocínio hermenêutico por concreção abrange todas as fases da existência do contrato e deve ser exercido por todos os agentes que com ele se deparam (partes, operadores jurídicos, intérpretes e terceiros), sob pena de que, em não sendo assim, o instrumento perca a sua desejada força normativa no âmbito material. Ocorre que, indubitavelmente, entre o enunciado normativo e a sua real condição de eficácia existe, sempre, a mediação hermenêutica de significação do elemento interpretado.⁶⁶⁰

O que realmente interessa na verificação da relação existente entre interpretação e resguardo da força normativa do contrato é a relevância hermenêutica que decorre dos elementos fáticos, a serem quantificadas pelo sujeito cognoscente no curso da atividade interpretativa. Como a conduta anterior e posterior das partes influencia o objeto da interpretação, estando diretamente atrelada à forma de cumprimento do pactuado, é inerente ao agir hermenêutico quantificar todas as relações a partir das quais deriva a força normativa do pactuado e a autoridade desta dimensão no comportamento (principalmente posterior) dos contraentes.

No paradigma hermenêutico aqui delineado, a norma contratual deixa de ser um dado apartado do caso concreto ou um simples instrumento de captação linguística e de medição da validade da realidade, passando a se constituir em um *modelo funcional* que dialoga bilateralmente com as diretrizes normativas do ordenamento jurídico e

⁶⁶⁰ REALE, 1981a, p. 8.

contém em si as circunstâncias do caso, o que determina a quantificação do *momento situacional* (*Dasein*) como sendo um componente integrante, intrínseco e necessário da atividade exegética. Se para a corrente clássica a norma se contrapõe ao caso concreto em termos de ajuste e/ou desajuste, no raciocínio hermenêutico por concreção a atividade interpretativa aceita e introjeta a conexão necessária do elemento normativo com a realidade fática (circunstâncias do caso) e normativa (totalidade axiológica do sistema jurídico). Usando a terminologia de Miguel Reale, a atividade interpretativa passa a quantificar as *condições de realizabilidade* do elemento normativo analisado.⁶⁶¹ É nesse sentido que a interpretação se constitui em um processo de individualização e concretização do elemento normativo em um reviver concreto deste, que experimenta modificações de ajuste às peculiaridades de cada nova realidade.⁶⁶²

O tema da concreção contratual influencia diretamente no resguardo da força normativa da pactuação privada porque se relaciona com a questão do adimplemento, remetendo ao que poderia ser denominado de *quantificação das possibilidades do adimplemento como fator determinante da interpretação*. Como a relação obrigacional constitui-se em um sistema de processos polarizado temporalmente pelo adimplemento,⁶⁶³ este é o fator conceitual que consubstancia a finalidade buscada pela intenção comum das partes. Como adverte Konrad Hesse, o intérprete deve observar e seguir as condições, possibilidade e limites reais da interpretação. Como o elemento normativo pretende ser efetivamente realizado (os contraentes pretendem que a situação regrada pelo ato de autonomia seja efetivamente concretizada na realidade), a interpretação constitutiva de sentido não pode se separar das condições fáticas

⁶⁶¹ REALE, 1968, p. 201; FERRAZ JÚNIOR, 1981.

⁶⁶² RECASÉNS SICHES, Luis. *La Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 5. ed. México: Porrúa, 1979, p. 276.

⁶⁶³ SILVA, 1976, p. 5.

relevantes de sua realização (históricas, culturais, naturais, econômicas, técnicas e sociais), as quais criam situações próprias que não devem ser desconsideradas pelo hermenêuta, pois a pretensão de eficácia do contrato depende destas variáveis. Se a força condicionante da realidade e a normatividade do contrato se constituem em aspectos que podem ser diferenciados no plano teórico, esta cisão não se mostra adequada ou desejável do ponto de vista hermenêutico.⁶⁶⁴ Contudo, deve ser salientado que estes elementos fáticos não limitam a expressão normativa do contrato, pois a pretensão de eficácia do pacto não se confunde com as condições de sua realização. Se o contrato é determinado por uma realidade social, também é determinante com relação a ela.⁶⁶⁵

Levando em consideração as fases contratuais, a primeira relação entre o raciocínio por concreção e a força normativa dá-se no momento da formação do instrumento. Já no momento genético faz-se necessário que os contraentes deixem o objeto falar, atribuindo relevância às circunstâncias do caso e aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico que lhe dá suporte, sob pena da pactuação já nascer natimorta, ou seja, ser constituída com um déficit significativo na força normativa fática, afetando as condições de realizabilidade do contrato e dificultando, conseqüentemente, o adimplemento.

Essa relação também deve ser observada no curso do desenvolvimento e cumprimento do contrato, pois, caso as partes se distanciarem arbitrariamente do conteúdo material e normativo construído na fase de conclusão (distanciamento que pode se dar em razão da alteração do contexto fático), há uma inequívoca perda da efetividade da disposição contratual que consubstancia a vontade bilateralizada dos

⁶⁶⁴ HESSE, 1991, p. 14-15; HESSE, 1998, p. 60.

⁶⁶⁵ HESSE, 1991, p. 14-15; HESSE, 1998, p. 60.

contraentes. Como salienta Konrad Hesse, o resguardo e incremento da força normativa do pactuado depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida do contrato – inclusive do intérprete – se exige partilhar do que se poderia denominar de *vontade do contrato*,⁶⁶⁶ tema que diz diretamente com a realização do adimplemento e com o resguardo da autonomia privada enquanto vetor hermenêutico.

Ao encontro das considerações tecidas nos parágrafos antecedentes, é importante frisar a necessidade dos contratantes alcançarem a *visão do outro*. Tanto na formação quanto no curso do cumprimento da pactuação, as partes (e o intérprete no curso do procedimento interpretativo) devem incorporar parte da “estrutura contrária”, que no plano dos contratos diz com a vontade manifestada pelo outro contratante, o que se adita ao conceito já externalizado de *vontade bilateralmente unificada*.⁶⁶⁷ Também o contrato possui uma determinada *possibilidade de realização* de seu conteúdo, a qual resta majorada quando a pactuação considera e incorpora aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade.⁶⁶⁸

Do que foi exposto, extrai-se que o resguardo das circunstâncias do caso transcende a própria atividade hermenêutica, encampando diretamente a criação e o desenvolvimento do contrato. O ponto nevrálgico parece ser o seguinte: para que tenha alguma eficácia normativa, o contrato deve trazer em si o germe material de sua força vital com relação à historicidade das suas circunstâncias, ou seja, aceitar e quantificar a realidade que o circunda. A eficácia do contrato está diretamente ligada a sua vinculação com as forças de dominância das partes e do contexto socioeconômico, elementos que possibilitam o desenvolvimento da relação contratual e sua ordenação

⁶⁶⁶ HESSE, 1991, p. 21.

⁶⁶⁷ A questão foi vista no tópico “A autonomia privada e sua relevância hermenêutica”.

⁶⁶⁸ HESSE, 1998, p. 48.

objetiva e, em face disso, adquirem imensa relevância no curso da interpretação contratual.⁶⁶⁹

A força normativa do contrato não se limita ao seu grau de reconhecimento ou adaptabilidade à realidade, mas na força ativa e coativa que o ordenamento outorga aos contraentes (meios de cumprimento forçado), o que transforma o pacto num elemento para o cumprimento de tarefas estabelecidas pelo ato de autonomia. Contudo, mais eficaz será o contrato se, juntamente com a *vontade de poder* (antagonismo dos contratantes), houver também uma *vontade de cumprimento do pactuado* (visão solidária) no campo da práxis contratual. Em regra, quanto maior o conteúdo do contrato – e a atividade hermenêutica que lhe concede significado – lograr corresponder à natureza singular das circunstâncias do caso, e quanto maiores forem as possibilidades de adaptabilidade do contrato à mudança destas condicionantes, tanto mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa.⁶⁷⁰

Aqui novamente se faz presente o paradoxo da liberdade que a ideia de autonomia bilateralizada traz consigo: se quiser preservar sua força normativa, o contrato deve incorporar parte da estrutura contrária,⁶⁷¹ ou seja, os interesses de ambos contraentes, o que importa na limitação da liberdade de ambos. A noção de solidariedade contratual repousa sobre a ideia de que o sacrifício de um interesse pessoal fortalece o vínculo e a força normativa da pactuação.

A determinação da finalidade prática do contrato depende do entendimento das relações da vida para cuja regulamentação a norma contratual foi criada, já que esta visa dar satisfação a determinadas exigências econômicas, sociais e existenciais dos sujeitos

⁶⁶⁹ HESSE, 1991, p. 17-18.

⁶⁷⁰ HESSE, 1991, p. 19-21; HESSE, 1998, p. 49.

⁶⁷¹ HESSE, 1991, p. 21.

envolvidos. Em razão deste contexto, a atividade hermenêutica depende de um estudo atento e profundo não apenas do mecanismo técnico destas relações, mas também das exigências que derivam da realidade negocial. Também por este plano prático sobressai que a interpretação não se desenvolve mediante processos metódicos construídos sobre presunções e abstrações, necessitando se envolver com as realidades práticas da vida dos sujeitos envolvidos na relação contratual.⁶⁷²

Um contrato que, no momento de sua constituição, não quantifique de forma razoável os interesses dos contratantes está fadado, ou ao menos muito mais propenso, ao descumprimento, sem mencionar a existência de eventual agressão ao equilíbrio sinalagmático do pacto. Muito embora não seja definido de forma absoluta por vetores externos, o resguardo de uma concreção normativa no plano hermenêutico diz, em certa medida, com a busca pela comutatividade da pactuação, até mesmo porque as diretrizes legais de ordem constitucional (v.g.: solidariedade, isonomia e proporcionalidade) e infraconstitucional (ex.: boa-fé objetiva e função social dos contratos) vêm ao encontro da efetiva correspectividade entre as prestações e manutenção do equilíbrio da contratação.⁶⁷³

Como sustenta Hesse, “*o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.*”⁶⁷⁴ Contudo, a proposta de verificação da relação existente entre a atividade

⁶⁷² FERRARA, 1987, p. 141.

⁶⁷³ FERREIRA DA SILVA, 2006. A comutatividade moderna resgata a tradição aristotélico-tomista (justo corretivo), em um contexto neo-formalista, pois ressalta a estrutura do vínculo contratual, mas não propriamente o seu conteúdo. Já a noção de sinalagma, que se refere à correspectividade das prestações (deslocamento patrimonial que tem como consectário a necessidade de um agir recíproco), dá uma dimensão ética ao conteúdo do contrato (FERREIRA DA SILVA, 2008; FERREIRA DA SILVA, 2001a, p. 14, 192 e 194-195).

⁶⁷⁴ HESSE, 1991, p. 13.

hermenêutica e a força normativa do contrato diz com a análise qualitativa do elemento normativo no plano exegético, transcendendo o contemplar da norma apenas por meio das figuras relativas à validade (estar em vigor ou estar derogada).

A concepção de Konrad Hesse de que o Direito tem sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida e a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa resulta na conclusão de que também o procedimento hermenêutico contratual se encontra submetido ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verklichung der Norm*). As condicionantes do caso concreto, que se encontram na situação objetiva complexa, devem ser correlacionadas com as proposições normativas objetos da interpretação, alcançando-se sucesso na atividade interpretativa quando o intérprete consegue, na circularidade hermenêutica, concretizar o sentido da proposição normativa no contexto das condições reais de uma determinada situação hermenêutica.⁶⁷⁵

Por fim, cabe delinear que o raciocínio hermenêutico por concreção, especialmente mediante a utilização do postulado normativo das circunstâncias do caso, assume uma função extremamente relevante na análise das condições de superação de um determinado elemento normativo. Esta forma de apreensão do fenômeno hermenêutico auxilia na verificação da existência de uma modificação das razões e consequências estabelecidas *prima facie* pelas normas contratuais no contexto de sua aplicação, tornando mais controlada e segura a consideração de dados contextuais como razões superiores àquelas que justificam a aplicação da própria regra. Resguardando os limites necessários ao raciocínio por concreção, seu uso aumenta o contexto de racionalidade e fundamentação intersubjetiva na busca pela justiça do caso concreto,

⁶⁷⁵ HESSE, 1991, p. 22-23.

que é o grande critério de decisão, quando o operador, no curso da atividade hermenêutica, conclui pela necessidade de superação de uma determinada norma contratual ou legal.

Humberto Ávila suscita interessante exemplo⁶⁷⁶ advindo da interpretação legal, atinente à norma construída a partir dos arts. 213 e 224, alínea *a*, do CP, determinativa da presunção incondicional de violência na prática do ato sexual se a mulher “*não é maior de catorze anos*”. No julgamento do HC 73.662,⁶⁷⁷ que tinha como objeto uma relação sexual envolvendo uma adolescente de 12 anos (com violência presumida, portanto), o STF entendeu como não configurado o tipo penal em razão da relevância de *circunstâncias particulares não previstas intrinsecamente pela norma*, quais sejam, a aquiescência da mulher, seu comportamento social e a aparência física e mental, elementos que indicariam se tratar de pessoa com idade superior aos 14 anos.

Quantificando o contexto fático na aplicação da norma, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que “*a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade*”, citando, inclusive, a modificação dos costumes que impõem uma interpretação evolutiva da lei, o que diz com a tarefa do intérprete de flexibilizar o texto normativo para torná-lo adequado e oportuno ao contexto (situação hermenêutica) contemporâneo. Nesses termos, entendeu o julgador que a presunção legal deve ceder às peculiaridades do caso.

⁶⁷⁶ ÁVILA, 2006, p. 45.

⁶⁷⁷ Nesse sentido a ementa da decisão mencionada: “(...) ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal” (HC 73.662, 2ª Turma, STF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 21.05.1996, DJ 20-09-1996 p. 34535).

Já o Ministro Francisco Resek, afirmando a necessidade de quantificação das circunstâncias para a realização da justiça no caso concreto, afirma que a simples aplicação da norma acarretaria na consagração da arriscada tese de que o Tribunal estaria dispensado de raciocinar, observação bastante elucidativa e adequada ao paradigma hermenêutico aqui adotado, especialmente no que se refere à opção hermenêutica de parte significativa dos operadores que restam por ignorar a necessidade de um raciocinar por concreção.

O Ministro Maurício Corrêa, por sua vez, adentra no modelo interpretativo aqui adotado. Se por um lado reafirma o caráter criativo da interpretação ao sustentar que deve o julgador “*emprestar a interpretação que a sua consciência ditar*” em razão da evolução dos fenômenos sociais, defende o raciocinar por concreção ao aduzir que “*é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência*”. Aplicando diretamente o método concretista, o julgador afirma, ainda, que o conteúdo normativo (presunção de violência) não pode ir além da relatividade das circunstâncias em que o fato se verificou.

Como refere Luis Renato Ferreira da Silva, o Direito usualmente assume uma autossuficiência deveras injustificada. Está imerso na cultura, mas nem sempre desvela seu meio. É por essa razão que se faz necessário afirmar que *o interpretar e o raciocinar por concreção é sempre contextual, pois não há experiência sem referência*.⁶⁷⁸ Tal ideia abarca a de processualidade da relação contratual e de integralidade da interpretação, pois a concreção é formada em um quadro de significados que, efetivamente, não é redutível aos fatos, e os institutos jurídicos que

⁶⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2008.

dão suporte ao contrato e sua interpretação são apenas um pequeno aspecto do *Nomos Jurídico*.⁶⁷⁹ A realidade em que se desenvolveu o contrato e a relação contratual é tão parte do mundo normativo quanto o texto da declaração negocial, aspecto que não pode ser ignorado ou obscurecido no plano da atividade hermenêutica.

Nesses termos, no plano da hermenêutica contratual cabe ao intérprete verificar sobre qual dos contratantes está o foco de relevância hermenêutica, considerando o tipo contratual em exame, tarefa que passa a ser delineada no próximo tópico.

4. O ponto de relevância hermenêutica e a extensão dos meios interpretativos

A distinção e a consideração do ponto de relevância hermenêutica, mediante a consideração da estrutura concreta relevante para a eficácia jurídica do negócio,⁶⁸⁰ têm enorme relevância no processo exegético, influenciando diretamente nos meios interpretativos à disposição do hermeneuta, ou seja, na extensão do círculo formado pelos meios interpretativos passíveis de serem empregados pelo intérprete. Esta conclusão deriva do fato de que as circunstâncias hermeneuticamente relevantes variam conforme o tipo contratual interpretado ou, como quer Larenz, segundo o escopo da interpretação.⁶⁸¹

A amplitude das circunstâncias passíveis de serem consideradas no processo hermenêutico se altera (limitação e expansão) conforme a categoria negocial em que inserida a relação contratual objeto da interpretação, em uma equação que deve levar em

⁶⁷⁹ REALE, 1999, p. 242; MARTINS-COSTA, 2008.

⁶⁸⁰ Interessante notar que a consideração do ponto de relevância hermenêutica do contrato interpretado atende à exigência de concreção da atividade hermenêutica (GAMBINO, 2000, p. 236-237).

⁶⁸¹ LARENZ, 1989, p. 241. Importante é frisar, desde já, que a natureza do contrato não limita a interpretação, mas, sim, o material interpretativo à disposição do sujeito cognoscente.

consideração, ainda, o horizonte daquele que detém a *autoridade da situação hermenêutica relevante*.⁶⁸² A tese que se encontra subjacente ao desenvolvimento deste tópico é a de que, como salienta Emilio Betti, “*a questão interpretativa não se apresenta em termos uniformes para todas as categorias de negócios*”,⁶⁸³ razão pela qual se faz necessário conceder relevância hermenêutica à estrutura típica do contrato.⁶⁸⁴ Como menciona Francisco Marino, citando Vito Rizzo, inexistente uma interpretação do contrato, mas sim interpretações dos diferentes contratos.⁶⁸⁵

A temática proposta enfoca diretamente o universo comunicacional presente na relação contratual, o que desloca o foco hermenêutico da intenção do declarante para a participação ativa e concreta do destinatário,⁶⁸⁶ atendendo à natureza bidimensional da autonomia negocial, nos termos tratados anteriormente.⁶⁸⁷

Antecipando algumas das questões que serão abaixo enfrentadas pormenorizadamente quando da análise das diversas espécies contratuais, cabe salientar que se o ponto de relevância hermenêutica se situar no destinatário da declaração (o que geralmente deriva de um alto grau de recognoscibilidade objetiva da contratação e da confiança despertada pelo negócio), somente poderão ser consideradas na interpretação as circunstâncias que estejam compreendidas no horizonte deste, ou seja, aquelas que o

⁶⁸² MARINO, 2003, p. 96 e 255.

⁶⁸³ BETTI, 2003b, p. 190; BETTI, 2007, p. 361.

⁶⁸⁴ BETTI, 2003b, p. 193; BETTI, 2007, p. 365. O plano da concreção atinge até mesmo a análise da tipologia do contrato, pois, como salienta Engisch, os tipos contratuais não são meros assuntos de uma realidade jurídica ou modelos arbitrariamente construídos, mas antes se constituem em imagens sensíveis referidas à realidade da vida do Direito, além de que sempre aparecem em contratos concretos em seu caráter situado (ENGISCH, 1968, p. 554-55).

⁶⁸⁵ MARINO, 2003, p. 115. Já foi decidido no RC 71001607027 (1ª Turma Recursal Cível do RS, Relator Juiz Ricardo Torres Hermann, j. em 29.05.2008) que “*não pode (...) regra contratual receber interpretação divorciada das peculiaridades do tipo de contrato que versa o litígio.*”

⁶⁸⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 182 e 187-188. Nesse sentido a regra do art. 236, do Código Civil Português: “*art. 236º (Sentido normal da declaração) 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.*”

⁶⁸⁷ No tópico “A autonomia privada e sua relevância hermenêutica”.

declaratório teve ciência real ou potencial, o que implica uma consequente limitação dos meios interpretativos à disposição do hermeneuta. Em contrapartida, se o ponto de relevância hermenêutica se situar no declarante (o que geralmente deriva de um baixo grau de recognoscibilidade objetiva da contratação e da confiança despertada pelo negócio), haverá um incremento do material interpretativo, sendo que em determinados casos poderão ser quantificadas até mesmo circunstâncias ocultas aos interessados (ex.: negócios *mortis causa*).

O ponto de relevância hermenêutica perpassa todas as esferas do processo interpretativo. Exemplificativamente, cite-se Custódio Miranda, para quem em sendo a declaração de um negócio jurídico bilateral redigida segundo os usos sociais não partilhados pelo declaratório, o contrato deve ser entendido nos termos dos usos sociais do círculo a que este pertence (destinatário), pois é nele que se centra a mencionada relevância. Contudo, a análise deve ser situada, pois diversas circunstâncias podem indicar que o destinatário devia ou deveria conhecer o uso peculiar utilizado pelo declarante, tais como: a natureza habitual das relações mantidas entre as partes, as manifestações anteriores, a linguagem especial do declarante ou própria de determinado ramo comercial, o lugar e o tempo específicos da declaração, etc.⁶⁸⁸

Feitas estas considerações, a primeira classificação a ser analisada é a dos *negócios jurídicos inter vivos*, que visam atender às diversas necessidades da vida de seus autores, trazendo consigo um conflito de interesses entre declarante e destinatário; e *mortis causa*,⁶⁸⁹ que objetivam a predisposição do destino do patrimônio e/ou de determinados bens do indivíduo após a ocorrência de sua morte, sem que haja um

⁶⁸⁸ MIRANDA, 1989, p. 142.

⁶⁸⁹ A doutrina admite pacificamente como espécies do gênero negócio jurídico *mortis causa* o testamento e o codicilo, sendo que parte elenca, ainda, a disposição gratuita do próprio corpo regradada pelo art. 14, do CC/02 (MARINO, 2003, p. 234).

conflito de interesses entre os sujeitos envolvidos na relação sucessória (*de cuius* e o herdeiro ou legatário).

Na primeira espécie, que se encontra subsumida ao sistema objetivo de interpretação, o ponto de relevância hermenêutica está no destinatário da declaração e/ou no círculo social que tem sua confiança por ela despertada. Essa conclusão deriva do alto grau de recognoscibilidade objetiva e de expectativa (confiança) gerada ao destinatário, e da consequente aplicação do princípio da autorresponsabilidade,⁶⁹⁰ o que demanda que o conteúdo da declaração seja apreensível objetivamente (sem que se faça necessária a busca de intenções subjetivas e/ou ocultas), nos termos do art. 112, do CC/02. Decorrência lógica deste quadro teórico é a restrição dos meios interpretativos à disposição do hermeneuta, pois somente podem ser quantificadas na atividade interpretativa as circunstâncias que o destinatário teve ciência real ou potencial.

Embora a espécie não esteja inserta no objeto deste estudo,⁶⁹¹ cabe salientar que nos *negócios jurídicos mortis causa*, adstritos ao sistema subjetivo de interpretação (teoria da vontade adotada no art. 1.899, do CC/02),⁶⁹² o ponto de relevância hermenêutica está no declarante.⁶⁹³ Isso deriva do baixo grau de recognoscibilidade

⁶⁹⁰ Este preceito encampa a ideia kantiana da convivência da liberdade-responsabilidade, sendo esta decorrência daquela (SILVA, 2001, p. 11).

⁶⁹¹ Em face desta consideração, todas as demais análises deste tópico irão privilegiar, em regra, os negócios jurídicos *inter vivos*.

⁶⁹² É controversa a aplicação do art. 112, do CC/02, aos negócios jurídicos *mortis causa*, em face da regra especial do art. 1.899, do CC/02. Consoante o entendimento de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 56, Rio de Janeiro: Borsóí, 1972, p. 336) e Francisco Marino (MARINO, 2003, p. 209 e 260), deve-se entender pela aplicabilidade conjunta dos dispositivos legais, o que também ocorre no caso do art. 113, do CC/02, embora aqui também se configurem divergências doutrinárias (MARINO, 2003, p. 236). Em sentido contrário: MIRANDA, 1989, p. 195.

⁶⁹³ Nessa espécie de negócio jurídico há, frequentemente, uma grande prevalência do fator tempo, em razão do período transcorrido entre a confecção do testamento ou codicilo, e a produção de seus efeitos, onde pode haver alteração significativa e imprevisível das circunstâncias fáticas (MARINO, 2003, p. 218).

objetiva e de expectativa do destinatário,⁶⁹⁴ mitigando sensivelmente a aplicação do princípio da auto-responsabilidade e permitindo que o intérprete vasculhe a vontade hipotética do declarante, o que encontra limite apenas nas contradições lógicas com o conteúdo expresso do negócio jurídico (correspondência com o texto do instrumento). Com a adoção da teoria da vontade há um significativo incremento do material interpretativo, podendo ser quantificadas até mesmo circunstâncias ocultas aos interessados. Essa extensão é também justificada pelo fato de nos *negócios jurídicos mortis causa* inexistir o conflito de interesses presente nos *negócios jurídicos inter vivos*, onde o operador tem a missão de compor o conflito com justiça (manutenção da comutatividade e do caráter sinalagmático).⁶⁹⁵

A segunda classificação é a dos *contratos com efeitos unilaterais*, nos quais a obrigação recai sobre apenas um dos polos da relação, havendo direito para uma das partes e apenas obrigação para a outra (em não sendo avaliados os deveres anexos) (ex. mandato e depósito); e *bilaterais ou sinalagmáticos*, nos quais a obrigação recai sobre todos os polos da relação, havendo direitos e deveres equivalentes para ambas as partes (prestações recíprocas) (ex.: compra e venda).⁶⁹⁶ Importante frisar que a classificação refere-se a carga de obrigações das partes, e não ao número de contratantes.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Carlos Ferreira de Almeida elenca, ainda, o dever de respeito a personalidade do declarante (que é humana antes de ser jurídica) e a garantia de inexistência de representantes como fundamentos para a dimensão intencional do significado nos testamentos (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 195).

⁶⁹⁵ BETTI, 2007, p. 393-394, 396-400; BETTI, 2003b, p. 224-231; MARINO, 2003, p. 93-94, 234-236 e 255-256; FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 195; MIRANDA, 1989, p. 151, 178-180, 201-202, 228.

⁶⁹⁶ Francisco Marino adota a classificação bettiana, focada no aspecto genético. Nesta, os *negócios jurídicos geneticamente unilaterais* são aqueles formados por um único polo da relação, no qual a declaração negocial se esgota (o destinatário não se torna parte do negócio, embora possa fazer parte da relação jurídica criada pelo negócio). Esta espécie se subdivide em *subjetivamente simples*, quando há um único indivíduo no polo ativo; e *subjetivamente complexo*, quando há vários indivíduos no polo ativo detendo a mesma legitimidade. Já os *negócios jurídicos geneticamente bilaterais* são formados em uma relação composta por dois polos (duas partes), que possuem legitimidades diversas (posições jurídicas diferentes com relação aos interesses em jogo).

⁶⁹⁷ Todo contrato é sempre bilateral quanto às partes (no mínimo duas partes), mas quanto aos efeitos pode ser unilateral ou bilateral

Nos contratos bilaterais, o ponto de relevância hermenêutica sempre se encontra no destinatário da declaração, enquanto nos unilaterais (principalmente nos geneticamente unilaterais), a relevância hermenêutica pode se situar em terceiros interessados que não fazem parte do contrato. No âmbito desta classificação, cabe enfatizar importante diferenciação. Em se tratando de *negócios jurídicos receptícios* (ex.: oferta), o ponto de relevância reside no destinatário, enquanto nos *negócios jurídicos não-receptícios* (ex.: promessa de recompensa) a proeminência hermenêutica se encontra no declarante, embora seja relevante a confiança despertada pela declaração no círculo social por ela abrangida.⁶⁹⁸

Ademais, na primeira espécie destacada (contratos bilaterais), o grau de recognoscibilidade objetiva (ligado ao princípio da autorresponsabilidade) e de expectativa do destinatário-comunidade é mais elevado do que nos contratos unilaterais, sendo que nestes tais parâmetros detêm uma importância majorada nos negócios jurídicos receptícios, em comparação com os não-receptícios, muito embora nestes somente possam ser consideradas as circunstâncias passíveis de serem conhecidas pelos indivíduos componentes do círculo social a que a declaração se dirige.⁶⁹⁹

A terceira classificação a ser analisada é a dos *contratos gratuitos ou benéficos*, nos quais apenas uma das partes tem vantagem e proveito econômico (ex:

Como qualquer contrato gera obrigações para os dois pólos da relação obrigacional (ao menos no que tange aos deveres anexos), nos contratos bilaterais não se trata da mera existência de deveres para as duas partes, pois o que realmente interessa é a *causa* das obrigações principais e a efetiva correspondência entre as prestações, inexistente nos contratos unilaterais.

⁶⁹⁸ MIRANDA, 1989, p. 203-204, 220 e 228.

⁶⁹⁹ MARINO, 2003, p. 95-96 e 240-241.

doação); e *onerosos*, onde ambas as partes têm vantagem e proveito econômico (ex: compra e venda).⁷⁰⁰

Na esteira da doutrina italiana (Luigi Mosco, Fabio Ziccardi e Vito Rizzo), aponta Francisco Marino que a extensão do material interpretativo é maior nos contratos gratuitos do que nos onerosos, pois naqueles há a necessidade de uma tutela mais efetiva dos interesses do declarante que presta (ex.: doador, comodante, mutuante, etc), em relação àquele que recebe a prestação gratuitamente, enquanto nestes (onerosos) há uma elevação dos parâmetros de recognoscibilidade objetiva, autorresponsabilidade e expectativa criada. Estas conclusões são amparadas tanto pela regra do art. 114, do CC/02, que impõe uma interpretação estrita nos negócios jurídicos benéficos – o que implica indiretamente a adoção de uma interpretação *em favor do devedor*⁷⁰¹ –, quanto pela regra hermenêutica de que em casos extremos deve-se tutelar o interesse daquele que almeja evitar o prejuízo (*qui certat de damno vitando*) e não daquele que busca garantir o lucro (*qui certat de lucro captando*).⁷⁰²

A quarta classificação verificada é a dos *contratos formais ou solenes*, nos quais a validade depende da observância de forma estabelecida (em lei ou pelas partes); e *informais ou não-solenes*, nos quais a validade independe da observância de forma (inexiste previsão legal ou contratual), espécie amparada no sistema jurídico brasileiro pelo princípio da liberdade das formas previsto no art. 107, do CC/02.⁷⁰³

A previsão legal da forma, que visa assegurar a univocidade do ato em decorrência de sua importância social (grande recognoscibilidade objetiva), implica a

⁷⁰⁰ Os negócios jurídicos onerosos podem ser *comutativos*, quando as prestações são equivalentes, certas e determinadas, ou *aleatórios*, nos quais a prestação de uma das partes depende de acontecimentos incertos, ou seja, a álea é elemento do contrato (ex: contrato de seguro).

⁷⁰¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 38, Rio de Janeiro: Borsó, 1962, p. 96.

⁷⁰² MARINO, 2003, p. 94 e 243-245.

⁷⁰³ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

valorização do conteúdo expresso e, conseqüentemente, a redução dos meios interpretativos, uma vez que o exegeta deve se ater mais ao conteúdo da declaração (comparativamente com o negócio não-solene), o que não implica, evidentemente, a adoção de uma interpretação literal.⁷⁰⁴

A quinta classificação, mais afeita à disciplina dos títulos de crédito,⁷⁰⁵ é a dos *negócios jurídicos abstratos*, nos quais a causa subjacente não é (ou não precisa ser) expressa e/ou reconhecível a partir da estrutura do negócio jurídico sobrejacente ou cambiário (o qual se desprende da sua origem), não tendo relevância na determinação do tratamento jurídico e dos efeitos do negócio (v.g.: nota promissória e letra de câmbio); e *causais*, nos quais a causa subjacente é manifesta e reconhecível a partir da estrutura do negócio jurídico sobrejacente ou cambiário, caracterizando o próprio tipo negocial, e exercendo, portanto, influência direta na determinação do tratamento jurídico e dos efeitos do negócio (ex.: duplicata).

Como nos negócios jurídicos abstratos o ordenamento permite que as partes silenciem acerca do interesse típico determinante do negócio subjacente, há sempre a previsão de uma determinada forma (negócio é sempre solene), o que denota uma aproximação das conseqüências hermenêuticas trazidas pela classificação anteriormente

⁷⁰⁴ MARINO, 2003, p. 246-248; MIRANDA, 1989, p. 182. Nesse sentido a regra do art. 238º, do Código Civil Português, sobre os negócios formais: “1. *Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.* 2. *Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.*”

⁷⁰⁵ Embora o sistema brasileiro não preveja negócios jurídicos absolutamente abstratos (como é o caso do acordo de transferência de propriedade do Direito alemão, denominado de *Einigung*), a classificação aqui enfocada se justifica, pois, conforme atestam Francisco Marino e Antônio Junqueira de Azevedo, não obstante o ordenamento brasileiro deixar de prever a causa como um dos requisitos do negócio jurídico no art. 104, do CC/02 (o que foi feito no art. 1.325, n. 2, do Código Civil Italiano, por ex.:) – apenas havendo menção aos motivos determinantes pela regra do art. 166, III, do CC/02 –, a causa consta como elemento intrínseco no sistema jurídico nacional (MARINO, 2003, p. 249; AZEVEDO, 2000, p. 239).

enfocada.⁷⁰⁶ Nesses termos, nos negócios jurídicos abstratos deve haver maior referência interpretativa ao conteúdo expresso do negócio jurídico, o que implica a minoração do material interpretativo à disposição do hermeneuta.⁷⁰⁷

Embora este estudo se dirija primariamente aos contratos paritários, cabe salientar, por fim, a classificação existente entre os negócios jurídicos *individuais ou personalizados*, constituídos de forma pessoalizada e negociada, com natureza geralmente paritária (respeito à liberdade de contratar e a liberdade contratual); e *de massa ou standartizados* que, ganhando vulto com a globalização e modernização econômica,⁷⁰⁸ são concluídos com um grande número de indivíduos de forma contínua, automatizada e despersonalizada. Esta espécie se subdivide em contratos *de adesão*, nos quais uma das partes apenas adere (com liberdade de contratar, mas sem liberdade contratual), e *por adesão*, que detém natureza coativa (inexistindo qualquer liberdade) (v.g.: contrato de fornecimento de água e luz).

Em face da padronização dos contratos de massa, o ponto de relevância hermenêutica se situa no público por ele atingido (de extensão variável), o que implica redução do material de interpretação, tanto porque somente podem ser consideradas as circunstâncias passíveis de serem conhecidas pelo indivíduo médio que compõe o público destinatário da declaração negocial, quanto porque se identifica certa primazia do conteúdo literal, nos termos dos arts. 20, 30 e 31, do CDC (em se tratando de contrato de consumo), dispositivos que apontam para a rigidez de toda informação,

⁷⁰⁶ As classificações partem de critérios distintos e, portanto, não devem ser sobrepostas. Embora todo negócio jurídico abstrato seja solene, os negócios jurídicos causais podem ser solenes (ex.: pacto antenupcial) ou não-solenes (MARINO, 2003, p. 249).

⁷⁰⁷ MARINO, 2003, p. 248-249.

⁷⁰⁸ ROPPO, 1988, p. 308-309.

publicidade ou oferta veiculada pelo fornecedor, que passa a integrar o contrato que vier a ser celebrado.⁷⁰⁹

Tecidas estas considerações gerais sobre o raciocínio por concreção, cabe adentrar na discussão envolvendo a natureza jurídica das circunstâncias do caso e da proporcionalidade, preceitos que irão amparar a consecução desta tarefa hermenêutica. Assim, o tópico infra abre a discussão acerca das especificidades do método concretista no curso da interpretação contratual, matéria que será objeto das duas últimas parcelas desta segunda parte da pesquisa.

5. A natureza jurídica das circunstâncias do caso e da proporcionalidade

Como visto anteriormente, o procedimento de concretização deve quantificar a pré-compreensão do intérprete, o objeto da interpretação contratual, o problema respectivo e as regras e vetores oriundos do sistema jurídico.

Como as temáticas envolvendo a pré-compreensão do intérprete e o objeto da interpretação contratual já foram enfrentadas anteriormente,⁷¹⁰ resta confrontar a condicionalidade interpretativa envolvendo o *problema concreto* e o *elemento normativo*. Para tanto, este estudo irá se valer de dois preceitos fundamentalmente necessários à efetivação do processo de concreção no âmbito da atividade hermenêutica contratual: as *circunstâncias do caso* e a *proporcionalidade*.

Antes de delinear as especificidades próprias de cada vetor, cabe frisar que, no âmbito da interpretação contratual, as duas disposições conceituais detêm a natureza de

⁷⁰⁹ MARINO, 2003, p. 250-252. Cabe mencionar, ainda, as regras do art. 423, do CC/02, e do art. 47, do CDC, que estabelecem, cada qual com seus requisitos (regra, respectivamente, concreta e abstrata), a adoção da interpretação mais favorável ao aderente.

⁷¹⁰ Respectivamente nos tópicos “O procedimento, os métodos e as regras de interpretação” e “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual”.

postulados normativos aplicativos,⁷¹¹ especialmente porque assumem a condição de metanormas ou de normas de segundo grau, estabelecendo a estrutura de aplicação das normas contratuais (e da relação destas com os elementos normativos de fato e do ordenamento estatal).⁷¹² Nos dizeres de Humberto Ávila, esta espécie abarca normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de outras normas mediante a exigência, mais ou menos específica,⁷¹³ de relações entre elementos com base em critérios.⁷¹⁴

Os postulados normativos aplicativos se diferenciam das regras e princípios em diversos aspectos. Primeiro, quanto ao nível, pois, enquanto as regras e os princípios são objeto de aplicação, os postulados estabelecem critérios de aplicação daquelas normas. Segundo, quanto à função, pois, enquanto as regras servem de comandos para determinar condutas próprias (obrigatórias, permitidas e/ou proibidas) e os princípios se encontram voltados ao alcance de determinados fins, os postulados servem como parâmetros de realização daquelas normas. Terceiro, quanto ao destinatário, pois, enquanto as regras e os princípios se destinam a quem deve obedecê-las, os postulados dirigem-se aos intérpretes e operadores. Destarte, no contexto da interpretação

⁷¹¹ O termo é utilizado por Humberto Ávila, para quem a denominação é secundária, sendo decisivo a delimitação das especificidades de sua operacionalidade (ÁVILA, 2006, p. 124).

⁷¹² ÁVILA, 2006, p. 121-122. Humberto Ávila sustenta a existência de três tipos de exames (fenômenos) que bem diferenciam a aplicação dos postulados normativos aplicativos: (1) a verificação se a regra geral se aplica ao caso individual por intermédio da razoabilidade; (2) a verificação da lisura do meio escolhido para a perfectibilização do fim por meio da proporcionalidade; (3) a verificação se a obrigação não feriu o núcleo essencial de um direito fundamental por intermédio da proibição de excesso (ÁVILA, 2006, p. 163-164).

⁷¹³ Humberto Ávila apresenta distinção dentro do gênero. De um lado se apresentam os postulados normativos inespecíficos ou incondicionais (v.g ponderação, concordância prática e proibição de excesso), que exigem o relacionamento entre elementos sem especificar quais são os critérios que devem orientar a relação. De outro se encontram os postulados normativos específicos ou condicionais (ex.: razoabilidade e proporcionalidade), os quais exigem o relacionamento entre elementos com a especificação de critérios que devem orientar a relação (ÁVILA, 2006, p. 129-130).

⁷¹⁴ ÁVILA, 2006, p. 121-124 e 168.

contratual, o raciocínio mediado pelos postulados em exame é sempre relativo à aplicação das disposições oriundas da situação objetiva complexa.⁷¹⁵

Nessas condições, as circunstâncias do caso⁷¹⁶ e a proporcionalidade se constituem em verdadeiros postulados normativos de promoção e efetivação da concreção contratual, uma vez que se apresentam como elementos gerais constitutivos do negócio contido na declaração negocial.⁷¹⁷

Nas duas últimas parcelas desta segunda parte da pesquisa serão propostas a quantificação e a incorporação das circunstâncias do caso e das diretrizes normativas estatais (principalmente seus vetores axiológicos) no *iter* hermenêutico, o que posiciona a interpretação contratual no encontro da tópica⁷¹⁸ com o pensamento sistemático,⁷¹⁹

⁷¹⁵ ÁVILA, 2006, p. 123-125 e 166. Os postulados não impõem a promoção de um fim nem prescrevem comportamentos (como aqueles estabelecidos pelas cláusulas do instrumento contratual), mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim por meio de critérios, modos de raciocínio e argumentação relativamente às normas que compõem a *situação objetiva complexa*, estabelecendo parâmetros para a sua efetivação.

⁷¹⁶ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 141.

⁷¹⁷ DANZ, 1955, p. 51.

⁷¹⁸ Gerson Branco afirma que o art. 421, do CC/02, permite o uso da tópica jurídica a partir de critérios sistemáticos, pois a autonomia privada não se contrapõe ao princípio da socialidade, em face do caráter axiológico do sistema privatista, formando uma síntese: a autonomia privada baseada na socialidade (BRANCO, 2006, p. 256). Porém, cabe mencionar que a hermenêutica filosófica se dissocia da tópica em razão de sua pretensão de universalidade (ANDRADE, Christiano José de. A Contribuição de Gadamer para a Hermenêutica Jurídica. In: *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, v. 2, n. 16, mar. 1998, p. 28).

⁷¹⁹ A discussão acerca do pensamento tópico e do pensamento sistemático refoge aos estreitos limites deste estudo. Porém, cabe frisar que existem, basicamente, três posturas distintas acerca da relação entre os pensamentos tópico e sistemático, quais sejam, a de exclusão ou incompatibilidade (Viehweg), a de tensão (H. Otto) e a dialética e de complementação recíproca, a qual foi aceita no curso da presente pesquisa. Entre os autores que sustentam a compatibilidade dos raciocínios problemático e sistemático, forma-se novamente uma visão tripartida, havendo a defesa da preeminência do pensamento tópico (H. Horn e E. Schneider), da primazia do pensamento sistemático (Canaris, Diederichsen e Würtenberger Jr.) e da importância equivalente entre as formas de raciocínio ora em exame (Esser, Rödiger, Friedrich Müller, H. Garrn e S. Stoljar), a qual parece ser a posição mais equilibrada e acertada, e que, por isso, será utilizada no desenvolvimento deste estudo (ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e Pensamento Sistemático: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124). Não obstante a existência de uma individualidade própria das duas vertentes doutrinárias, deve-se considerar que o método tópico não dispensa o pensamento dedutivo tanto pelo fato das premissas que são encontradas por via indutiva serem aplicadas ao caso particular por meio de dedução lógica, quanto porque não se pode subestimar os elementos de sistematização que aparecem ao lado do tópico numa ordem jurídica fundada sobre a casuística, pois mesmo nas ordens jurídicas concebidas como a soma de soluções de casos em espécie (antigo direito romano e a contemporânea *common law* inglesa e norte-americana), os elementos de sistematização aparecem no sistema, mesmo que externamente, quando as proposições e as noções que

cujo produto não se limita propriamente a nenhum de seus paradigmas constitutivos.⁷²⁰

A tese é a de que a incorporação da conjuntura sociocultural e jurídico-normativa às categorias teóricas utilizadas na interpretação dos contratos e na resolução de conflitos pelo Direito pode (e deve) ser feito por intermédio dos postulados normativos das circunstâncias do caso e da proporcionalidade. É a utilização destes preceitos que servirá à mediação entre o contexto objetivo do contrato, a vontade objetivada dos contratantes e o sistema jurídico.

Apesar da natureza comum, os preceitos em exame possuem âmbitos de atuação dissonantes. Enquanto as circunstâncias do caso (e a razoabilidade) agem na quantificação da normatividade intrínseca do pacto, conjugando o instrumento com as condições fáticas objetivas em que a relação contratual nasceu (momento genético) e se desenvolveu (momento dinâmico ou funcional), o postulado da proporcionalidade desvela a normatividade extrínseca do contrato, dizendo mais diretamente com a relação do instrumento com o sistema jurídico, formando a regulamentação jurídica ampla do negócio concebido pela livre disposição das partes.⁷²¹

fundamentam a casuística são provadas por via dedutiva. Canaris assim se posiciona: “*Perante o pensamento sistemático, a tópica tem, assim, aqui, uma função complementar inteiramente legítima a cumprir; pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a ‘polaridade’ dos valores jurídicos mais elevados: a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça; ela representa o processo mais adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstrato, apoiado na tendência generalizadora da justiça. (...) Já disse que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente. Assim, eles não estão, como talvez possa ter resultado das considerações feitas até aqui, isolados um frente ao outro, antes se interpenetrando mutuamente*” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989, p. 272-273).

⁷²⁰ Refere Francisco Amaral que, em face do pluralismo metodológico que domina a ciência jurídica, perdeu relevância a contraposição entre os raciocínios dedutivo e indutivo (AMARAL, 2006, p. 87).

⁷²¹ As observações de Humberto Ávila vêm ao encontro desta forma de incidência. O autor refere que no exame da razoabilidade-equivalência analisa-se a norma que institui a intervenção com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e a falta que ela visa punir (normatividade intrínseca), enquanto no exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção para verificar se o preceito que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos (normatividade extrínseca) (ÁVILA, 2006, p. 166).

O tema em exame inequivocamente remete a aplicação de eixos valorativos constitucionais e infraconstitucionais à relação contratual. Contudo, deve-se salientar, desde já, que estes preceitos influem e auxiliam no plano hermenêutico do contrato, mas não dizem necessariamente *como* a interpretação deve ser feita.

Embora os postulados atuem de forma complexa no *iter* exegético, incidindo sobre a totalidade das diretrizes e normas contratuais, pode-se realizar um recorte de incidência, levando em consideração as espécies normativas que compõem a declaração negocial. Nesses termos, cabe salientar que dentre as disposições contratuais existem, essencialmente, três tipos de normas, que no âmbito da normatividade interna da declaração negocial importam na aplicação de cada um dos postulados aqui delineados. Primeiro, previsões de ordem principiológica (normas com superfície translúcida, permitindo ao operador vislumbrar facilmente seu fundamento axiológico, que se encontra explícito) – seja por previsão expressa ou incidência de normas públicas (ex.: boa-fé objetiva e função social do contrato) –, para cuja conformação se utiliza a proporcionalidade. Segundo, determinações semelhantes a regras (normas com superfície opaca, sem discussão axiológica direta), que são conformadas pelo preceito das circunstâncias do caso. Terceiro, normas narrativas (ex.: considerandos) que, também atuando na condição de metanormas, adquirem enorme importância exegética e passam a atuar diretamente na conformação do contexto fático e normativo em que inserido o pacto.

Deve ser considerado, ainda, que no curso da atividade hermenêutica o intérprete sempre faz uso dos postulados normativos das circunstâncias do caso e da proporcionalidade, ainda que não racionalize essa dimensão. Estes preceitos também acontecem no *iter* interpretativo para além do querer e fazer do intérprete. Como refere

Carlos Ferreira de Almeida, “*interpretar é proceder um cálculo de probabilidades e decidir pelo significado que pareça mais razoável*”,⁷²² o que é mensurado sempre e de forma inevitável por meio dos postulados normativos em exame.

B. A Concreção Fática da Interpretação Contratual

Sendo plenamente verdadeiro que nenhum poder no mundo – nem mesmo a vontade da constituição ou o próprio texto constitucional, como salienta Konrad Hesse⁷²³ – pode alterar as condicionantes naturais (ex.: fatores sociais e econômicos), justificada está a tese de que também o contrato está subsumido aos fatores materiais do caso concreto.

Nesse momento, o estudo se dirige à verificação da dimensão fática do método concretista, o que envolve a mensuração hermenêutica dos elementos concretos formadores da situação objetiva complexa por meio do postulado normativo das circunstâncias do caso. Para tanto, serão enfrentadas as peculiaridades próprias deste preceito, desvelados alguns dos elementos que lhe atribuem significado e, por fim, será feita uma análise do plano jurisprudencial, especialmente no que respeita ao paradigma trazido com a edição da Súmula Vinculante n. 01, do Supremo Tribunal Federal.

1. O postulado normativo das circunstâncias do caso

Como visto, a interpretação contratual tem de quantificar *todas* as circunstâncias do caso, pois estas estabelecem critérios, modos de raciocínio e argumentação que dão à declaração negocial – palavras ou conduta das partes – a sua

⁷²² FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 201.

⁷²³ HESSE, 1991, p. 24.

significação no contexto material concreto.⁷²⁴ Deixando de ter em conta na interpretação um só ponto das circunstâncias do caso relevantes, altera-se o sentido da declaração, que deixa de corresponder à verdadeira situação, resultando em um possível (e provável) efeito jurídico falso.⁷²⁵

Contudo, cabe ressaltar que o postulado das circunstâncias do caso não auxilia a interpretação do contrato apenas na busca pelo alcance da significação do instrumento. Assim como ocorre com o ordenamento, no plano interno do contrato existem inúmeros elementos que trazem consigo fatores significativos que remetem a concepções materiais do entorno social (ex.: cláusulas remissivas à realidade e atinentes ao seu objeto, motivo e causa), sem coincidir totalmente com elas, eis que juridicizadas em uma declaração bilateral,⁷²⁶ surgindo a interpretação concretista como sendo a atividade necessária para a significação normativa desta realidade. Nesses termos, pode-se dizer que o contrato é um microsistema aberto às circunstâncias do caso (e aos vetores do ordenamento jurídico, como se verá no tópico próprio).⁷²⁷

Em termos de abrangência, as circunstâncias do caso abarcam as negociações precedentes e as manifestações concomitantes e posteriores das partes.⁷²⁸ O postulado possui, ainda, enorme relevância no campo da colmatação do contrato. No âmbito da circularidade hermenêutica, o intérprete está legitimado a atribuir relevância às circunstâncias externas ao regulamento (porque não tomadas em consideração direta na declaração, ou seja, não assumidas diretamente pelas partes como sua “vontade

⁷²⁴ Neste estudo serão utilizadas as expressões circunstâncias do caso e contexto para abranger a condição verbal e situacional concreta do contrato (FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 349).

⁷²⁵ DANZ, 1955, p. 35, 51, 77, 93, 100 e 245.

⁷²⁶ ENGISCH, 1968, p. 30.

⁷²⁷ O plano normativo do método concretista será enfrentado no tópico “A concreção normativa da interpretação contratual”.

⁷²⁸ DANZ, 1955, p. 52-53, 84 e 354; ALPA, FONSI, RESTA, 1983, p. 3. Gino Gorla entende que a quantificação das circunstâncias do caso abrange a averiguação da intenção de se obrigar, independente dos critérios de forma e da coisa objeto da contratação (GORLA, Gino. *El Contrato: exposición general*. t. 1, Barcelona: Bosch Cada Editorial, 1959, p. 92).

contratual”) na busca de uma solução harmônica com a operação econômica desenvolvida em seu conjunto (ainda que o significado não resulte imediatamente do teor das cláusulas acordadas pelas partes).⁷²⁹

Em face da incessante e infinita variedade que a vida oferece é impossível dar uma definição exata do que sejam as circunstâncias do caso.⁷³⁰ Natalino Irti adota definição de Cardona, para quem o contexto material seria o “*conjunto das condições gerais, das características culturais, das situações individuais que acompanham o ato lingüístico*”,⁷³¹ razão pela qual pode-se conceituar as circunstâncias como sendo as condições fáticas e objetivas que formam o contexto e o ambiente geral do contrato,⁷³² o que encampa contexto verbal e situacional. Carlos Ferreira de Almeida assim se posiciona acerca destas duas categorias do contexto (verbal e situacional):

“Contexto” tanto pode significar: (a) em sentido estrito, o ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto, isto é, a série de elementos que os precedem e os seguem nesse enunciado ou texto; (b) em um sentido amplo (pragmático), a situação do discurso (contexto situacional), isto é, a situação espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a ideia que cada um tem do outro, as acções que realizam nesse momento, os diferentes objectivos e acontecimentos com que se relacionam.⁷³³

Contudo, parece inequívoco que o contexto abrangido pelas circunstâncias do caso significa tanto o ambiente textual e intertextual das disposições contratuais no todo unitário da declaração (contexto sistemático das cláusulas, frases e enunciados), quanto a situação de discurso (contexto situacional), ou seja, a situação espaço-temporal

⁷²⁹ ROPPO, 1988, p. 175 e 177.

⁷³⁰ O Código Civil utiliza os seguintes termos para as *circunstâncias do caso*: *conforme as circunstâncias exigirem* (art. 690), *conforme as circunstâncias* (do caso) ou *conforme os usos* (arts. 24; 138; 151, § único; 152; 156, § único; 233; 311; 320, § único; 327; 500. § 1º, 699; 700; 701; 724; 753, § 1º; 869, § 1º; 953, § único), *usos a que se destina* ou *fim a que se destina* (arts. 566, I; 567), *usos convencionados ou presumidos* (art. 569, I) e *costumes da localidade* (art. 1297, § 1º) (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 141).

⁷³¹ IRTI, Natalino. *Testo e Contesto*. Padova: CEDAM, 1996, p. 124.

⁷³² DANZ, 1955, p. 52.

⁷³³ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 299.

(econômica, histórica e cultural) particular que compreende o objeto e os interlocutores da relação contratual.⁷³⁴

A dimensão intertextual do contrato parece por demais significativa do ponto de vista hermenêutico, não apenas pela declaração negocial se constituir em um produto de cruzamento entre enunciados, mas principalmente por ser um centro de remissão para o texto de outros atos e para todas as condutas que conformam e constituem a relação contratual objetiva, orgânica e complexa. Como refere Carlos Ferreira de Almeida, “há pois, entre o acto e o texto, uma relação dialética, que nem gera confusão das duas entidades nem conduz a um círculo vicioso.”⁷³⁵

Ademais, o postulado das circunstâncias do caso abrange a ambientação cultural e histórica ínsitas no *Dasein*. Desta feita, aqui não se diferencia o contexto situacional (circunstâncias concretas em que os enunciados são proferidos) do contexto cultural (crenças, valores e lugares comuns de um grupo social). Contudo, como salienta Francisco Marino, a distinção é relevante para demonstrar a existência de circunstâncias concretas (ligadas ao universo específico das partes) e circunstâncias abstratas ou típicas (ligadas ao círculo social a que as partes pertencem).⁷³⁶

Feitas estas considerações introdutórias, a primeira grande discussão a ser dirimida é a forma como as circunstâncias do caso agem na atividade interpretativa, em sua condição funcional indicativa da interdependência entre o fenômeno jurídico-social e o seu ambiente cultural e histórico.⁷³⁷ Se na condição de postulado normativo as circunstâncias que cercam a emissão da declaração negocial surgem inequivocamente como meio para interpretar essa declaração, com o que concorda a doutrina

⁷³⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 299.

⁷³⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 311.

⁷³⁶ MARINO, 2003, p. 91.

⁷³⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 350.

majoritária,⁷³⁸ perante o paradigma hermenêutico aqui adotado as circunstâncias do caso transcendem essa condição, tornando-se verdadeiros elementos do todo complexo que forma o contrato.⁷³⁹

Deve ser enfatizado que a interpretação contratual incide sobre toda a factualidade dos comportamentos relevantes relativos ao negócio. O texto da declaração negocial, que também faz parte da situação objetiva complexa, revela apenas parcialmente o resultado do ato de conclusão do contrato, não reproduzindo toda a atividade desencadeada, pois se diz o essencial do que aconteceu, não diz como aconteceu, nem evidencia a plenitude da eficácia jurídica no contexto da dinâmica do acontecimento social.⁷⁴⁰

Assim, as circunstâncias do caso possuem uma dupla função na interpretação dos contratos: além de aportar elementos para a compreensão da declaração e da qualificação da conduta social como negócio jurídico, trazem consigo fatores formativos da contratação, figurando em co-presença ao texto do negócio jurídico. Como refere Carlos Ferreira de Almeida, as circunstâncias definem e constituem a base do negócio jurídico em seu sentido subjetivo e/ou objetivo, e sua atuação é multifuncional, pois a mesma circunstância pode desempenhar mais de uma função na complexa estrutura do contrato:

As circunstâncias estruturais do negócio jurídico fazem parte dele, como elementos de composição, complementar dos elementos funcionais, contribuindo para completar, restringir, circunscrever ou explicar por que modo se realiza a eficácia negocial ou como se satisfazem os objectivos sociais e económicos.

As circunstâncias contextuais e as circunstâncias básicas são pressupostas na compreensão e no equilíbrio negocial; as circunstâncias estruturais são dispostas no seu conteúdo e nele

⁷³⁸ MARINO, 2003, p. 79-80.

⁷³⁹ Esse parece ser o entendimento de Eros Roberto Grau, quando o jurista afirma que “*a interpretação abrange também os fatos*” (GRAU, 2003, p. 33).

⁷⁴⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 302 e 311-312.

figuram como referências. Aquelas são extratextuais (e, por isso, não referidas) ou são, quando muito, intertextuais; estas são intratextuais, como participantes eventuais e, por vezes, necessárias do texto negocial.

Essas diferenças não devem contudo ofuscar as coincidências. As respectivas classes (tempo, espaço, finalidade, eventualidade,...) e campos paradigmáticos (...) são parcialmente comuns, as fronteiras nem sempre bem definidas. Os problemas de interpretação, integração e determinação da base do negócio suscitam certas dificuldades distintivas (...), precisamente porque a mesma circunstância pode ser tomada como elemento do texto determinante directo dos efeitos, como simples meio para a interpretação de um outro elemento, como objecto da representação de expectativas ou como factor objectivamente influente na realização do escopo negocial. Por exemplo, a destinação da coisa num contrato de compra e venda tanto pode constituir “cláusula” integrante (sendo então circunstância estrutural de finalidade) como pode ser a ele exterior, influenciando a interpretação das qualidades do objecto ou contribuindo para avaliar sobre uma eventual eliminação ou alteração da base do negócio.⁷⁴¹

Em termos instrumentais, as circunstâncias do caso devem ser fixadas antes de proceder a interpretação (por meio de prova ou confissão),⁷⁴² o que não conduz ao entendimento de que sua significação e avaliação independa da atividade hermenêutica, pois já foi definido neste estudo que a forma de realização da compreensão é a interpretação.⁷⁴³ Nunca é demais lembrar que o intérprete não trabalha diretamente com a realidade, mas com fatos construídos pela mediação hermenêutica (em sua dimensão histórica e linguística). Desta feita, além de seleccionar a pertinência dos fatos no curso da sua própria cognição, é o sujeito cognoscente que (re)constrói todas as circunstâncias em jogo.⁷⁴⁴

Nessa tarefa é essencial ao intérprete saber quais circunstâncias eram (ou não) notórias às partes, pois só devem ser consideradas válidas ao processo hermenêutico

⁷⁴¹ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 349-350.

⁷⁴² DANZ, 1955, p. 263-266; ENGISCH, 1968, p. 40.

⁷⁴³ LARENZ, 1989, p. 342. Exemplificativamente, ao ver-se o cliente estendendo dinheiro ao vendedor, o entendimento de que o ato trata-se de um pagamento depende do contexto fático geral e do agir hermenêutico da testemunha ocular, pois uma interpretação evidente pode se mostrar incorreta após o conhecimento mais aproximado da totalidade das circunstâncias do caso.

⁷⁴⁴ ÁVILA, 2006, p. 100.

aquelas a que todos os contraentes tiveram ciência, ou seja, aquelas circunstâncias que se mostraram reciprocamente reconhecíveis,⁷⁴⁵ ou ao menos reconhecíveis para aquele que detiver sobre si o ponto de relevância hermenêutica.⁷⁴⁶ Como nos negócios jurídicos bilaterais o foco hermenêutico está, em regra, na pessoa do declaratório, cabe ao declarante tornar objetivas as circunstâncias relevantes nas fases de tratativa e conclusão do contrato, também em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da confiança.⁷⁴⁷

Contudo, a questão da necessidade de objetivação das circunstâncias do caso não é simples, como pode ser extraído do seguinte exemplo apresentado por Ferrer Correia e mencionado por Custódio Ubaldino Miranda. Suponha-se que A é locador de dois imóveis locados a B (negócio jurídico bilateral com o ponto de relevância hermenêutica situado no destinatário B), recém-chegado na região, um situado no térreo e outro no primeiro andar de uma mesma edificação. Sendo emitida por A notificação “*para cessar a locação da rés-do-chão*” (apartamento situado no térreo), B interpreta tal expressão como sendo dirigida ao imóvel do primeiro andar, pois este é o sentido da expressão “*rés-do-chão*” em sua terra natal, e sob este pressuposto celebra com C contrato de sublocação do imóvel do andar térreo, ao mesmo tempo em que A, entendendo que B interpretou corretamente a sua manifestação de vontade, celebrou novo contrato de locação do apartamento térreo com D.

Neste problema, atribuir à declaração de A o sentido entendido pelo destinatário B (que é aquele que detém em si o ponto de relevância hermenêutica) é

⁷⁴⁵ BETTI, 2003b, 180-181.

⁷⁴⁶ A questão foi enfocada no tópico “O ponto de relevância hermenêutica dos tipos contratuais e a extensão dos meios interpretativos”.

⁷⁴⁷ A relação entre o uso do postulado normativo das circunstâncias do caso no plano hermenêutico e a proteção da confiança legítima parece clara. Como refere Karl Larenz, “*a ordem jurídica tutela a confiança do declaratório, a fim de que a declaração valha com o significado com que, segundo as circunstâncias, podia e devia ser entendida*” (LARENZ, 1989, p. 360).

forçá-lo a um sentido que jamais esteve presente em seu ato de autonomia.⁷⁴⁸ Assim, caberia ao intérprete analisar as diversas circunstâncias do caso, e nestas verificar se o destinatário deveria (ou não) conhecer o uso peculiar utilizado pelo declarante. Na resolução do problema proposto, inúmeros elementos adquirem relevo, tais como: a natureza habitual das relações mantidas entre as partes, as manifestações anteriores, a linguagem especial do declarante ou a linguagem própria de determinado ramo comercial, o lugar e tempo específicos da declaração, etc.⁷⁴⁹ Em termos abstratos, no exemplo proposto parece que a melhor solução seja a atribuição de eficácia ao sentido do declarante, embora o ponto de relevância hermenêutica esteja situado formalmente no destinatário B.

Do caso hipotético acima narrado ainda se extrai o problema de graduação entre o conhecido e o cognoscível, pois se pode entender como válido o uso de todas as circunstâncias que o sujeito *devesse conhecer*, ou apenas daquelas circunstâncias que o contratante *efetivamente conhecia*.⁷⁵⁰ Embora a questão dependa de uma análise tópica e situada (podendo variar devido às peculiaridades do contexto fático), correta se mostra a teoria objetivista de Erich Danz, para quem o intérprete somente pode tomar em conta as circunstâncias do caso que sejam notórias para as partes ao celebrar o negócio jurídico – em um exame que não pode prescindir do uso de *standards* –, pois do contrário restaria afrontado o princípio da boa-fé objetiva e a legítima confiança que a outra parte põe na significação das palavras tal como se apresentam, quebrando a segurança do tráfico jurídico. Nesse sentido, o essencial da interpretação é saber se as circunstâncias do caso eram ou não notórias às partes.⁷⁵¹ Assim sendo, podem ser

⁷⁴⁸ MIRANDA, 1989, p. 145.

⁷⁴⁹ MIRANDA, 1989, p. 142.

⁷⁵⁰ MIRANDA, 1989, p. 142.

⁷⁵¹ DANZ, 1955, p. 52-53, 77, 84 e 354.

utilizadas na atividade hermenêutica todas as circunstâncias que os contraentes pudessem ou devessem conhecer com o uso de uma diligência normal na situação hermenêutica determinada, ou seja, no exato contexto objetivo em que construído o contrato e desenvolvida a relação contratual.⁷⁵²

É por essa razão que Erich Danz e Karl Larenz propõem que o intérprete deve interpretar a declaração negocial atendendo aos usos sociais como faria um profano, colocando-se na posição do declaratório e considerando todas as circunstâncias, a fim de verificar quais eram por ele conhecidas ou cognoscíveis no momento do acesso à declaração e no curso do cumprimento da relação contratual. Nesse mister, o sujeito cognoscente deve conceber o declaratório enquanto participante do tráfego jurídico familiarizado com o uso geral da linguagem (apreensão que resta mitigada nas searas protetivas do Direito, como no caso das relações consumeristas e laborais), quantificando, em situações normais, também o uso especial da linguagem do círculo de relações em causa.⁷⁵³

Neste tópico ainda cabe enfrentar a questão sobre a possibilidade de consideração hermenêutica das circunstâncias que contrariem a declaração negocial. Como corretamente adverte Francisco Marino, a questão é mal formulada, pois o sentido a ser atribuído ao contrato é exatamente aquele resultante da consideração de todas as circunstâncias relevantes. Assim, não é possível afirmar aprioristicamente que uma circunstância contraria o sentido da declaração quando tal sentido ainda não foi

⁷⁵² MIRANDA, 1989, p. 186. Dito isso, mister se faz delinear que se a menção a uma “*diligência normal*” indica o uso de um *standard*, o mesmo não pode ser confundido com um modelo puramente abstrato (ex.: homem médio), pois também deve ser construído no curso do procedimento hermenêutico, uma vez que deve sempre ser mensurado o “*contexto objetivo em que construído o contrato e desenvolvida a relação contratual*”. Cabe ainda aduzir que, embora haja a necessidade de que as circunstâncias do caso sejam reciprocamente reconhecíveis, parte da doutrina entende que as circunstâncias de tempo e local do negócio independem de menção, incidindo sempre *in re ipsa* (BETTI, 2007, p. 352-353).

⁷⁵³ DANZ, 1955, p. 183-184 e 192; LARENZ, 1989, p. 360.

determinado (determinação que depende exatamente da avaliação do contexto situacional). Nesses termos, o intérprete jamais pode descartar determinado elemento fático em virtude de uma suposta contradição com o sentido literal da declaração negocial, pois, no âmbito da hermenêutica filosófica, o sentido desta declaração é provisório, já que se encontra em construção no girar da circularidade hermenêutica.⁷⁵⁴

No horizonte gadameriano o texto deve ser compreendido com as pretensões que apresenta a cada instante. Em cada situação concreta a declaração negocial passa a ser compreendida de uma maneira nova e distinta, o que importa na quantificação das diversas fases e estágios por que passa a vida do contrato. A dinamicidade da relação contratual deve ser verificada na interpretação, o que implica a análise da dimensão processual da relação contratual, no sentido de que a hermenêutica deve quantificar não apenas fases estanques, mas a sequência determinada das etapas contratuais. Contudo, essa relação contratual, que é dinâmica, orgânica e complexa, comprime uma realidade maior no contexto do Direito e da declaração negocial.⁷⁵⁵ Como refere Betti, “*o negócio deve ser considerado como um todo unitário, a ser interpretado na sua integridade: um todo, entre cujas partes individuais, preliminares e conclusivas, não é admissível uma clara separação*”, não devendo a atividade hermenêutica operar uma brusca separação do preceito contratual em relação ao seu processo de formação e a totalidade espiritual e teleológica na qual ele naturalmente se enquadra como manifestação da autonomia privada.⁷⁵⁶

Como já salientado, a importância das circunstâncias do caso na atividade hermenêutica diz com a sua influência tanto naquilo que se está interpretando, quanto na pessoa do intérprete. Para compreender o texto o intérprete “*não pode ignorar a si*

⁷⁵⁴ MARINO, 2003, p. 117-118; DANZ, 1955, p. 35 e 93; ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1954, p. 6.

⁷⁵⁵ FERREIRA DA SILVA, 2008.

⁷⁵⁶ BETTI, 2007, p. 348-349.

mesmo e a situação hermenêutica na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação.”⁷⁵⁷

Também no plano da concreção é interessante a concepção preceptiva de Emilio Betti, para quem “*os interesses que o direito privado disciplina, existem na vida social, independentemente da tutela jurídica, e movem-se numa vicissitude perene*”, sendo que o valor vinculativo do contrato advém não apenas da ordem normativa (que reconhece o vínculo e lhe atribui uma sanção jurídica), mas também do contexto fático⁷⁵⁸ que deve ser quantificado no *iter* hermenêutico. Embora centrado em um viés reconstrutivo, aqui expressamente rechaçado, o filósofo italiano aporta interessante observação ao afirmar que os mesmos critérios que explicam a construção da declaração emitida e comunicada devem governar a sua interpretação.⁷⁵⁹

O postulado normativo em exame impõe-se a todas as espécies contratuais, pois sempre serão as circunstâncias do caso que constituirão o filtro pelo qual devem ser ponderadas e sopesadas as regras situadas no plano da autonomia – tendo importância decisiva no modo e na escala de aplicação também dos princípios presentes nessa dimensão –, permitindo discernir entre seu valor nominativo, seu valor normativo e seu valor hermenêutico.⁷⁶⁰ Como afirma Humberto Ávila, “*a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto.*”⁷⁶¹

⁷⁵⁷ GADAMER, 2005, p. 426.

⁷⁵⁸ BETTI, 2003a, p. 63-67.

⁷⁵⁹ BETTI, 2003b, p. 189; BETTI, 2007, p. 360.

⁷⁶⁰ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 142.

⁷⁶¹ ÁVILA, 2006, p. 154.

Por fim, cabe salientar que, em termos de estruturação da atividade exegética, o postulado das circunstâncias do caso se aproximam do dever de razoabilidade,⁷⁶² principalmente no que tange à busca de efetivação da concreção contratual.⁷⁶³ Entende Karl Larenz que o apreender de sentido de um termo ou preposição no contexto de uma cadeia de regulação requer considerações acerca da razoabilidade, até mesmo porque o ato hermenêutico comporta elementos subjetivos.⁷⁶⁴

Quanto à atividade de concreção, a razoabilidade possui três acepções que merecem destaque: (1) exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto em um duplo sentido: desvelando a perspectiva que a norma deve ser aplicada e em quais hipóteses o caso deixa de se enquadrar na norma, devido as suas especificidades;⁷⁶⁵ (2) exige a vinculação da norma com a realidade a que faz referência,

⁷⁶² Existem diferenças entre o dever de proporcionalidade e o dever de razoabilidade, embora este postulado possa ser enquadrado no exame da proporcionalidade em sentido estrito, caso se entenda que este exame compreende a ponderação de vários interesses em conflito, englobando os interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais atingidos (ÁVILA, 2006, p. 147). Enquanto a proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim), a razoabilidade não faz referência a esta relação (meio-fim), mas sim a uma relação de correspondência entre duas grandezas (dever de equivalência), que dizem com o critério de diferenciação escolhido (qualidade) e a medida adotada, sendo que aquele não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela (ÁVILA, 2006, p. 146-147 e 165). Enfocando o método aplicativo da proporcionalidade e da razoabilidade, tem-se que “*enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência a pessoa atingida*” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 215, jan./mar. 1999, p. 173-175). Por fim, deve-se salientar que parte significativa da doutrina e da jurisprudência se utilizam dos postulados como preceitos equivalentes (RE 211.043, Relator Ministro Marco Aurélio; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Civil. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 183). De qualquer forma, o próprio Humberto Ávila refere ser questão secundária a definição conceitual do uso deste ou daquele postulado, pois o verdadeiro problema reside em confundir exames concretos diferentes, ou seja, o problema não está em usar uma palavra para dois fenômenos, mas em não perceber que há dois fenômenos diferentes a analisar, quais sejam, a razoabilidade que investiga a relação existente entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa a sua fixação, e a proporcionalidade que investiga a relação entre a medida adotada, sua finalidade e o grau de restrição causado aos direitos dos sujeitos envolvidos (ÁVILA, 2006, p. 165).

⁷⁶³ Como refere Carlos Ferreira de Almeida, “*interpretar é proceder um cálculo de probabilidades e decidir pelo significado que parece mais razoável*” (FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 201).

⁷⁶⁴ LARENZ, 1989, p. 141-142.

⁷⁶⁵ O dever de razoabilidade assume uma função extremamente relevante na análise das condições de superação de um determinado elemento normativo. No curso da atividade voltada à concreção do contrato, a razoabilidade auxilia na verificação da existência de uma modificação das razões e consequências estabelecidas *prima facie* pelas normas contratuais no contexto de sua aplicação, tornando

também em dupla perspectiva: exigindo um suporte empírico adequado ao enquadramento legal e demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir;⁷⁶⁶ (3) exige a relação de equivalência entre duas grandezas.⁷⁶⁷

Afirma Humberto Ávila que “a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade” incidindo no processo de “interpretação dos fatos descritos nas regras jurídicas”.⁷⁶⁸ Este raciocínio pode ser estendido aos ditames contratuais, no que tange a conjugação do dever de razoabilidade com o postulado das circunstâncias do caso, tanto que o próprio autor refere que aquele preceito exige a interpretação conforme as circunstâncias de fato, impondo “a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização”, atuando “na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça”.⁷⁶⁹ É também perante esse dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade)⁷⁷⁰ que a razoabilidade incide, ao lado do postulado das circunstâncias do caso, no processo de concreção contratual.

mais controlada e segura a consideração de dados contextuais como razões superiores àquelas que justificam a aplicação da própria regra.

⁷⁶⁶ Esse último viés aproxima o dever de razoabilidade do exame de proporcionalidade em sentido estrito, nos termos anteriormente referidos em nota supra.

⁷⁶⁷ ÁVILA, 2006, p. 139 e 169.

⁷⁶⁸ ÁVILA, 2006, p. 141.

⁷⁶⁹ ÁVILA, 2006, p. 141-142.

⁷⁷⁰ ÁVILA, 2006, p. 146. Em termos de uma teoria geral da interpretação, o dever de equidade parece estar situado no plano do caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica, com os limites que lhe são subjacentes, tais como a necessidade de deixar a coisa falar, o que no plano dos contratos diz com o respeito substancial ao espírito e à lógica provenientes da autonomia dos contraentes, descabendo modificar o contrato e fazer derivar dele consequências contrárias à composição de interesses em que as partes fundaram a operação (ROPPO, 1988, p. 175-176). A posição majoritária da doutrina nacional desautoriza o uso da equidade (MIRANDA, 1989, p. 216-217 e 229-230) ou o relega à função de colmatação de lacunas, ressaltando um pretensão risco para a certeza das relações, por este vetor estar em oposição com o princípio da confiança (BETTI, 2003b, p. 222). Isso é um derivativo cultural de nossa matriz jurídica que merece superação, pois a equidade é um vetor amplamente utilizado nos países do *common law* (*equity*). Como será demonstrado quando do exame do postulado da proporcionalidade, o

2. Os elementos que compõem o postulado das circunstâncias do caso

O contrato é o contrato e suas circunstâncias, ou seja, é texto e contexto, razão pela qual sem individuação não há qualquer possibilidade de compreensão. Além de interpretar as palavras, gestos e atividades, o sujeito cognoscente deve interpretar as circunstâncias em que as palavras, gestos e atividades são criados e desenvolvidos.⁷⁷¹ Não há conhecimento e interpretação desvinculados de um quadro de significados e de um universo de narração que os sustentam.⁷⁷²

As circunstâncias do caso determinam o significado das obrigações, mas possuem conteúdo incompleto, o qual deve ser preenchido por determinados elementos fáticos e normativos para que se alcance a atribuição do significado usual correspondente ao ato de autonomia privada,⁷⁷³ tendo em vista que a interpretação contratual trabalha com um determinado discurso jurídico.

De uma maneira geral, pode-se apresentar a interessante distinção entre *situação de fato enquanto acontecimento e como enunciado*, devidamente observada por Karl Larenz.⁷⁷⁴ Ocorre que no fenômeno contratual há determinadas circunstâncias fáticas dispostas expressamente na declaração de vontade (selecionadas pelos contratantes entre a multiplicidade inabarcável do constante fluir do acontecer fático), as quais assumem, portanto, a condição de enunciados normativos (a serem utilizados para mensurar os comportamentos posteriores dos contraentes, em regra por meio de

Ministro Eros Grau afirma que a proporcionalidade/razoabilidade não passa de um novo nome dado à equidade, exatamente porque atua perante a interpretação concreta e no momento da aplicação, e não na formulação abstrata do elemento normativo em exame (GRAU, 2003, p. 188-189).

⁷⁷¹ FERREIRA DA SILVA, 2006.

⁷⁷² MARTINS-COSTA, 2008.

⁷⁷³ DANZ, 1955, p. 56-57.

⁷⁷⁴ LARENZ, 1989, p. 333-334.

processos de subsunção). De outro lado, há todo o resto das circunstâncias do caso que delineiam, englobam e fundamentam a relação contratual, e que, nessa condição, devem ser consideradas como acontecimentos relevantes à atividade hermenêutica.

Conforme se extrai da teoria preceptiva de Emilio Betti, o relevante na atividade hermenêutica não é tanto o teor das palavras ou a materialidade da conduta, mas a situação objetiva em que aquelas são pronunciadas ou subscritas, ou seja, o complexo de circunstâncias em que a declaração e o comportamento se enquadram como seu meio natural e em que assumem, segundo o ponto de vista da consciência social, o seu típico significado e valor. Nesses termos, são objeto de interpretação nos negócios jurídicos as declarações trocadas e os comportamentos reciprocamente mantidos e reconhecíveis, enquadrados no contexto das circunstâncias concomitantes.

Dito isso, cabe ressaltar que a primeira grande forma de consubstanciação do postulado das circunstâncias do caso se dá no âmbito da dimensão linguística da interpretação contratual. Dentre os sentidos literais possíveis, a quantificação do contexto proporciona a concordância objetiva e intertextual da disposição contratual, dando prevalência ao sentido consoante ao comportamento das partes, ao conjunto de declarações por elas emitidas e à ordenação externa derivada das leis.⁷⁷⁵

A dimensão meramente semântica do significado negocial é de todo insuficiente. A tese clássica de que o significado do contrato residiria exclusivamente no conteúdo da vontade revelada por sua manifestação (declaração negocial) toma por objeto apenas um texto anônimo, descarnado, despersonalizado e isolado da relação

⁷⁷⁵ LARENZ, 1989, p. 391 e 394. A questão atinente à ordenação externa derivada das leis denota a dimensão indissociável que existe entre concreção fática e normativa e, conseqüentemente, entre a utilização dos postulados das circunstâncias do caso e da proporcionalidade no *iter* hermenêutico.

comunicativa concreta que se estabelece entre quem o produz e quem dele toma conhecimento.⁷⁷⁶

A determinação de significado de uma declaração depende não apenas das regras de composição da mensagem (sintática) e dos sinais comunicativos utilizados (semântica), mas também das relações entre o uso dos sinais em um dado contexto fático (pragmática), razão pela qual se faz necessário que o sujeito cognoscente enfoque os efeitos interacionais do uso da linguagem em uma determinada comunidade linguística e em um contexto social (relações que se instauram por intermédio do uso concreto da linguagem).⁷⁷⁷

Nesse sentido, a necessidade de concreção atinge a análise linguística do contrato. Além do significado das palavras variar conforme as circunstâncias em que são formuladas e depender das normas estatais de natureza conceitual (estando sempre relacionado com as circunstâncias fáticas⁷⁷⁸ e normativas), aquilo que se compreende como enunciado sempre vem acompanhado de motivações. Os enunciados linguísticos jamais têm seu pleno conteúdo de sentido formado a partir de si mesmos, necessitando sempre da quantificação de uma dimensão relacional e intertextual (ex.: a palavra “aqui” não é compreensível pelo simples fato de ter sido pronunciada ou escrita, pois sua significação é complementada pela *ocasião* em que foi pronunciada).⁷⁷⁹ Como refere Gadamer, “*nenhuma frase é por si mesma uma unidade. Ao contrário, toda frase pertence a uma unidade de sentido que empresta ao todo do texto a sua tensão interna e o seu tom próprio*”.⁷⁸⁰ No mesmo sentido, Emilio Betti, para quem “*o significado, a intensidade e a nuance de uma palavra só podem ser entendidas no contexto em que tal*

⁷⁷⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 163.

⁷⁷⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 163.

⁷⁷⁸ DANZ, 1955, p. 18 e 24.

⁷⁷⁹ GADAMER, 2004, p. 229-230.

⁷⁸⁰ GADAMER, 2007b, p. 123.

palavra foi dita ou se encontra, o significado e o valor de uma preposição e daquelas que se associam a ela só podem ser compreendidos pelo nexó recíproco e pelo conjunto orgânico do discurso a que pertencem.”⁷⁸¹

Nesses termos, a concreção hermenêutica, mediada pelas circunstâncias do caso, é fator determinante na distinção entre o uso geral e o uso particular da linguagem nas declarações negociais, tendo em vista ser inequívoco que as palavras não têm um sentido fixo.⁷⁸²

O significado referencial dos signos utilizados na declaração negocial depende sempre daquilo a que remete, ou seja, ao seu contexto fático e normativo, o que torna imprescindível a quantificação da relação globalmente apreendida.⁷⁸³ É o horizonte da situação objetiva complexa que perfaz a verdade dos enunciados contratuais, sendo certo, ainda, que parte do universo comum dos contratantes se encontra inserido na própria dimensão linguística dos enunciados contratuais, por força do ato de autonomia ou dos comportamentos posteriores.⁷⁸⁴

Erich Danz demonstrou que o intérprete contratual não pode recair em dois equívocos: ater-se ao sentido literal das expressões e entender as palavras pelo sentido da linguagem comum. No curso da atividade hermenêutica, o sujeito cognoscente deve entender o significado dos termos contidos na declaração negocial sempre em relação a todas as circunstâncias do caso, eis que as palavras nunca têm um sentido fixo, pois seu

⁷⁸¹ BETTI, 2007, p. XLVII.

⁷⁸² FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 161.

⁷⁸³ GADAMER, 1998a, p. 102-104 e 108.

⁷⁸⁴ GADAMER, 2004, p. 68.

significado depende sempre dos elementos fáticos e normativos relevantes, se alterando quando estes se modificarem.⁷⁸⁵

Nunca é demais frisar que a linguagem varia conforme condições geográficas, culturais e sociais (ex.: usos do comércio), e é conformadora de um modo de construir as declarações negociais, redundando na constituição dos usos sociais dentro de determinada classe. Exemplificativamente, em uma contratação envolvendo pessoas de classes comerciais distintas (contratos de consumo), as palavras devem ser interpretadas no sentido vulgar; já quando o negócio caiba dentro da órbita especial de uma determinada classe comercial (v.g.: contrato de distribuição comercial ou contrato de construção de uma casa sendo aceitante um arquiteto⁷⁸⁶), a linguagem deve ser compreendida em seu sentido técnico, o que deve ocorrer também quando o destinatário, mesmo não sendo partícipe de igual classe social/comercial do proponente, conhece o sentido especial que é dado às palavras e não emite manifestação em contrário.⁷⁸⁷

Ainda mensurando o plano linguístico, Carlos Ferreira de Almeida ressalta a necessidade de análise de todos os meios acessíveis ao intérprete, dentre os quais se destaca o comportamento global dos declarantes, as especificidades linguísticas do local e da profissão, a comunidade ou círculo linguístico em que se inserem contrato e

⁷⁸⁵ DANZ, 1955, p. 52-53. Pensando o Direito antes da viragem linguística, Erich Danz posicionou a linguagem como categoria ativa e manifestação própria dos chamados usos sociais, sendo, em verdade, o uso social mais importante. Refere o jurista que, sem conhecer a linguagem e os usos da linguagem, é impossível interpretar uma declaração de vontade, independente da vastidão e brilhantismo de conhecimentos jurídicos o intérprete possua (DANZ, 1955, p. 153, 156 e 251-252).

⁷⁸⁶ Este exemplo demonstra que a questão tratada transcende o enquadramento jurídico, pois se aplica tanto aos contratos paritários, quanto às pactuações consumeristas, embora nestas o intérprete deva ter um cuidado redobrado no uso da linguagem técnica, em face das normas estatais de ordem protetiva.

⁷⁸⁷ DANZ, 1955, p. 281 e 284.

contraentes, tendo em vista que a situação e o meio falam tão claramente quanto as palavras.⁷⁸⁸

Carlos Ferreira de Almeida refere que os interlocutores do diálogo contratual (sejam pessoas físicas ou jurídicas, destinatários determinados ou indeterminados) participam do processo comunicativo segundo determinantes pessoais que abrangem competências linguísticas e paralinguísticas (v.g.: gestos, entoação e simbologias), abarcando aspectos pessoais (ex.: idade, sexo, cultura, profissão, capacidade econômica, imagem social, capacidade e legitimidades jurídicas) e objetivos do estamento social a que estão submetidos. Contudo, há uma graduação hermenêutica destas determinações, pois as mesmas ganham relevância interpretativa quando integradas em uma esfera de conhecimento mútuo que as torne atendíveis como fatores de compreensão do sentido do texto.⁷⁸⁹

A mesma indefinição presente na conceituação do que sejam as circunstâncias do caso alcança a abrangência de atuação do postulado no plano hermenêutico, pois como refere Karl Larenz, “*se antes falamos de ‘circunstâncias hermeneuticamente relevantes’, é de agora acrescentar que não é possível um catálogo exaustivo de todas as circunstâncias que possam ser hermeneuticamente relevantes.*”⁷⁹⁰

De forma não-exaustiva, pode-se elencar uma série de elementos que atribuem significado às circunstâncias do caso, conforme entende a doutrina.⁷⁹¹ Por uma

⁷⁸⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 162.

⁷⁸⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 165.

⁷⁹⁰ LARENZ, 1989, p. 293.

⁷⁹¹ Interessante dispositivo sobre as circunstâncias hermeneuticamente relevantes se encontra no art. 5:102, do *The Principles of European Contract Law*, documento editado pela *Commission on European Contract Law*: “*Article 5:102: Relevant Circumstances – In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to: (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations; (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract; (c) the nature and purpose of the contract; (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves; (e) the meaning commonly*

preferência de organização didática, os elementos serão apresentados isolada e numericamente, com a explicitação de seu conteúdo ou de exemplos concretos para cada qual:

(1) *espécie e qualidade do objeto*: se alguém entra em um restaurante e diz ao garçom “traga-me um assado e fósforos”, a palavra “traga-me” altera de sentido conforme a coisa pedida. Com relação ao assado, significa que o sujeito deseja obter a propriedade de alguma coisa em troca de dinheiro, pois se o mesmo objetiva apenas ver o assado deveria declarar “traga-me um assado só para vê-lo”. Quanto aos fósforos, “traga-me” detém o significado usual de consumir gratuitamente todos os fósforos necessários para acender os cigarros consumidos dentro do restaurante, pois se o sujeito quiser levar os fósforos para casa, deve declarar esta intenção expressamente;⁷⁹²

(2) *lugar*: se alguém entra no restaurante, a frase “traga-me o jornal” significa uma permissão de uso para leitura dentro do estabelecimento, o que se modifica se o sujeito profere a mesma sentença perante um vendedor de jornais;⁷⁹³

(3) *tempo*: o vetor serve de base para comparações (entre comportamentos anteriores e posteriores a contratação) ou para a qualificação hermenêutica da significação de determinada questão (tempo em que foi realizada determinada prestação);⁷⁹⁴

(4) *qualidade das partes envolvidas* (especialmente nos negócios *intuito personae*): em uma compra e venda de determinado produto agrícola, se o vendedor é o

given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received; (f) usages; and (g) good faith and fair dealing.”

⁷⁹² DANZ, 1955, p. 54-55.

⁷⁹³ DANZ, 1955, p. 54-55. O lugar tem enorme significação no âmbito da linguagem, pois existem terminologias e conceituações regionais cujas peculiaridades podem alcançar enorme relevância na atividade interpretativa.

⁷⁹⁴ MARINO, 2003, p. 89.

próprio produtor se entende ter ele querido vender o bem produzido em suas terras, salvo disposição em contrário. Já se o produtor é um intermediário, o produto terá procedência indeterminada;⁷⁹⁵

(5) *relação pessoal dos contratantes* (laços de amizade, familiares ou afetivos): se alguém vai a uma loja de aluguel de bicicletas e diz “deixa-me uma bicicleta para esta tarde”, e o proprietário diz “sim”, nasce para aquele a obrigação de pagar o preço corrente pelo uso da bicicleta e para o locador a obrigação de deixar usar o bem móvel. Contudo, se quem diz a mesma sentença for o filho do locador, este em regra não será obrigado a retribuir pecuniariamente a utilização do bem, pois é usual que os pais concedam o uso de objetos gratuitamente aos filhos, razão pela qual para formalizar a locação o pai teria de dizer “sim, mas pagando”;⁷⁹⁶

(6) *relação prévia existente entre os contratantes*: torna-se absolutamente relevante para a atividade hermenêutica a fase das tratativas negociais e as contratações anteriores envolvendo as partes ou seus parceiros comerciais, o que denota a existência de uma conexão hermenêutica que transcende a mera sistematicidade interna da pactuação;

(7) *usos e costumes*: se o sujeito diz a um taxista “faça-me o favor de levar minha maleta até o Hotel X”, assume a obrigação de pagar o preço usual pelo serviço. Contudo, se o mesmo sujeito escuta alguém dizendo ao taxista que vá até o Hotel X e faz o mesmo pedido ao motorista e ao passageiro, não se verifica a obrigação necessária ao pagamento de uma retribuição;⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ MARINO, 2003, p. 88-89. A distinção apresentada acaba sendo relevante, também, no plano material dos efeitos jurídicos (ex.: resolução do contrato por perda ou deterioração da coisa).

⁷⁹⁶ DANZ, 1955, p. 55-56.

⁷⁹⁷ DANZ, 1955, p. 57; MARINO, 2003, p. 89. Diversos são os dispositivos legais nacionais (arts. 111 e 113, do CC/02; arts. 130 e 131, IV, do revogado Código Comercial) e estrangeiros (art. 1.159, do Código

(8) *classes sociais e comerciais*: a linguagem varia conforme as regiões (lugar), mas há classes sociais (ex.: comerciantes) que têm uma linguagem própria, característica de um modo de falar e proceder que resta por desenvolver declarações negociais (atos e omissões) interpretadas sempre em um mesmo sentido normal e ordinário que constitui, dentro desta classe determinada, o uso social;⁷⁹⁸

(9) *práticas comerciais*: dois sujeitos vindos do interior chegam à cidade e veem um táxi com a inscrição “livre”, e supondo que aquilo queira dizer “grátis”, o tomam. Como nas práticas comerciais não é usual que o taxista preste seus serviços gratuitamente, haverá a obrigação de retribuição;⁷⁹⁹

(10) *modo de comportamento (nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual)*: um morador de rua que chega em uma pousada e diz “traga-me, por favor,

Civil Francês; art. 1.368, do Código Civil Italiano; § 157, do Código Civil Alemão) que preveem a aplicação dos usos sociais no âmbito hermenêutico. Sobre a atuação destes, deve ser esclarecido que no plano da interpretação dos contratos sua aplicação é imediata, pois para que não se produza o sentido correspondente aos usos sociais deve haver uma declaração ou outra circunstância objetiva nesse sentido (DANZ, 1955, p. 63). Os usos ainda formam cânones práticos de interpretação do contrato, como o entendimento de que, no âmbito comercial, se encontra presente a contraprestação mesmo na ausência de convenção do preço. Existe uma norma tácita em relação aos usos sociais: “aquele que exige de um fornecedor uma prestação correspondente a sua atividade sem convencionar o preço, deve pagar o preço usual entre seus clientes”. A declaração de vontade deve ser assim entendida: “reclamo a prestação em troca do preço que entre seus clientes é usual”. A contraprestação é a corrente entre a clientela, e não a justa, que em certos casos pode ser outra. Se uma pessoa entra em um restaurante e pede um copo de cerveja sem perguntar o preço, deve pagar o preço usual, não podendo o cliente ou o proprietário exigir o preço justo, o que demandaria uma declaração expressa antes da realização do contrato (DANZ, 1955, p. 57 e 60-61). A matéria diz, ainda, com a quarta regra de Pothier, a qual afirma que aquilo que pode parecer ambíguo em um contrato se interpreta pelo que é de costume do país. (ex.: feito contrato com um viticultor para cultivo de terra sem declinar os valores do pagamento, considera-se que estes são os de uso e costume na região) (POTHIER, 2001, p. 98).

⁷⁹⁸ DANZ, 1955, p. 281. Os usos comerciais são uma parte dos usos sociais (DANZ, 1955, p. 282). Nas contratações envolvendo pessoas que formam determinadas classes sociais com pessoas alheias a elas, as palavras devem ser interpretadas no sentido vulgar quando o negócio não caiba dentro da órbita especial destas classes, e no sentido técnico quando o negócio caiba dentro da órbita especial destas classes (ex.: contrato de construção de uma casa formulado com um arquiteto) ou quando a outra parte conhece o sentido especial que é dado às palavras, e não emite manifestação em contrário (DANZ, 1955, p. 284), como já delienado.

⁷⁹⁹ DANZ, 1955, p. 58 e 65. No que tange aos efeitos jurídicos dos negócios comerciais, só importa o sentido usual da declaração, sendo indiferente que as partes o conheçam ou o ignorem. O conteúdo do contrato se ajusta, em regra, ao sentido usual.

um prato de sopa”, declara que a deseja gratuitamente, diferente de quando a mesma sentença resta formulada por um hóspede, quando o usual é a retribuição financeira;⁸⁰⁰

(11) *circunstâncias reciprocamente reconhecíveis presentes na consciência das partes*;⁸⁰¹

(12) *comportamento total das partes*: a interpretação contratual abrange o conteúdo global dos fatos antecedentes (v.g.: negociações preliminares) e consequentes (conduta posterior);⁸⁰²

(13) *conjunto das várias declarações e/ou cláusulas entendidas como elementos de um todo*: diz com a remissão hermenêutica das partes da regulação com o todo, e deste com as partes, o que atende aos pressupostos da circularidade hermenêutica;⁸⁰³

(14) *finalidade e/ou intuito prático visado com a contratação*: como será visto ainda neste tópico, os motivos determinantes do negócio (art. 166, III, do CC/02) são elementos subjetivos do contrato e integram o postulado normativo das circunstâncias do caso quando comum a ambos contraentes, apresentando-se como *base contratual implícita* e elemento de concreção.⁸⁰⁴ Cabe ressaltar que a concreção hermenêutica leva em consideração a totalidade congruente dos motivos e interesses individuais no contexto dos fatos ocorrentes. Assim, se a interpretação não se limita ao esclarecimento

⁸⁰⁰ DANZ, 1955, p. 61.

⁸⁰¹ BETTI, 2003b, 180-181.

⁸⁰² ROPPO, 1988, p. 171-172. Alguns ordenamentos possuem dispositivos prevendo a quantificação hermenêutica do comportamento total das partes, como ocorre com os arts. 1.361, item 2 e 1.362, § único, do Código Civil Italiano. No ordenamento nacional, a questão encontrava lastro no revogado art. 131, III, do revogado Código Comercial.

⁸⁰³ Existem ordenamentos prevendo esta relação, como ocorre com o art. 1.363, do Código Civil Italiano: “*Interpretazione Complessiva delle Clausole. Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*”

⁸⁰⁴ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 149-150, 152 e 154.

de motivos inconscientes, acaba os quantificando, mesmo que indiretamente, pela análise das circunstâncias objetivas relevantes;⁸⁰⁵

(15) *natureza e/ou matéria do negócio jurídico*: contratado o aluguel de uma casa por dois anos pelo valor X, esta importância deve ser entendida como a quantia mensal, porque é da natureza do contrato de locação que o preço seja considerado por mensalidades (cabendo avaliar, ainda, a compatibilidade do preço com o valor usual praticado no mercado);⁸⁰⁶

(16) *natureza do tipo legal de negócio jurídico celebrado*: este elemento importa na consideração das peculiaridades do tratamento hermenêutico das diversas categorias negociais (ex.: função econômico-social do negócio, grau de recognoscibilidade objetiva, nível de expectativas legítimas e de confiança despertadas nas partes e na sociedade e a extensão do material interpretativo à disposição do intérprete);⁸⁰⁷

(17) *quantificação da modalidade pela qual se procede a execução do contrato*: exemplificativamente, poder-se-ia dizer que a execução da obrigação realizada de um determinado modo não contestado pela parte adversa faz presumir a correção da conduta;⁸⁰⁸

(18) *modo de formação do contrato*: o contrato de compra e venda pode ser inteiramente estipulado pelo vendedor (contrato de adesão) ou negociado entre as

⁸⁰⁵ BETTI, 2007, p. 347-348; BETTI, 2003b, p. 175-176; MARINO, 2003, p. 89. Exemplo desta circunstância se encontra no art. 1.364, do Código Civil Italiano: “*Espressioni Generali. Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare.*”

⁸⁰⁶ MARINO, 2003, p. 89. Esta circunstância remete à terceira regra de Pothier: quando em um contrato os termos são suscetíveis de duplo sentido, deve-se entendê-los segundo o sentido que melhor convenha à natureza do contrato (POTHIER, 2001, p. 97). Diversos dispositivos legais preveem esta circunstância: art. 1.158, do Código Civil Francês; art. 1.369, do Código Civil Italiano, o revogado art. 131, I, do Código Comercial.

⁸⁰⁷ MARINO, 2003, p. 89 e 261.

⁸⁰⁸ ROPPO, 1988, p. 171-172.

partes, o que altera, por exemplo, o ponto de relevância hermenêutica da contratação e a sua intensidade vinculativa;⁸⁰⁹

Cabe mencionar, ainda, que existem cinco elementos fáticos expressamente nominados no Código Civil Brasileiro que contribuem na atribuição de significado às circunstâncias do caso,⁸¹⁰ os quais, por estarem positivados, merecem o devido destaque: (1) os usos cumulados com a boa-fé objetiva (art. 113); (2) a finalidade econômico-social do Direito (arts. 187 e 421); (3) os bons costumes (art. 187); (4) os motivos determinantes do negócio (art. 166, III); (5) a comum intenção dos contratantes (art. 112). Embora não haja espaço neste estudo para uma análise aprofundada de cada um destes elementos, mister se faz tecer breves considerações sobre os mesmos.

A relevância atribuída aos usos surge cumulada com o princípio da boa-fé objetiva, nos termos do art. 113, do CC/02. Conforme refere Judith Martins-Costa, a norma legal é determinativa dos *usos negociais*, verdadeiro critério hermenêutico que diz com elementos de fato implicitamente considerados na relação negocial (práticas comerciais e cláusulas contratuais habitualmente utilizadas em determinado setor da economia, do comércio ou de categoria profissional), não se confundindo com os *usos normativos*, relativos a uma operatividade deste elemento como norma consuetudinária ou fonte de produção normativa,⁸¹¹ embora a diferença entre os usos normativos e interpretativos esteja situada no plano funcional, e não ontológico.⁸¹²

⁸⁰⁹ MARINO, 2003, p. 112. A composição do conteúdo do contrato é influenciada pelo seu processo de formação, a partir do qual os pontos do regramento de interesses contidos no negócio poderão (ou não) ser reconduzidos à manifestação de vontade de uma ou de ambas as partes.

⁸¹⁰ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 144-145.

⁸¹¹ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 145. No mesmo sentido: BETTI, 1990a, p. 341; BETTI, 2007, p. 370-371; BETTI, 2003b, p. 199. A função normativa é suscitada por Erich Danz (DANZ, 1955, p. 113), para quem os usos sociais têm especial importância para o desenvolvimento do Direito, pois as novas realidades da vida dos povos formam novos usos sociais, a partir dos quais o operador retira novas normas jurídicas objetivas (DANZ, 1955, p. 158).

⁸¹² MARINO, 2003, p. 168.

As funções dos usos do tráfego negocial estão dirigidas à atividade hermenêutica, inclusive integrativa do contrato.⁸¹³ Determinando a relação jurídica, os usos podem servir para a interpretação da declaração negocial ou ser invocados para completá-la, razão pela qual se encontram imbricados com diversos elementos condicionantes e constitutivos do contrato.⁸¹⁴

Em termos de natureza jurídica, os usos sociais não têm o mesmo valor de uma norma de Direito objetivo, sendo parte constitutiva da declaração negocial, mas em termos funcionais se equiparam aos preceitos legislativos no caso de lacunas normativas.⁸¹⁵ Nesse contexto, cabe salientar que não se pode confundir a previsão do art. 113, do CC/02, como sendo a norma determinativa dos usos, pois esta apenas determina a observância de seus elementos constitutivos (ex.: linguagem) no processo hermenêutico.⁸¹⁶

Mister se faz ressaltar, ainda, que a utilização desta dimensão do postulado das circunstâncias do caso é limitada, pois as normas derivadas dos usos sociais somente têm eficácia quando exista uma vontade das partes que persiga precisamente o efeito jurídico que corresponde ao usual. As normas estabelecidas a partir dos usos sociais são dispositivas e supletivas para os negócios jurídicos, pois ficam sem efeito perante uma declaração divergente.

Porém, os usos sociais incidem ainda que as partes não queiram sua aplicação, se previamente deixaram de dar expressão a essa vontade (de inobservância dos usos)

⁸¹³ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 145; MIRANDA, 1989, p. 215.

⁸¹⁴ DANZ, 1955, p. 150 e 157.

⁸¹⁵ DANZ, 1955, p. 150.

⁸¹⁶ O uso social mais importante é a linguagem, pois é do uso desta que o juiz saca as normas jurídicas de interpretação que indicam o sentido das palavras usadas pelas partes (DANZ, 1955, p. 153 e 156). Sem conhecer a linguagem e os usos da linguagem, é impossível interpretar uma declaração de vontade, independente da vastidão e brilhantismo de conhecimentos jurídicos que o intérprete possua (DANZ, 1955, p. 251-252).

dentro do negócio jurídico, o que deve ser feito de modo claro e notório nos negócios jurídicos unilaterais e por meio de um acordo nos contratos.⁸¹⁷ A relação entre os usos contratuais e a vontade das partes é análoga à existente entre a autonomia e as normas dispositivas, já que estas também podem ser afastadas pela livre disposição das partes, embora no silêncio produzam seus efeitos no plano hermenêutico.⁸¹⁸ Contudo, considerando o ponto de relevância hermenêutica situado no destinatário, os usos, enquanto circunstâncias relevantes, só podem ser considerados decisivos quando conhecidos ou potencialmente cognoscíveis do declaratório.⁸¹⁹

Havendo pactuação acerca do sentido de terminado termo, que não o usual, deve-se produzir a obrigação que corresponde ao sentido da palavra dado pelas partes, que é o sentido usual no caso determinado. Assim sendo, as determinações que derivam dos usos sociais somente influem nos efeitos jurídicos em um contexto situado e conforme engendrados pelo caso concreto.⁸²⁰

No que tange à forma de constituição dos usos sociais, cabe referir que há a exigência da reiteração uniforme de certos atos de exteriorização perceptíveis,⁸²¹ o que gera um proceder consuetudinário.⁸²² Nesses termos, não basta que um grupo de pessoas

⁸¹⁷ BETTI, 1990a, p. 88.

⁸¹⁸ ROPPO, 1988, p. 189-190.

⁸¹⁹ Francisco Marino entende que o intérprete pode se valer do *standard* do homem médio para avaliar o manejo de determinado uso no curso da atividade interpretativa (MARINO, 2003, p. 130).

⁸²⁰ DANZ, 1955, p. 150-151, 163, 169, 177 e 200; BETTI, 2003a, p. 127; BETTI, 2003b, p. 180.

⁸²¹ As normas dos usos sociais e da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral; são normas sacadas da experiência, mas independentes dos casos concretos, de cuja observação se deduzem (DANZ, 1955, p. 170).

⁸²² Cabe frisar a relação existente entre os usos e o costume. Entende Erich Danz que o conceito de uso social e do comércio se subordina ao de costume, pois este abarca todas as formas de conduta voluntária que o homem faz sua, sendo uma regra individual de conduta que detém como característica a reiteração normal de atos uniformes. Quando o proceder do indivíduo corresponde à conduta consuetudinária da comunidade a que pertence, este proceder se converte em hábito e em uso. O uso é um costume social. Quando se fala dos costumes de uma pessoa se está referindo às regras de vida e conduta que lhe são peculiares. Em contrapartida, os usos são sempre os costumes de uma coletividade maior ou menor (DANZ, 1955, p. 156).

esteja de acordo com determinado uso (ex.: certos signos que entre eles tenha validade), pois isto obrigará a eles, mas somente por força do convênio.⁸²³

Embora o postulado das circunstâncias do caso seja completado mais diretamente pelos usos, sendo a boa-fé objetiva elemento hermenêutico autônomo,⁸²⁴ cabe mencionar que o art. 113, do CC/02, ainda é determinativo da observância deste preceito (boa-fé objetiva) enquanto critério de interpretação e integração do contrato.⁸²⁵

Há grande proximidade entre os elementos,⁸²⁶ pois, como esclarece Erich Danz, no negócio jurídico a boa-fé também proíbe dar por não querido o usual, sem uma clara

⁸²³ DANZ, 1955, p. 156.

⁸²⁴ Em uma análise etimológica, Erich Danz refere que a expressão boa-fé significa confiança, seguridade e honorabilidade, se referindo, sobretudo, ao cumprimento da palavra dada. O vocábulo “fé” significa fidelidade, querendo dizer que uma das partes se entrega com confiança na conduta leal da outra no cumprimento de suas obrigações, confiando que esta não a enganará (DANZ, 1955, p. 194). Detendo-se sob o prisma normativo, refere Judith Martins-Costa que a boa-fé significa um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua conduta à semelhança do homem reto, obrando com honestidade, lealdade e probidade, com consideração aos interesses da contraparte, devendo ser levados em considerações os fatores concretos do caso, como o *status* pessoal, cultural e histórico dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação meramente mecânica e subsuntiva do *standard* (MARTINS-COSTA, 2001, p. 240. MARTINS-COSTA, 1998, p. 147-148).

⁸²⁵ SILVA, 1976, p. 32; MARTINS-COSTA, 2001, p. 240; MARTINS-COSTA, 1998, p. 148-149. É senso comum que a boa-fé objetiva permite a repressão de comportamentos desviantes (moralizando a substância do contrato), permitindo a conciliação da utilidade do pactuado com a justiça que deve ser inerente à contratação privada. Contudo, o resguardo do preceito em seu viés material e hermenêutico possui, ainda, uma interessante consequência em termos de fluidez do mercado. Diferentemente do que aponta parte da doutrina (para quem a vagueza do preceito encerra “riscos” e custos na contratação), o resguardo da boa-fé objetiva conduz à segurança jurídica e, conseqüentemente, ao melhor funcionamento do mercado. O resguardo do comportamento de boa-fé traz consigo um alto grau de previsibilidade, o que diminui significativamente os custos de transação, aumentando a eficiência do sistema, pois a confiança despertada reduz a complexidade do sistema social. Nesses termos, o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para os contratantes, quanto para o mercado, sendo o preceito em exame um verdadeiro “*catalisador da fluência das relações no mercado*”. Contudo, é de todo evidente que a aplicação da boa-fé objetiva, inclusive no viés aqui delineado, deve se adequar aos ramos em que atua, pois os graus de exigência variam conforme o ramo científico (ex.: a exigência da prestação de informações se acentua em contratações consumeristas, quando comparada com determinados contratos empresariais, onde a assunção de riscos pelas partes é mais aceitável do ponto de vista comercial e jurídico) ou o contexto fático que é tipificado pelo ordenamento (ex.: o comportamento esperado de um vendedor de carros usados não é o mesmo de um negociante de roupas finas em uma loja de luxo) (FORGIONI, 2005, p. 551-558 e 565; FORGIONI, 2007, p. 128 e 133-134; ZANCHIM; ARAÚJO, 2007, p. 192-193).

⁸²⁶ Judith Martins-Costa refere que os usos do tráfego negocial estão coligados à boa-fé subjetiva e objetiva, indicando que a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé mensurada segundo a concreta configuração do contexto contratual e a função econômico-social do negócio (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 145-146). Erich Danz defende que a interpretação segundo a boa-fé não é nem mais nem menos que aquela que se inspira nos usos sociais, sendo que aquele princípio (boa-fé) se aplica sempre que o sentido da declaração seja duvidoso, quando não se pode determinar com segurança seu significado atendendo aos usos sociais, devendo o juiz interpretar a declaração de vontade das partes como a entenderiam e procederiam as pessoas corretas e probas (DANZ, 1955, p. 198 e 200-201).

justificativa.⁸²⁷ Embora haja a necessidade de uma observância conjugada dos preceitos, no plano de suas respectivas aplicações a boa-fé objetiva possui uma prevalência em relação aos usos,⁸²⁸ no sentido de que o contrato deve ser por estes interpretado, desde que o preceito em exame não os vede, pois comportamentos habituais que contrariem a boa-fé objetiva não devem ser considerados como critérios válidos de interpretação do negócio jurídico. Porém, em situações normais os usos correspondem a visão da sociedade acerca do negócio, razão pela qual quantificá-los no plano hermenêutico é fazer jus e prestar respeito ao princípio da boa-fé objetiva.⁸²⁹

O segundo critério mencionado é a finalidade econômico-social do Direito (arts. 187 e 421, do CC/02), aqui aplicada ao âmbito dos contratos. Desde logo, cabe referir a relação existente entre a função social e a função econômica dos contratos. Salienta Judith Martins-Costa que a causa-função (Betti) evoluiu de um modelo abstrato (causa-função igual em todos os contratos enquadrados no mesmo tipo legal) para uma causa-concreta, permitindo discernir entre razão justificativa do ato, função econômica do negócio e intento prático das partes. Entretanto, não são desconectadas as ideias de *função social* e *função econômica* dos contratos, pois embora a *causa função* não se confunda com o princípio da função social, é um de seus elementos de concreção. Assim, a função social é também função econômico-social, no sentido de que é uma função ligada à *utilidade concreta* da operação econômica instrumentalizada pelo contrato.⁸³⁰

⁸²⁷ DANZ, 1955, p. 197.

⁸²⁸ Nesse sentido o § 157, do Código Civil Alemão, que manda interpretar os contratos “*como a boa-fé, com consideração pelos usos do tráfico, o exija*”, e o art. 3º, 1, do Código Civil Português: “*os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine*” (MARINO, 2003, p. 132-133).

⁸²⁹ MARINO, 2003, p. 131-133.

⁸³⁰ MARTINS-COSTA, 2005a, p. 50-51 e 68.

Como se sabe, a finalidade instrumental dos contratos é a circulação da riqueza, razão pela qual se diz que este instituto detém função econômica por excelência.⁸³¹ O contrato é a veste jurídica de uma operação econômica, pois *”falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.”*⁸³² Nesse contexto, o contrato visa garantir trocas justas e úteis,⁸³³ possuindo um papel constitutivo de manutenção da agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercado (de Direito Privado), conjugando um *aspecto utilitarista* de maximização das oportunidades econômicas com um *aspecto ético* de comportamento médio de oportunidade e vantagens recíprocas.⁸³⁴

Contudo, esta finalidade econômica do instituto do contrato é mediada com o respeito a uma dimensão social das pactuações privadas, o que diz com o princípio da função social dos contratos (art. 421, do CC/02). Este preceito se encontra em constante relação de complementação e restrição recíproca com os demais princípios contratuais, surgindo do hipercomplexo amálgama axiológico existente no sistema jurídico a necessidade de uma autonomia solidária⁸³⁵ – exercida de forma ordenada, mas não subordinada, ao bem comum –, o que acaba por sepultar a concepção voluntarista da autonomia da vontade presente nos códigos oitocentistas.

⁸³¹ MARTINS-COSTA, 2005a, p. 68. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b, p. 136.

⁸³² ROPPO, 1988, p. 8 e 23.

⁸³³ SILVA, 2003, p. 127-150, p. 138.

⁸³⁴ SILVA, 2003, p. 127-150, p. 137.

⁸³⁵ MARTINS-COSTA, 2005a, p. 58. Luis Renato Ferreira da Silva entende que quando a norma do art. 3º, I, da CRFB/88, instituiu como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, colocou em xeque o dogma oitocentista da autonomia de vontade, impondo o reconhecimento de reflexos externos na relação contratual. Nesse viés, a função social se constituiria em uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social, havendo uma relação substancial entre o art. 421, do CC/02 e o art. 3º, I, da CRFB/88 (SILVA, 2003, p. 129-132 e 148 e MARTINS-COSTA, 2005a, p. 51).

O princípio da função social dos contratos surge não somente como preceito qualificador dos efeitos extraídos da boa-fé objetiva⁸³⁶ – promovendo uma distinção de intensidade dos deveres já impostos pelo art. 422, do CC/02 (v.g.: aplicação perante terceiros) –, mas também como elemento fundante de novos deveres, independentes e autônomos, dentre os quais, no plano hermenêutico, merecem destaque: (1) limite (externo) ao princípio da liberdade de contratar;⁸³⁷ (2) fundamento (interno) da autonomia privada;⁸³⁸ (3) elemento de ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno;⁸³⁹ (4) cânone de interpretação do contrato.

Embora a discussão acerca dos bons costumes extrapole os limites deste estudo – até porque remete ao exame do conjunto das regras éticas que possuem peso social relevante num dado ambiente e momento histórico –, cabe referir que o vetor previsto na parte final do art. 187, do CC/02, surge como elemento de qualificação das circunstâncias do caso e de parâmetro de verificação da legitimidade da pré-compreensão do intérprete, tanto no que respeita à sua atuação como limitador da autonomia privada (ex. impedindo a restrição desmensurada da liberdade pessoal ou

⁸³⁶ Indubitável a necessidade de se diferenciar o campo de aplicação da função social dos contratos daquele ocupado pela boa-fé objetiva, a fim de que não se esvazie o conteúdo daquele preceito. Quando o legislador optou por positivizar estes cânones em dispositivos diversos, indicou claramente a existência de disparidades no plano teórico e prático. Jorge Cesa Ferreira da Silva apresenta importante linha distintiva ao sustentar que enquanto a boa-fé objetiva detém uma normatividade endógena, o princípio da função social detém uma funcionalidade exógena (FERREIRA DA SILVA, 2003a, p. 107-115).

⁸³⁷ No momento em que o contrato deixa de cumprir sua função social, a liberdade de contratar não será mais tutelada juridicamente (MARTINS-COSTA, 2001, p. 255-256; MARTINS-COSTA, 1998, p. 146; SILVA, 2003, p. 132 e 135).

⁸³⁸ A autonomia privada integra um campo de função no domínio da liberdade contratual (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 75). A função social, por sua vez, integra, constitutivamente, o modo de exercício deste direito subjetivo, impondo o reconhecimento de que toda relação contratual possui tanto uma dimensão *intersubjetiva* quanto *trans-subjetiva* (ex.: tutela externa do crédito, interdependência funcional de contratos e extensão da eficácia do pacto a terceiros não-determinados), o que impõe a incidência dos deveres de proteção (*Schutzpflichten* de Stoll) ou laterais (*Nebenpflichten* de Esser), os quais não estão orientados para o cumprimento do dever principal de prestação (como os deveres secundários ou acessórios), mas, sim, para a conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem vir a ser afetados pela conexão com o contrato.

⁸³⁹ Sob este prisma a autonomia privada ganha ênfase enquanto fonte de produção de juridicidade com competência para a nomogênese (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 62).

econômica dos indivíduos), quanto como componente de verificação dos matizes da vinculação negocial e do conteúdo contratual (ex. arts. 569, II e 596, do CC/02).

Já os motivos determinantes do negócio (art. 166, III, do CC/02) são elementos do contrato que integram o postulado normativo das circunstâncias do caso quando comum a ambos contraentes, apresentando-se como *base contratual implícita* e elemento de concreção.⁸⁴⁰ Os motivos determinantes têm eficácia como regra de interpretação na indicação da *base contratual* levada em conta pelos contratantes, atuando como pressuposto condicionante da compreensão do negócio jurídico considerado como fato social e regulamento de interesses econômicos.⁸⁴¹

No plano da práxis se costuma desprezar a motivação que levou os agentes a celebrar o acordo, isso porque na maioria das vezes este elemento permanece na esfera subjetiva de cada contratante. Não adentrando na densa seara das discussões doutrinárias acerca da distinção⁸⁴² entre motivo e causa do negócio,⁸⁴³ cabe destacar que

⁸⁴⁰ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 149-150, 152 e 154.

⁸⁴¹ MARTINS-COSTA, 2005b, p. 151.

⁸⁴² Brevemente, cabe delinear que a doutrina distingue os motivos da causa da avença. Segundo Judith Martins-Costa, motivo e causa são equiparáveis quando significam a *razão de ser* do acordo (aquilo que leva as partes a contratar). Porém, no final do século XIX o motivo passa a ser o dado psicológico, enquanto a causa passa a representar o objetivo-fim do contrato ou a sua função econômico-social (MARTINS-COSTA, 2005b, p. 150). Ademais, entende-se que enquanto os motivos se ligam ao passado, dizendo com as forças internas que determinaram a volição (aspecto subjetivo), a causa está ligada ao futuro, agindo como elemento integrante do acordo de vontades (aspecto objetivo). Contudo, mister se faz destacar que parte significativa da doutrina (principalmente italiana) vem refutando a separação absoluta entre causa e motivo, pois este elemento objetivo (seja denominado causa ou motivo) passa a significar tanto a razão justificativa do ato quanto a função socioeconômica do negócio, em uma unidade conceitual que afasta o indesejável dualismo (FORGIONI, 2005, p. 516-519 e 528). Por fim, deve-se esclarecer que a definição conceitual é questão secundária, pois o verdadeiro problema reside em afastar o uso de elementos essencialmente subjetivos. Assim, o decisivo é a fixação das especificidades da operacionalidade dos motivos determinantes do negócio jurídico.

⁸⁴³ Sendo assunto extremamente complexo, para as pretensões deste estudo torna-se satisfatório destacar que a causa conta com apreensões subjetivistas, entendendo-a como razão determinante da vontade de contratar, e objetivistas, as quais têm como foco a significação social do negócio (FORGIONI, 2005, p. 520). Nesses termos, e sem pretender abrir um novo foco para debates doutrinários, cabe destacar que a regra do art. 166, III, do CC/02, possui nítida concepção objetiva, pois o “*motivo determinante*” destacado na norma não é outro senão aquele que for “*comum a ambas as partes*”, ou seja, aquele que tenha se tornado explícito ou ao menos reconhecível com o uso de uma diligência normal na situação hermenêutica determinada. Nesse contexto, pode-se afirmar categoricamente que o motivo determinante

aquele, enquanto permanece no íntimo do agente, não assume maior relevância na atividade hermenêutica. Contudo, quando este elemento se objetiva, seja por que razão for (ex.: motivação usual percebida no mercado para a realização de determinado tipo de negócio jurídico), acaba relacionando-se intrinsecamente à causa do contrato,⁸⁴⁴ e nessa condição torna-se uma circunstância objetiva externa que influencia decisivamente na interpretação (inclusive na integração contratual),⁸⁴⁵ especialmente quanto ao resguardo da autonomia privada e à adequação do negócio às legítimas expectativas das partes. Assim, no campo da concreção o elemento em exame assume os seguintes papéis: (1) critério de atribuição da relevância jurídica da avença; (2) critério de interpretação do pacto; (3) elemento de qualificação do contrato; (4) critério de adaptação da contratação em face da alteração do contexto fático, normativo e/ou axiológico.⁸⁴⁶

Por fim, Emilio Betti suscita a comum intenção das partes (no sistema brasileiro regrada pelo art. 112, do CC/02), como elemento de atribuição de significado às circunstâncias do caso. Sendo que este tópico já foi abordado anteriormente,⁸⁴⁷ cabe aqui salientar que sendo composta por elementos planejados pela autonomia bilateralizada, a comum intenção se encontra mais objetivada do que os motivos, e seu uso evita a interpretação gramatical e atomística que conduz ao isolamento da declaração negocial em relação ao conjunto das circunstâncias socialmente relevantes em que foi emitida e se desenvolveu. Embora não chegue ao extremo da teoria da vontade (art. 1.899, do CC/02), a comum intenção permite o alargamento dos meios

previsto no art. 166, III, do CC/02, ao menos se aproxima da noção de causa do negócio (se ainda se pretender manter a dicotomia motivo-causa).

⁸⁴⁴ A conclusão deriva, também, da natureza das regras dos arts. 140 e 166, III, do CC/02.

⁸⁴⁵ AZEVEDO, 1986, p. 129.

⁸⁴⁶ FERREIRA DA SILVA, 2001a, p. 4-9, 40, 60, 63, 65-74, 82-83, 86, 136-137, 139-140, 144, 147-155, 166-168, 248-250; FORGIONI, 2005, p. 516-529 e 566-567.

⁸⁴⁷ No tópico “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual”.

interpretativos (ex.: quantificação de negociações e pactos precedentes não referidos pelas partes na declaração contratual) e o correto manejo daqueles presentes na situação objetiva complexa.⁸⁴⁸

Feitas estas ressalvas, cabe mencionar o amparo jurisprudencial à vertente teórica ora em exame, principalmente no que respeita ao paradigma trazido pela súmula vinculante n. 01, do STF.

3. A jurisprudência e o paradigma da Súmula Vinculante n. 01, do Supremo Tribunal Federal

O entendimento de que a atividade hermenêutica deve necessariamente ter em conta *todas* as circunstâncias do caso (âmbito material), em uma análise tópica do Direito interpretado, com a utilização de critérios de ponderação (âmbito procedimental),⁸⁴⁹ restou consubstanciado na edição da Súmula Vinculante n. 01, do

⁸⁴⁸ BETTI, 2003b, p. 210-211; BETTI, 2007, p. 381-382. Cabe salientar, contudo, que a menção de Emilio Betti estava voltada ao sistema jurídico italiano, sendo aproximada, portanto, a referência que aqui se faz ao art. 112, do CC/02.

⁸⁴⁹ Dentre as disposições contratuais existem previsões de natureza principiológicas – seja por previsão expressa ou incidência de normas públicas (ex.: boa-fé e função social) – e determinações semelhantes a regras, razão pela qual a interpretação do contrato deve-se conformar com a necessidade de trabalhar com critérios de ponderação e subsunção. Embora a doutrina clássica entenda haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, o presente estudo aceita a tese de Humberto Ávila, para quem existe a capacidade hermenêutica de ponderação também das regras (contratuais), exatamente porque sua aplicação (aspecto da interpretação) depende da quantificação de outros fatores (fáticos e normativos) que vão além da análise dedutivista que relaciona de forma simplória o fato concreto com o tipo legalmente estabelecido (ÁVILA, 2006, p. 26 e 52), o que se amolda com perfeição no universo exegético gadameriano. Como refere Humberto Ávila, “*toda norma jurídica – inclusive as regras – só tem seu conteúdo de sentido e sua finalidade subjacentes definidos mediante um processo de ponderação*”, o qual acompanha o modo de aplicação das espécies normativas (ÁVILA, 2006, p. 55 e 58), abarcando todos os elementos da atividade hermenêutica (compreensão, interpretação e aplicação). Conforme adverte Eros Roberto Grau no Prefácio da obra de Humberto Ávila, “*a ponderação é um momento no interior da interpretação/aplicação do Direito*” (ÁVILA, 2006, p. 18). Na interpretação das disposições contratuais faz-se necessária utilização de uma ponderação interna, que diz com a reconstrução do conteúdo semântico por meio do confronto das razões (fáticas e normativas) em favor de eventuais alternativas interpretativas (ex.: determinação do sentido de “pátio” para a verificação de uma cobertura de seguro); e também de uma ponderação externa, quando existe o conflito de duas disposições sem que a solução importe na decretação de invalidade de uma das cláusulas (ex.: conformação hermenêutica de regra que determine a realização de determinada atividade custosa para evitar dano irreparável ao outro contratante

STF: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001.”⁸⁵⁰

No julgamento do RE 418.918 – decisão condutora do entendimento sufragado com a edição da disposição sumular supramencionada –, o STF decidiu, por meio de uma análise essencialmente tópica da questão *sub judice*,⁸⁵¹ que é incabível a

em ocorrendo determinada situação concreta, com regra que proíbe a realização de atividades que importem em custos sem a prévia autorização do contratante interessado) (ÁVILA, 2006, p. 88). Assim como a interpretação e concretização constitucional são dominadas por ponderação, que alcança as normas em sentido contrário e os interesses (públicos e privados) divergentes, que são protegidos constitucionalmente (HECK, 2006, p. 21), no contrato a interpretação mediada por um raciocínio de ponderação alcança as diretrizes contratuais e os interesses dos agentes envolvidos, que são protegidos pela pactuação e pelo ordenamento a ela subjacente.

⁸⁵⁰ Súmula aprovada na sessão plenária de 30.05.2007 e publicada no DJE n. 31/2007, p. 1, em 06.06.2007, DJ de 06.06.2007, p. 1 e DO de 06.06.2007, p. 1. A disposição teve como base os seguintes precedentes: RE 418.918, RE 427.801 AgR-ED e RE 431.363 AgR. As peculiaridades do RE 418.918, condutor do entendimento sufragado com a edição da disposição sumular supramencionada, são as seguintes: (1) quanto ao problema da correção dos saldos das contas do FGTS, a jurisprudência dos tribunais superiores assim se consolidou, conforme a súmula 252, do STJ: “Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS)”; (2) como o passivo referente a tais correções alcançava a cifra de R\$ 42 bilhões (quase 4% do PIB nacional), foi editada a LC 110/2001, que estabeleceu uma série de medidas tendentes a garantir o aporte de recursos, dentre as quais se encontrava o termo de adesão em que o trabalhador renunciava a uma parte dos direitos reconhecidos pela jurisprudência; (3) fixando entendimento sobre a validade dos termos de adesão previstos na LC 110/2001, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (JEF-RJ) editaram o Enunciado n. 21, que assim dispunha: “O trabalhador faz jus ao crédito integral, sem parcelamento, e ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar n. 110/2001, deduzidas as parcelas porventura já recebidas”; (4) a demanda que culminou no RE 418.918 se tratou de ação de trabalhador requerendo o creditamento integral das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários em sua conta do FGTS, mesmo após aderir ao termo de adesão instituído pela LC 110/2001; (5) não obstante o ingresso da demanda, o STF entendeu que o trabalhador não questionou a validade do termo de adesão firmado, tendo o JEF-RJ decretado de ofício o juízo de invalidade do pacto.

⁸⁵¹ A análise tópica é evidenciada por intermédio da simples leitura dos votos proferidos no RE 418.918. Sobre a questão é relevante destacar dois tópicos. O primeiro, a decisão atacada pelo Recurso Especial não esgotou a jurisdição de origem, pois foi prolatada monocraticamente por juiz integrante da Turma Recursal do Juizado Especial Federal. Por maioria, os Ministros superaram o óbice da Súmula n. 281, do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”), devido às seguintes peculiaridades do caso concreto: (1) política judicial, atinente à existência de grande número de processos versando sobre a matéria e de outros que viriam com a manutenção da decisão recorrida; (2) juízo prévio de que o eventual recurso que encerraria a jurisdição da instância ordinária não modificaria o teor da decisão então atacada, tanto pelo Enunciado n. 21, do JEF-RJ, que pacificou o entendimento de mérito, quanto pelo Enunciado n. 26, também do JEF-RJ, que impede recurso da decisão monocrática proferida pelo relator (fulminando o agravo); (3) o precedente criado dificilmente se repetiria em outros casos (o que resguardaria a segurança jurídica). Ainda sobre a

proclamação em abstrato de vício de consentimento, pois este deve ser demonstrado concretamente, o que demanda a avaliação do elemento subjetivo do pactuante no momento da avença e das circunstâncias específicas e relevantes em que esta foi constituída, implicando no uso necessário do método concretista, com a consequente quantificação das circunstâncias do caso. No voto da Ministra Ellen Gracie, lê-se:

(...) A perquirição acerca de vício em algum dos elementos formadores da vontade do agente haverá de ser demonstrada caso a caso, acordo a acordo, por demandar avaliação do elemento subjetivo do pactuante no momento da avença, consideradas as circunstâncias específicas e indissociáveis da personalidade de cada um. Se, por outro lado, não ocorre essa aferição no caso concreto, e o que se examina são os termos do acordo – termos esses previstos em legislação complementar federal – o que está em causa, verdadeiramente, não é a vontade eventualmente viciada do agente, mas a constitucionalidade da regra instituidora do ajuste. (Grifo Nosso)

Condenando o critério de construção da decisão então recorrida, que não atentou para as circunstâncias do caso concreto, o Ministro Cesar Peluzo assim observou:

Uma afirmação dessa [de que o ato jurídico perfeito não prevalece em face do Enunciado n. 21 das Turmas Recursais] ganha sentido quando o julgador diz: diante deste caso concreto, perante as circunstâncias tais, diante da prova tal, testemunhal ou documental, verifica-se que houve erro. Mas aqui não se examina prova alguma. Fixa-se uma tese. Esta que é a verdade. Por isso, fala-se em trabalhador e não se faz referência a nenhum elemento do caso

Súmula n. 281, a Ministra Ellen Gracie afirma que “*o que me leva a superar a preliminar para adentrar o mérito é exatamente a peculiaridade da questão*”, sendo que o Ministro Gilmar Mendes refere que na espécie “*proporia um distinguishing nessa Súmula nº 281*”. Em interessante passagem, o Ministro Sepúlveda Pertence destaca que “*não podemos decidir um caso especial (pois) estamos estabelecendo uma orientação*”, tendo observado o Ministro Carlos Velloso que “*sim, para este caso*”, o que restou prevalecendo na questão preliminar ora em exame. O segundo, houve forte manifestação, capitaneada pelo Ministro Marco Aurélio, demonstrando preocupação com a análise tópica em se tratando de decisão proferida pelo STF: “*preocupa-me muito a fase que atravessamos no Tribunal, que vislumbro, até mesmo, como uma fase de afastamento de parâmetros, adotando-se regras especiais para o caso concreto, e passando o Colegiado a atuar como se legislador fosse*.” Já o Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou: “*(...) não creio que possamos estabelecer critérios conforme o processo. O Direito, tanto o material quanto o instrumental, é único; há de ser observado – e aí atua o Supremo Tribunal Federal no campo pedagógico, porque o que fizermos aqui tende a vir a ser observado por outros tribunais. O Direito é único. Não cabe distinguir: bem, neste processo, aplico; mas, noutro processo, não aplico. Creio que a insegurança jurídica grassará; paga-se um preço – a meu ver até baixo, módico – por se viver em um Estado Democrático de Direito, que é a observância do Direito posto*.”

concreto, porque é para ser aplicada em todos os casos, independentemente das características singulares de cada um. Enfim, está-se dando tratamento de caráter geral, que, como tal, ofende cláusula da Constituição. (Grifo Nosso)

Já o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assim se posicionou:

Já foi demonstrado, e estamos aqui a discutir a tese – disse-o bem o Ministro Cezar Peluso – de que, a rigor, nenhuma consideração faz o Juizado Especial no Rio de Janeiro sobre um dado caso singular, mas presume que todos os acordos foram assinados contra esse valor – fundamental, claro – da autonomia pessoal, da autonomia de decidir.

(...) já se demonstrou também, não é possível, de plano, dizer que há um critério de não-razoabilidade. (Grifo Nosso)

Afastando o entendimento que consagrava uma tipificação social abstrata, a decisão sumulada do STF determina ao intérprete privado que a atividade hermenêutica por ele promovida seja de ordem individual, a qual, nos dizeres de Emilio Betti, é aquela que *“parte do critério de considerar as declarações e os comportamentos em sua concretude específica e atribuir-lhes um significado pertinente na medida do possível, com o particular modo de ver neles expresso e com as situações e relações existentes entre as partes em concreto, levando em conta as circunstâncias individuais do caso.”*⁸⁵² O jusfilósofo italiano ainda defende que o moderno raciocínio jurídico tende a interpretação individual, conjugando esta, no plano dos contratos, com a chamada interpretação técnica,⁸⁵³ que *“repropõe o problema que aparece resolvido naquela determinada objetivação do espírito e indaga sua solução independentemente da consciência reflexa que o autor possa ter alcançado, enquadrando-a – no caso de*

⁸⁵² BETTI, 2007, p. 372-373. Na mesma passagem o filósofo italiano refere o contraponto a esta forma de raciocínio, que vem com a interpretação típica, a qual parte *“do critério de classificar por tipos ou classes as declarações e os comportamentos, levando em conta o gênero de circunstâncias em que se desenvolvem e a que correspondem; e a cada um desses tipos atribui um significado constante sem considerar aquela que no caso concreto pode ter sido a efetiva e diferente opinião das partes.”*

⁸⁵³ BETTI, 2007, p. 373; BETTI, 2003b, p. 202. As espécies não se confundem, como é expressamente salientado por Betti (BETTI, 2003b, p. 201). A interpretação técnica se contrapõe à chamada interpretação psicológica, a qual é apresentada como sendo *“aquela voltada a indagar na objetivação do espírito a ‘mens’ de quem a realizou”* (BETTI, 2007, p. 369).

um contrato – não mais na totalidade individual de ambas as partes, mas na totalidade do ambiente social, segundo as visões nele correntes sobre a autonomia privada”.⁸⁵⁴

Embora os termos de adesão previstos na LC 110/2001 tenham peculiaridades próprias – já que suas disposições estão previstas em legislação complementar federal, não partindo diretamente da autonomia do aceitante, o que se assemelha a estrutura de uma contratação por adesão –, efetivamente devem ser considerados contratos propriamente ditos,⁸⁵⁵ razão pela qual a construção hermenêutica e teleológica consubstanciada na Súmula Vinculante n. 01, do STF, pode ser transposta diretamente para a interpretação dos contratos em geral, os quais estão subsumidos às mesmas categorias utilizadas nos critérios de decisão do RE 418.918.

Por fim, deve ser referida a grande extensão dada pelo STF à utilização do método concretista. Ocorre que, no caso da Súmula Vinculante n. 01, a corte constitucional se utilizou de vetores do modo de raciocinar por concreção em uma contratação “por adesão qualificada”, uma vez que os ditames dos termos de adesão estavam previstos na LC 110/2001, que inclusive trazia os contratos preestabelecidos em suas disposições anexas. Desta feita, se utilizado o método concretista nesse caso, onde o espaço de autonomia do trabalhador-aderente era bastante reduzido, muito mais

⁸⁵⁴ BETTI, 2007, p. 369; BETTI, 2003b, p. 198.

⁸⁵⁵ Deve-se ressaltar que o Ministro Eros Grau sustentou que “no caso do ‘termo de adesão’ a que refere o art. 4º da lei complementar não há contrato, menos ainda ‘contrato de adesão’” pois no caso haveria apenas um comando da LC 110/2001. Não obstante tais observações, a conclusão a que chegou o STF (é viciada a decisão que desconsidera acordo sem ponderar as circunstâncias do caso concreto) pode e deve ser estendida aos contratos em geral. Primeiramente, se trata de manifestação isolada do Ministro Eros Grau, tendo os demais julgadores entendido a questão como se contrato fosse, tanto que foram utilizadas em diversas oportunidades expressões como “acordo”, “avença”, “elementos formadores da vontade” e “elemento subjetivo do pactuante no momento da avença”. Segundo, salvo melhor juízo, o fato de haver um rígido dirigismo por parte da LC 110/2001 não invalida a natureza contratual do termo de adesão referido nos seus arts. 4º e 6º, tanto que expressamente delineado na lei a necessidade de manifestação de vontade do titular da conta vinculada com os ditames estabelecidos. A três, o próprio Ministro Eros Grau defende que na espécie “*atuaria (...) a vedação do venire contra factum proprium*”, que como se sabe é figura jurídica atinente ao instituto do contrato, se relacionando com a confiança recíproca (MARTINS-COSTA, Judith. O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999, p. 469).

razão existe para a concessão de relevância hermenêutica ao substrato fático de uma relação contratual paritária, onde as questões de fato são ainda mais decisivas na conformação do instrumento contratual.

C. A Concreção Normativa da Interpretação Contratual

Nesta parcela final do estudo, o foco de análise se dirige ao viés normativo do método concretista, o qual encampa a relação entre o ato de autonomia representado pela declaração negocial e o sistema jurídico, abrangendo uma dimensão sistêmica mediada pelo postulado da proporcionalidade. Nesse contexto, serão enfrentadas as premissas gerais da concreção normativa da interpretação contratual, apresentadas algumas das peculiaridades próprias do preceito supramencionado e, por fim, referidas as premissas da sistematicidade hermenêutica que interessam ao paradigma adotado nesta pesquisa.

1. As premissas gerais da concreção normativa da interpretação contratual

Como já salientado, o texto contratual é um lugar de outros lugares, pois é sempre uma prática intertextual.⁸⁵⁶ Essa observação surge como característica necessária de integração da declaração negocial e da relação contratual no âmbito maior do discurso jurídico.⁸⁵⁷

Enfocando especificamente o texto contratual, tem-se que na declaração negocial se encadeiam enunciados que possuem conexões múltiplas a serem analisadas segundo dois tipos de relações: como texto fechado, pela composição de suas unidades

⁸⁵⁶ MARTINS-COSTA, 2008.

⁸⁵⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 165-166.

internas; e como intertextualidade, pelo cruzamento de vários enunciados tomados de outros textos, contemporâneos ou que historicamente antecederam a pactuação, o que encampa até mesmo as regras constitutivas do ordenamento jurídico.⁸⁵⁸ Como quer Gadamer, “*por mais que represente uma unidade de sentido, um texto continua sendo sempre dependente do contexto que com frequência determina pela primeira vez de maneira inequívoca a (sua) significação plutoposicional. (...) se destacamos uma única parte de um texto de seu contexto, ele emudece. Falta nesse caso a força significativa superior*”.⁸⁵⁹

É a partir destas observações que se constrói uma sistematicidade normativa capaz de desvelar a noção da relação bilateral e dialética⁸⁶⁰ que existe entre a pactuação privada e o ordenamento jurídico, dimensão que desvela a força significativa da normatividade do contrato e do instrumento de autonomia das partes. A pretensão deste estudo, ao mencionar a existência de uma concreção normativa, é situar o negócio no contexto do ordenamento jurídico,⁸⁶¹ pois o contrato, enquanto elemento normativo, se insere na cadeia de regulação do Direito. Mesmo a regulação particular se desenvolve de acordo com princípios imanentes que formam o sistema jurídico,⁸⁶² não havendo razão ontológica para que a atividade hermenêutica contratual ignore esta dimensão, aceita em outras situações que, devido à ampliação do objeto da interpretação promovida neste estudo, já foram situadas no contexto do interpretar (ex.: verificação da validade do contrato).

Como refere Karl Larenz, na determinação do sentido da declaração o jurista também confronta logo o contrato com a lei, até mesmo porque o ordenamento coloca

⁸⁵⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, 1992, p. 294 e 1099.

⁸⁵⁹ GADAMER, 2007b, p. 123 e 129.

⁸⁶⁰ FERREIRA DA SILVA, 2001a, p. 151.

⁸⁶¹ MIRANDA, 1989, p. 222.

⁸⁶² LARENZ, 1989, p. 147 e 196.

exigências jurídicas específicas ao sujeito cognoscente, especialmente no que respeita ao significado que o sistema considera como válido e vinculativo, nas determinadas circunstâncias concretas.⁸⁶³

Este estudo propõe a cisão teórica (e apenas teórica!) do método concretista, a fim de enfatizar que a relação entre contrato e ordenamento é um dos prismas mais relevantes da interpretação contratual. Apenas fora do âmbito de uma hermenêutica jurídica a interpretação do contrato poderia se dar sem a quantificação do sistema (desconsiderando o plano jurídico, o contrato absolutamente ilegal pode ser interpretado normalmente, sem dar relevo ao seus vícios constitutivos). Como salienta Enzo Roppo, o contrato não é um elemento da realidade física, e o juízo sobre sua constituição normativa depende da qualificação de comportamentos humanos operada por normas jurídicas, pois a sequência de atos necessária à formação do conteúdo do contrato não depende de um modelo natural e necessário, mas, sim, pré-fixado de modo convencional e arbitrário pelo Direito, em reconhecimento da realidade social.⁸⁶⁴

Fator decisivo que merece ser devidamente salientado é o de que, como já frisado, a relação existente entre o contrato e a ordem jurídica estatal não é meramente unilateral, mas bilateral, dialógica e dialética. Se é verdadeiro que o contrato, em seu âmbito material, deve respeitar às diretrizes normativas estatais (imposição de limites ao seu objeto) e a sua interpretação deve aceitar as determinações dos cânones estabelecidos em lei;⁸⁶⁵ deve-se perceber que a influência do ordenamento atinge o

⁸⁶³ LARENZ, 1989, p. 231, 343 e 359-360. Exemplificando, quando o cliente diz para o vendedor “*dê-me 1kg de maçãs, por favor*”, está demonstrando que se obriga ao pagamento do preço, mesmo que subjetivamente assim não o queira, pois o ordenamento, nestas circunstâncias fáticas, considera o comportamento juridicamente vinculativo (exemplo que ainda poderia questionar a questão da reserva mental do art. 110, do CC/02).

⁸⁶⁴ ROPPO, 1988, p. 84-85 e 147-148.

⁸⁶⁵ Este aspecto determina a verificação da validade do negócio, o que também faz parte do processo hermenêutico, como salientado no tópico “A delimitação do horizonte hermenêutico”. Sob este prisma, está-se tratando da relação de determinação ou vinculação existente entre a norma de um escalão superior

próprio núcleo da atividade hermenêutica. O contrato não pode ser interpretado de forma apartada do sistema jurídico, aspecto este que se encontra inserido dentro dos esforços de concreção da *situação objetiva complexa* formadora da relação contratual.

É verdade que à autonomia privada é reconhecido livre curso dentro das margens demarcadas pelo ordenamento, mas não é menos verdadeiro que os atos negociais oriundos desta liberdade pessoal dos indivíduos tocam (e testam) constantemente os limites fixados normativamente pelo sistema jurídico, e usualmente acabam redefinindo tais perímetros. O próprio ordenamento prevê espaços de diálogos mais ou menos flexíveis, havendo no campo contratual uma grande margem para atuação dos sujeitos de direito, do que é exemplo significativo o princípio da liberdade das formas previsto no art. 107, do CC/02. Se não há autonomia e liberdade fora do Direito e de uma coletividade juridicamente organizada,⁸⁶⁶ deve-se considerar que a liberdade dos indivíduos é conformadora do sistema normativo que organiza a complexidade do corpo social.

Tal como refere Joaquim Ribeiro, “*ainda que com as especificidades advenientes da sua natureza de acto de autonomia, de livre iniciativa dos próprios obrigados (...) o contrato integra-se, como um dos elementos de normaçaõ, na ordem jurídica global da sociedade.*”⁸⁶⁷ Segue o pensador referindo que a conexão entre o contrato e a ordem jurídico social é profunda, pois a pactuação não se processa em um espaço vazio de normatividade, mas em um universo institucional que predispõe forma e conteúdo da ação comunicativa e determinativa dos contraentes. É apenas o conjunto

(ordenamento constitucional e civil) e inferior (sentença judicial, ato administrativo individual ou contrato), a qual nunca é completa, pois sempre existente uma margem de livre apreciação por parte do escalão inferior, como referem Hans Kelsen e Joaquim Ribeiro (KELSEN, 1998, p. 388; RIBEIRO, 1999, p. 225). Essa margem de liberdade é bastante majorada no plano dos contratos regrados pelo vértice da autonomia privada, quando comparadas outras áreas do Direito (ex.: Direito de Família).

⁸⁶⁶ RIBEIRO, 1999, p. 241.

⁸⁶⁷ RIBEIRO, 1999, p. 213.

destes elementos que dota o contrato de um sentido a ser intersubjetivamente reconhecido. O sistema jurídico, nesses termos, não se posiciona fora e “depois” do contrato, pois é ele também um antecedente e pressuposto que integra, como componente fundamental, o corpo de regras constitutivas da instituição contratual.

Para além de se constituir em fundamento e base, a ordem jurídica interfere no conteúdo de significação do pacto, estabelecendo requisitos e limites, fixando efeitos imperativos, predispondo regimes supletivos ou impregnando, com seus valores e princípios, o sentido do comportamento declarativo, o que parece ser o principal aspecto a ser enfatizado no plano da atividade hermenêutica. Assim, como quer Joaquim Ribeiro, “*menos do que um radical dualismo de campos opostos, o que se nos depara são, na verdade, duas esferas de regulação comunicantes, com atinências recíprocas*”, observação que bem enfatiza a conexão dialógica aqui proposta.⁸⁶⁸

A dimensão enfocada se confirma quando analisada a relação entre as esferas de autonomia e heteronomia sob perspectiva inversa. Se é inequívoco que o contrato precisa da ordem jurídica para alcançar contornos de operatividade e eficácia, não é menos verdadeiro que o sistema necessita do contrato (enquanto fato social) ao reconhecer a autodeterminação da pessoa e a sua liberdade de atuação econômica, o que torna indispensável o uso do mecanismo contratual, não apenas para realização material dos valores constitucionais, mas também para assegurar a funcionalidade de uma estrutura social fortemente diferenciada (o que leva à incorporação legislativa e à aceitação jurisprudencial de modelos contratuais surgidos na factualidade das relações negociais e de mercado, do que são exemplos os contratos de *leasing* e *time-sharing*).⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ RIBEIRO, 1999, p. 214-216.

⁸⁶⁹ RIBEIRO, 1999, p. 217-218.

O contrato integra o sistema jurídico tanto porque dele recolhe pressupostos de criação, manutenção, conformação e coercibilidade, mas também porque o desenvolve na concretização dos vetores constitucionais da autodeterminação da pessoa e do espaço de liberdade de atuação econômica do indivíduo, não havendo sentido em sua separação como sistema autônomo, ao menos no plano hermenêutico. Joaquim Ribeiro assim se questiona: se o contrato está “‘dentro’ do complexo normativo que é o direito, como elemento de sua diferenciada estrutura de regulação social, como pode simultaneamente ganhar a distância indispensável para se isolar e firmar como termo de uma análise comparativa com o próprio sistema de que faz parte? (...) em nenhum momento, nem na sua fase genética, nem na sua fase de execução, o negócio se desliga de seu sistema fundador.”⁸⁷⁰

Sendo evidente que o contrato não se dilui por completo no ordenamento jurídico, conservando sua alteridade e autonomia quanto à origem normativa e função específica assinalada pelo próprio sistema jurídico,⁸⁷¹ é inegável sua sistematicidade com o conjunto normativo estatal, estando em constante complementação e restrição recíproca com seus princípios estruturantes.⁸⁷²

Embora o paradigma trabalhando neste estudo independa de uma apreensão metodológica do fenômeno hermenêutico, mister se faz afirmar que a tese da concreção normativa encontra lastro no chamado pensamento sistemático,⁸⁷³ cujo aporte teórico pode ser trazido para o campo da interpretação do contrato. A primeira consequência

⁸⁷⁰ RIBEIRO, 1999, p. 219 e 222.

⁸⁷¹ BETTI, 2007, p. 190-191.

⁸⁷² RIBEIRO, 1999, p. 220.

⁸⁷³ Hesse sustenta que a hermenêutica deve ser construída sobre a base de uma coordenação material entre elemento normativo e as condições de vida ou âmbitos de vida, cujo processo de concretização adota um caráter sistêmico, mas ultrapassa o ponto de vista meramente sistemático na interpretação dos textos da norma (HESSE, 1998, p. 65.). Também Häberle aduz a necessidade dos participantes da interpretação darem maior significado ao que o autor denomina de contexto sistemático (HÄBERLE, 1997, p. 11).

desta construção diz com a sistematicidade interna, ou seja, com a necessidade de que as expressões postas no instrumento contratual sejam analisadas de forma global e relacional, e não de forma isolada,⁸⁷⁴ aspecto que não suscita maiores controvérsias e já insistentemente frisado, principalmente quando verificada a noção de circularidade hermenêutica.

Contudo, a tese principal desvelada pelo aporte do pensamento sistemático parece a seguinte: por ser um elemento jurídico inserido no universo normativo do Direito, a interpretação do contrato depende de um caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele (contrato), do texto da declaração até a Constituição, de forma sempre centrada no ato de autonomia e nas suas condicionantes. Por isso a interpretação do contrato é, em certa medida, também interpretação do Direito, pois o texto da declaração e os comportamentos havidos na facticidade da relação contratual não estão isolados, desprendidos do Direito e de suas premissas expressas e/ou implícitas.⁸⁷⁵

Também por este viés se percebe que, no quadro da interpretação do contrato, há uma imbricação limitada do plano da autonomia com a heteronomia, no sentido de que as normas estatais não se constituem apenas em *normas de exame*, mas, sim, em *normas materiais* para a determinação do conteúdo e do sentido da pactuação privada.⁸⁷⁶ O regulamento contratual resulta de um concurso de fontes que participam na sua construção e estão em situação de uma constante complementação e restrição recíprocas, pois a vontade das partes pode se juntar ou se sobrepor a estas fontes dadas determinadas condições fáticas e jurídicas (as quais são desveladas pelo método concretista).

⁸⁷⁴ MIRANDA, 1989, p. 183.

⁸⁷⁵ GRAU, 2003, p. 40, 127-128 e 186.

⁸⁷⁶ HESSE, 1998, p. 71.

Dito isso, deve ser novamente referido que a existência de fontes diversas do ato de autonomia das partes não significa, necessariamente, fontes contrárias à vontade bilateralizada e aos interesses dos contraentes (as valorações legais e judiciais podem ser tanto contrastantes quanto homogêneas ou instrumentais em relação à autonomia privada), até porque o dogma da vontade e a tutela da autonomia são pretensões não coincidentes, sendo que esta última dimensão pode ser substancialmente garantida mesmo quando a interpretação prescinde da vontade das partes. Exemplo disso são os instrumentos de controle do regulamento contratual, integrantes (ou ao menos dependentes) da atividade interpretativa, e que podem resultar em uma intervenção não coincidente com as escolhas da autonomia privada, mas com os objetivos fundamentais e valores de natureza ética, social e econômica regentes do ordenamento jurídico, em uma ótica solidária (e não meramente pública) da regulação privada.⁸⁷⁷

Nessa complexidade situacional, se sobressaem, ao menos, quatro aspectos da relação contrato-ordenamento que se mostram extremamente relevantes para a hermenêutica contratual: (1) o ordenamento é elemento estruturante interno do contrato, agindo diretamente sobre seu conteúdo e significado hermenêutico, e não apenas como elemento externo (limite); (2) o ordenamento positivo não interessa à interpretação contratual apenas no caso de lacunas a serem supridas com a utilização de normas supletivas, mas sempre; (3) o sistema normativo (e principalmente seus vetores axiológicos) sempre faz-se presente na circularidade hermenêutica e na pré-compreensão do intérprete, razão pela qual o ordenamento integra o significado construído pela participação ativa, criativa e produtiva do sujeito cognoscente; (4) o ordenamento determina premissas a serem observadas no *iter* hermenêutico (ex.: contratos empresariais possuem tratamento interpretativo diverso daquele reservado as

⁸⁷⁷ ROPPO, 1988, p. 166-168 e 177.

relações consumeristas, pois o direito empresarial impõe a observância de certos e determinados princípios).⁸⁷⁸

Juntamente com a autointegração que deriva diretamente da autonomia privada dos contraentes, a hermenêutica contratual sempre deve mensurar elementos decorrentes da heterointegração, o que se dá mediante o recurso a outras fontes, sejam elas fáticas (v.g.: naturezas das coisas e usos) ou normativas (ex.: diretrizes axiológicas do ordenamento e equidade). A concreção normativa implica juízos de valor (Reale) mediados por vetores do ordenamento, ou seja, na coordenação entre situação de fato (objetiva e complexa) e previsão normativa (contratual e legal), já que o intérprete sempre se utiliza (na circularidade hermenêutica e na sua pré-compreensão) dos vetores axiológicos do ordenamento (ex.: boa-fé objetiva, confiança legítima, bons costumes, usos do tráfego negocial, etc.).⁸⁷⁹ Existindo fontes heterônomas de determinação do regulamento contratual,⁸⁸⁰ que invariavelmente se fazem presentes (nem que seja sobre seu aspecto vetorial), a atividade hermenêutica tem o dever de quantificá-las, mesmo que as partes não tenham disposto expressamente sobre a sua incidência. Nesse sentido a lição de Carlos Ferreira de Almeida:

(...) porque antes de ser jurídico, é negócio (e portanto social), o negócio jurídico vê reflectidos no seu texto e na compreensão dele uma multiplicidade de regras, com origem e natureza heterogêneas. A dimensão normativa do significado negocial não se contém num âmbito estritamente jurídico, porque se reporta a regras de duas fontes, com alcance e natureza susceptíveis de distinção: regras propriamente sociais, que são as estabelecidas pela prática reiterada

⁸⁷⁸ Estas observações certamente não deveriam chocar os operadores jurídicos. Como sustenta Miguel Reale, a “*exigência de interpretação global e concreta dos elementos que compõem, seja um ordenamento legal, seja um instrumento negocial, não representa senão uma versão atualizada do antigo ensinamento de Pothier*”, consubstanciado no art. 1.161, do Código Civil Francês: deve-se interpretar uma cláusula pelas outras cláusulas contidas no documento, precedentes ou subsequentes a tal cláusula (REALE, 1997a, p. 184).

⁸⁷⁹ Larenz traz uma questão significativa ao tópico abordado, ao referir a noção de *justa causa*, que existe, segundo a jurisprudência alemã, “*quando, consideradas todas as circunstâncias, não é exigível, segundo a boa-fé, a uma das partes do contrato que prossiga na relação obrigacional*” (LARENZ, 1989, p. 347).

⁸⁸⁰ ROPPO, 1988, p. 137-138.

da vida de relação; e regras propriamente jurídicas (de validade, de composição, de metodologia e de equivalência semântica), frequentemente fixadas pela jurisprudência e pela doutrina.

Existe todavia uma contínua e essencial interpenetração entre estas duas classes de regras: porque as regras jurídicas têm naturalmente em conta os usos e as expectativas genericamente aceites, reinstitucionalizando as instituições sociais; porque as regras jurídicas deixam muitas vezes lugar às regras sociais para o preenchimento de suas condições de aplicação (...) e finalmente porque as regras sociais “stricto sensu” só têm eficácia jurídica na medida em que estejam satisfeitas as exigências negativas e positivas da ordem jurídica quanto à significação.⁸⁸¹

No mesmo sentido o entendimento de Joaquim Ribeiro, que defende uma interpretação que assimile a estrutura relacional do contrato, não reduzindo sua dimensão ao elemento declarativo, o que ignoraria as conexões contratuais externas (inserção no mundo da vida) e internas (comunicação entre as partes):⁸⁸²

Sendo a liberdade contratual o princípio rector da ordem dos contratos, o desafio que se lhe coloca é o de dar satisfação às exigências normativas próprias de cada um daqueles planos contratuais, a saber, servir de instrumento à auto-realização pessoal dos contraentes – na específica forma que ela é possível no âmbito do contrato – e juridificar convenientemente as relações de troca e de cooperação no mercado, respeitando ao mesmo tempo, em medida suficiente, os outros valores próprios do ordenamento.⁸⁸³

Ainda no universo da concreção normativa, que impõe uma visão organizada dos fenômenos de positivação e de aplicação do Direito, cabe salientar o pensamento de Miguel Reale, no sentido de que não há interpretação e aplicação de elementos normativos que não impliquem o sentido da totalidade do ordenamento, “*nem apreciação de um fato que juridicamente não se resolva em sua qualificação, em função da tipicidade normativa que lhe corresponde*”,⁸⁸⁴ o que remete à dimensão axiológica da normatividade, tão cara ao pensamento do jusfilósofo brasileiro.

⁸⁸¹ FERREIRA DE ALMEIDA, 2005, p. 173-174.

⁸⁸² RIBEIRO, 1999, p. 14-15 e 638.

⁸⁸³ RIBEIRO, 1999, p. 13-14.

⁸⁸⁴ REALE, 1968, p. 128.

Emilio Betti refere que “*a disciplina da lei não se detém diante do conteúdo do negócio, limitando-se a registrá-lo tal como as partes o determinaram, mas abrange, também, aquele conteúdo, esclarecendo-o, integrando-o e, por vezes, até corrigindo-o.*”⁸⁸⁵ Segue o jurista afirmando que a interpretação não deve se limitar ao exame do ato normativo, devendo se expandir para a verificação da sua relação com a totalidade significativa do ordenamento jurídico. Contudo, cabe delinear que, nessa atitude, não há uma interpretação direta do ordenamento, mas apenas do ato negocial em relação ao ordenamento,⁸⁸⁶ inclusive no que tange à formação do conteúdo do contrato e do objeto da atividade hermenêutica.

Essa é uma questão que orienta o presente estudo: ao falar de sistematicidade no plano hermenêutico, está-se falando da relação do ato normativo privado (objeto da interpretação) com o sistema jurídico, o que não implica dizer que essa relação sistemática importa na interpretação de todo ordenamento, o que é de todo evidente. Quando se afirmou que a interpretação do contrato é, também, interpretação do Direito, e que a interpretação do contrato depende de um caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele (contrato), do texto da declaração até a Constituição, não se está a afirmar que a interpretação contratual perca o foco e passe a ser interpretação legal, até mesmo porque, tendo como objeto a situação objetiva complexa, essa atividade sempre se encontra centrada no ato de autonomia e nas suas condicionantes.⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ BETTI, 2003a, p. 126.

⁸⁸⁶ BETTI, 2007, p. 45.

⁸⁸⁷ Emilio Betti salienta que a sistematicidade da hermenêutica atende à própria característica normativa deste tipo de interpretação e diz com a resolução de problemas práticos, atendendo as suas repercussões sociais (BETTI, 2007, p. 218). No pensamento metodológico bettiano, o relacionamento da diretriz normativa com a totalidade do ordenamento atende aos cânones da totalidade-coerência e da adequação do entender e, com este, diz com a adaptação do preceito às transformações do entorno sociocultural da relação obrigacional (BETTI, 2007, p. LXIV e CXVIII-CXIX).

Assim sendo, parece forçoso o reconhecimento de uma concreção normativa quando percebido que “*la apreciación de cada contrato es una ‘ponderación’⁸⁸⁸ de la estructura concreta y de la importancia de los intereses en relación comparativa con todos los modelos y tipos legales*”, os quais surgem do sistema ou do tráfego jurídico (tipos extralegais como os diversos contratos mistos e o *time-sharing*).⁸⁸⁹

Especificamente no plano normativo, o contrato passa a ser o foco da heterogeneidade das relações que lhe são imanentes,⁸⁹⁰ pois a relação contratual, que juridiciza uma determinada operação econômica, é construída por intermédio do ato de autonomia e das normas do ordenamento jurídico que lhe são subjacentes. Nesse sentido, cabe delinear as especificidades do postulado normativo da proporcionalidade, que mediará a dimensão sistêmica existente no contrato e no ordenamento jurídico.

2. O postulado normativo da proporcionalidade

Refere Pietro Perlingieri que, verificada a operatividade da proporcionalidade no sistema de livre mercado, é possível que venha a exercer influência em seu principal instrumento, que é o contrato.⁸⁹¹ Canotilho colaciona dois exemplos concretos que explicitam a necessidade do exame da proporcionalidade no campo da hermenêutica contratual, especialmente na mediação entre regulação privada (campo da autonomia) e normas e vetores axiológicos do ordenamento jurídico (campo da heteronomia), aspecto pertinente à concreção normativa:

⁸⁸⁸ A ponderação extrapola o viés sistemático ou da argumentação jurídica (ou qualquer outro rótulo teórico que se queira colocar nessa atividade), pois situada na abertura do caráter criativo e construtivo da interpretação.

⁸⁸⁹ ENGISCH, 1968, p. 460-461.

⁸⁹⁰ REALE, 1999, p. 43.

⁸⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio Normativo e Principio di Proporzionalità nei Contratti. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, PADMA, v. 12, p. 131-151, out./dez. 2002, p. 135. O autor ainda refere que o problema da proporcionalidade depende, particularmente, da noção de autonomia negocial (PERLINGIERI, 2002, p. 131).

A empresa Z contratou dois indivíduos do sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a manutenção do contrato de trabalho a três cláusulas: (I) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento da admissão; (II) aceitarem como justa causa de despedimento o fato de ocorrer uma gravidez durante o contrato; (III) considerarem também como justa causa de despedimento o fato eventual de virem a servir de "mães de aluguel" durante a vigência do contrato. Como conciliar estas cláusulas com direitos, liberdades e garantias com direitos à intimidade pessoal e o direito de constituir família?

(...) As entidades patrimoniais e as organizações sindicais celebraram um contrato coletivo de trabalho, onde incluíram a cláusula de *closed-shop*, ou seja, a proibição de contratação de operários não sindicalizados. Como conciliar esta cláusula contratual com o princípio da liberdade de associação?⁸⁹²

Em ambos os casos a interpretação contratual – que no paradigma aqui estabelecido encampa o juízo de validade e de aplicação das disposições contratuais –, depende de um juízo que envolve o exame da proporcionalidade das disposições privadas. Acerca desta questão se apresentam os seguintes questionamentos: Existe a viabilidade de aplicação do postulado da proporcionalidade no âmbito da interpretação dos contratos? Em que medida? Quais as consequências?

O desenvolvimento deste tópico iniciará com um rápido enquadramento do tema no campo da interpretação das relações obrigacionais, do que seguirá a análise das especificidades normativas próprias do postulado da proporcionalidade, a defesa de sua aplicação no âmbito da hermenêutica contratual e os efeitos deste posicionamento. Contudo, mister se faz salientar, desde já, que a análise da proporcionalidade no *iter* hermenêutico não se encontra apartada do uso dos postulados das circunstâncias do caso e/ou da razoabilidade, tanto que também nesse campo prepondera o juízo indutivo na busca pela concreção da relação contratual.⁸⁹³

⁸⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4. ed. 2000, p. 38.

⁸⁹³ ÁVILA, 2006, p. 156.

Seguindo classificação proposta por Enzo Roppo, a temática deste tópico se insere no exame das fontes contratuais diversas da vontade das partes – não necessariamente em razão da incidência do dever de proporcionalidade, mas, sim, pelas normas que, no âmbito interpretativo, são por ele aplicadas –, as quais operam segundo variantes da valoração judicial contrastantes, homogêneas ou instrumentais da autonomia privada.⁸⁹⁴ Ademais, está sob foco a análise de critérios objetivos de interpretação, os quais, por conterem juízos axiológicos, não podem se afastar dos critérios subjetivos, que dizem com a busca pela comum intenção das partes, embora a atividade hermenêutica não se entregue totalmente a este plano.

Como já salientado, embora a utilização de critérios objetivos de interpretação implique o uso de uma fonte de regulação diversa da livre e voluntária determinação dos interesses privados, estes cânones não se antagonizam com a vontade das partes – como se pretendessem a tutela dos interesses públicos em confronto com os interesses privados⁸⁹⁵ –, mas visam delinear sua significação, integrar suas lacunas e suprir as deficiências de seu exercício, respeitando a lógica e o espírito de suas escolhas. Sob este prisma, é vedado ao intérprete atribuir ao contrato significados não partilhados pelos contratantes (além das *possibilidades de sentido* da relação obrigacional, tendo em vista a força vinculante do objeto interpretado), com o fundamento de que aquelas acepções seriam as mais desejáveis do ponto de vista do interesse geral, pois isto implicaria uma verdadeira modificação do pacto interpretado.⁸⁹⁶

Feitas estas ressalvas, cabe mencionar que, em linhas gerais, está sedimentada a concepção do dever de proporcionalidade como sendo um parâmetro de valoração de

⁸⁹⁴ ROPPO, 1988, p. 168.

⁸⁹⁵ Lucio Franzese questiona a cisão do Direito, referindo que o conceito de privado e público, mesmo no campo contratual, não é ontológico, mas fruto de uma reflexão com finalidade política (FRANZESE, 1998, p. 1-3 e 218).

⁸⁹⁶ ROPPO, 1988, p. 172-174.

atos, para aferir se eles estão informados segundo determinados preceitos superiores inerentes ao todo do ordenamento jurídico (relação parte-todo-parte). Este preceito é mais fácil de ser sentido do que conceituado, eis que se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão subjetiva: é proporcional (e razoável) o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar (historicidade da compreensão).⁸⁹⁷

Em termos de sua natureza jurídica, a proporcionalidade se constitui em um postulado normativo aplicativo, pois estabelece a estrutura de aplicação de outras normas,⁸⁹⁸ como já delineado.⁸⁹⁹ Esse dever não impõe a promoção de um fim, mas estrutura a aplicação do dever de promover um fim ou estado de coisas por meio de critérios, não prescrevendo comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas, dentre as quais se enquadram aquelas que compõem a *situação objetiva complexa*, que se constitui no objeto da hermenêutica contratual, estabelecendo

⁸⁹⁷ Humberto Ávila diferencia a proporcionalidade dos demais postulados normativos aplicativos: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da justa proporção: enquanto este exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da ponderação de bens: esse último exige atribuição de dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação. O postulado da proporcionalidade não é igual ao da concordância prática: esse último exige realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação. O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da proibição de excesso: esse último veda a restrição da eficácia mínima dos princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da razoabilidade: esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins” (ÁVILA, 2006, p. 152).

⁸⁹⁸ ÁVILA, 2006, p. 121-122; GRAU, 2003, p. 183-184. Humberto Ávila apresenta interessante metáfora: “quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa! E, ao fazê-lo, perde de vista a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regras) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados).” (ÁVILA, 2006, p. 127).

⁸⁹⁹ No tópico “A natureza jurídica das circunstâncias do caso e da proporcionalidade”.

parâmetros para a consecução desta atividade. Assim, o raciocínio mediado pelo dever de proporcionalidade é sempre relativo à aplicação de outras disposições,⁹⁰⁰ sendo que sua violação ocorre com a não-interpretação da *situação objetiva complexa* de acordo com a sua estruturação (conformada pelos vetores do ordenamento jurídico).⁹⁰¹

Assim, a proporcionalidade não se constitui em um preceito que sirva, autonomamente, para apurar a significação das disposições ou a legitimidade de restrições impostas pelo Estado ou pelos particulares por meio do instrumento contratual.⁹⁰² Inexiste afronta à proporcionalidade enquanto tal, mas, antes, ofensa a alguma diretriz normativa (legal ou contratual) que se dá pelo desrespeito ao postulado da proporcionalidade. O preceito, em verdade, ministra parâmetros para que se formule um juízo acerca da correção de uma determinada intervenção (mediando, também, a criatividade do intérprete no *iter* hermenêutico).

A atuação dos sujeitos de direito (particular, intérprete, legislador ou administrador) faz-se diante das circunstâncias concretas, sendo destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante (inclusive nos atos que culminam na formalização do contrato): os motivos (circunstâncias), os meios e os fins. A proporcionalidade é, precisamente, a adequação de sentido (hermenêutico) que

⁹⁰⁰ ÁVILA, 2006, p. 123-124. O dever de proporcionalidade “*impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição de sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados*” (ÁVILA, 1999, p. 170).

⁹⁰¹ ÁVILA, 2006, p. 122.

⁹⁰² Robert Alexy afirma que a máxima da proporcionalidade é resultante da própria essência dos direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-112). Deve ser ressaltado que também no âmbito da interpretação contratual existem restrições impostas pelo Estado, tanto no que respeita aos limites impostos ao exercício da autonomia, quanto na influencia direta em uma determinada relação contratual, o que pode se dar, inclusive, com uma intervenção judicial equivocada.

deve haver entre estes elementos.⁹⁰³ Sem a existência de uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam.⁹⁰⁴ Se no aspecto jurídico *lato sensu* o fim diz com o resultado concreto ambicionado pelo elemento normativo (estado desejado de coisas), no plano dos contratos este não é outro senão o adimplemento.

No que tange a sua estrutura, a doutrina endossa uma tríplice caracterização do postulado da proporcionalidade, apregoando a necessidade dos seguintes exames:⁹⁰⁵ (1) *adequação (Geeignetheit)* que, ao focar o aspecto interno, analisa a relação meio e fim, exigindo que as medidas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos (o meio promove o fim?);⁹⁰⁶ (2) *necessidade (Notwendigkeit)* que, ao dizer com uma análise externa do ato, impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso aos direitos dos sujeitos envolvidos para a efetivação dos fins visados (dentre os meios igualmente apropriados à promoção do fim, não há outro menos restritivo aos direitos fundamentais afetados?);⁹⁰⁷ (3) *proporcionalidade em sentido estrito (Zumutbarkeit oder Angemessen)*, que importa na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos

⁹⁰³ Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, Humberto Ávila demonstra que a “*exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo*” (ÁVILA, 1999, p. 152). Assim, tem as mesmas consequências materiais de preceitos dessa ordem, dentre as quais se destaca a irradiação de efeitos na relação contratual privada.

⁹⁰⁴ ÁVILA, 2006, p. 150.

⁹⁰⁵ ÁVILA, 1999, p. 172, ÁVILA, 2006, p. 146-147 e 149.

⁹⁰⁶ Salienta Humberto Ávila que a adequação do meio pode ser avaliada por intermédio do aspecto quantitativo (promover menos, igualmente ou mais o fim), qualitativo (promover pior, igualmente ou pior o fim) ou probabilístico (promover com menor, igual ou maior certeza o fim), não tendo o agente que escolher sempre o meio mais intenso, melhor e mais seguro, mas sim o meio que efetivamente promova o fim. Ademais, a relação de adequação deve ser avaliada diferentemente no plano geral (legal) e particular. Em se tratando de normas gerais, a medida será adequada se, no momento da escolha (juízo prévio, e não posterior), servir abstrata e geralmente de instrumento para a promoção do fim. Em se tratando de atos meramente individuais, a medida será adequada se, no momento da escolha, servir concreta e individualmente de instrumento para a promoção do fim. Além disso, quanto à intensidade do controle pela proporcionalidade, deve haver uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada que permita a declaração da invalidade do ato (ÁVILA, 2006, p. 153-158 e 169).

⁹⁰⁷ O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: exame da igualdade de adequação dos meios e exame do meio menos restritivo (ÁVILA, 2006, p. 158).

dos indivíduos ou se há restrição excessiva aos direitos envolvidos; tratando-se, assim, da verificação do custo-benefício da medida, com a ponderação entre os “danos” causados e os resultados a serem obtidos (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem ou superam as desvantagens provocadas pela adoção do meio?).⁹⁰⁸

Juarez Freitas refere a importância da proporcionalidade no contexto de uma interpretação tópico-sistemática e, não obstante a polarização do postulado na análise da adequação meio/fim, defende uma aplicação mais abrangente do preceito, no sentido de buscar o sacrifício do mínimo para a preservação do máximo de direitos.⁹⁰⁹

Corroborando a tese acima delineada, Eros Grau afirma que *“proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones de interpretação”*.⁹¹⁰ Porém, o pensador vai além, ampliando sobremaneira o espectro de atuação do postulado ao afirmar que *“a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade”*, exatamente porque atua perante a interpretação concreta e no momento da aplicação, e não na formulação abstrata do elemento normativo.⁹¹¹

Sendo postulado estruturante de normas que concretamente se imbricam em torno de uma relação causal meio-fim, a proporcionalidade tem uma aplicação restrita às hipóteses em que há uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.⁹¹² Nesse contexto destaca-se a relação obrigacional, que tem todos os seus elementos polarizados pelo adimplemento, fim próprio do contrato.

⁹⁰⁸ ÁVILA, 2006, p. 160. Afirma o Ministro Eros Roberto Grau que dentre as suas convicções está a de que *“a interpretação é a interpretação/aplicação dos textos e dos fatos e de que a ponderação é um momento no interior da interpretação/aplicação do direito”* (ÁVILA, 2006, p. 18).

⁹⁰⁹ FREITAS, 2005, p. 329.

⁹¹⁰ GRAU, 2003, p. 186.

⁹¹¹ GRAU, 2003, p. 188-189.

⁹¹² ÁVILA, 2006, p. 149-150.

Cabe salientar, ainda, que não somente a doutrina, mas também a jurisprudência tem se posicionado na defesa da aplicação do dever de proporcionalidade no âmbito da interpretação dos contratos. Como se poderá verificar dos julgamentos abaixo mencionados, a matéria em exame diz com a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas,⁹¹³ envolvendo a problemática do *como*⁹¹⁴ e com que intensidade se dá a vinculação dos particulares a essas garantias.⁹¹⁵

⁹¹³ Embora a questão da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas suscite uma série de debates, deve-se atentar que é nas relações contratuais que ela revela suas maiores controvérsias, pois nesse campo todos sujeitos envolvidos são titulares de direitos fundamentais (RIBEIRO, 1998, p. 743; SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 73). Se a doutrina e a jurisprudência não são uniformes, deve-se atentar que para além do atendimento dos interesses individuais, o contrato surge funcionalizado em nosso Estado Democrático de Direito, servindo como ferramental de efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Valendo-se dos ensinamentos de Schwabe, Cláudia Lima Marques afirma que o contrato é um verdadeiro “*ponto de encontro dos direitos fundamentais*”, defendendo que “*a nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos*” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-211).

⁹¹⁴ Sendo pacífica a *eficácia vertical* (relação Estado-particular) dos direitos fundamentais, deve-se enfrentar a problemática do “*como*” se dá a influência destas garantias na chamada *eficácia horizontal* (relação particular-particular), apresentando, pontualmente, as teorias existentes. Primeiro, tem-se a *teoria da eficácia imediata ou direta (Unmittelbare Drittwirkung)* (adotada pelo Tribunal do Trabalho Alemão), formulada por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner, a qual se embasa no princípio da supremacia constitucional e da unidade do sistema, apregoando a desnecessidade de quaisquer transformações ou pontes dogmáticas para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois aqueles assumiriam diretamente a condição de elemento limitativo do tráfico jurídico-privado e de direitos de defesa oponíveis em desfavor de outros particulares. Assim, esta corrente defende a possibilidade do particular invocar direitos subjetivos fundamentais também perante seus semelhantes (eficácia horizontal), de maneira similar (mas não igual) àquela com que opunha estes preceitos perante o Estado (eficácia vertical). Essa teoria foi adotada pelo STF no julgamento do RE 201.819 (Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, 11.10.2005), que aplicou a teoria dos poderes sociais e referiu que os princípios constitucionais se constituem em limites à autonomia privada. O TJRJ também adotou esta vertente na discussão envolvendo a garantia do mínimo existencial em contratações privadas, conforme os seguintes precedentes: AgIn 2005.002.18558, rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câm. Cív., TJRJ, j. 08.11.2005; AC 2006.001.16305, rel. Dr. Cristina Tereza Gaulia, 5ª Câm. Cív., TJRJ, j. 25.04.2006; AgIn 2006.002.06063, rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câm. Cív. TJRJ, j. 11.07.2006; AC 2006.001.40839, rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câm. Cív., TJRJ, j. 22.08.2006. Esta vertente teórica não está alheia a críticas, sendo estes os principais argumentos pugnando pela inviabilidade da aplicação direta: (1) ambos sujeitos são destinatários de direitos fundamentais, merecendo igual proteção das normas jusfundamentais; (2) haveria violação material ao núcleo essencial da autonomia privada e do próprio direito privado; (3) se configuraria violação ao princípio do Estado de Direito em face da imprecisão de aplicação das normas jusfundamentais na relação privada; (4) inexistente previsão expressa, no caso brasileiro, que determine a eficácia direta; (5) seria possível ao particular renunciar aos seus direitos (sendo vedada apenas a autorrestrrição que atingisse o conteúdo mínimo do direito constitucionalmente assegurado) (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 123; ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 175). Segundo, tem-se a *teoria da*

eficácia mediata ou indireta (Mittelbare Drittwirkung) (adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão), criada por Günter Dürig, a qual defende que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dar-se-ia por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais (*generalklauseln*) e dos conceitos jurídicos indeterminados, a serem previstos no seio da legislação privada, sob a égide da axiologia constitucional, havendo, quando muito, vinculação direta apenas para o legislador jusprivatista. Desta feita, as posições jurídico-subjetivas, reconhecidas ao particular frente ao Estado, não poderiam ser transferidas de modo direto para as relações particulares, mas apenas por intermédio de um efeito irradiador mitigado, ou seja, as normas jusfundamentais não seriam diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares. Ao encontro destas considerações é que parece ter sido editado o Enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “*a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.*”

Ademais, na supramencionada discussão acerca da garantia do mínimo existencial em contratações privadas, o TJRS optou pela utilização desta vertente teórica: MS 70013336359, rel. Des. Jaime Piterman, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, j. 09.06.2006; AgIn 70017472754, rel. Des. Paulo Vieira Sanseverino, 3ª Câm. Cív., TJRS, j. 31.10.2006; AC 70015326994, rel. Des. Paulo Vieira Sanseverino, 3ª Câm. Cív., TJRS, j. 03.08.2006. Em face dos argumentos utilizados no julgamento da ADI 2.591 (chamada “ADIN dos Bancos”), parece que a atual composição do STF se inclina pela aplicação da teoria da eficácia mediata ou indireta, embora a questão não tenha sido, nesta oportunidade, nomeada expressamente pelos julgadores. Ante as questões supramencionadas, como adverte Thiago Sombra, são tecnicamente corretas as diretrizes emanadas da teoria da eficácia imediata, pois a defesa da tese contrária implicaria em “*um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao Direito Privado para que pudessem incidir nas relações por este reguladas*” (SOMBRA, 2004, p. 162), o que não poderia subsistir. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Galdino; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Contudo, a questão perdeu importância significativa com a edição do CC/02, que prevê um grande número de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, preceitos que permitem que o operador jurídico dê primazia à vinculação dos contraentes aos direitos fundamentais por meio destas espécies de positivação normativa infraconstitucional. Enfrentadas as principais vertentes teóricas, cabe delinear, por terceiro, a *teoria dos deveres de proteção*, defendida por Konrad Hesse, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, a qual entende que o Estado continua sendo o destinatário precípua dos direitos fundamentais, mas possui um dever absoluto de proteção dos sujeitos privados contra agressões aos bens jurídicos fundamentalmente assegurados pela Constituição, mesmo que estas sejam provenientes da atuação de outros particulares. Assim, evidencia-se a atuação ambivalente dos direitos fundamentais, que determinam atuações negativas e positivas por parte do Estado, cuja atividade, fora do âmbito público, encontra-se edificada sobre as estruturas de Direito Privado (CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36). A quatro, tem-se a *teoria da convergência estatista*, originalmente desenvolvida por Jurgen Schwabe, a qual nega a relevância da discussão tracejada neste tópico, eis que a atuação dos particulares, no exercício da autonomia privada, seria sempre produto do permissivo estatal, sendo as ofensas sempre oriundas deste (CANARIS, 2003, p. 62), razão pela qual não poderia haver a imputação ao particular por ofensa à norma jusfundamental, pois este não teria cometido o ilícito se o Estado houvesse interferido de forma decisiva. Desta feita, o que existiria seria um direito de defesa contra as ingerências do Estado, mesmo no tráfico privado, envolvendo uma vinculação direta apenas do legislador privado e da jurisdição civil. Por fim, a cinco, tem-se a doutrina norte-americana da *state action*, para a qual os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado e são invocáveis somente em face de uma ação estatal de ordem ilícita, sendo que as condutas privadas estariam imunes a esta espécie de controle, não sendo aferidas em face da Constituição. Assim, somente haveria proteção dos particulares quando verificado que a violação cometida contra seus direitos fundamentais por outro cidadão pode ser imputada ao Estado, pois fora desta hipótese os indivíduos podem arguir em seu favor a impossibilidade de praticarem ingerências contra as normas jusfundamentais. Atualmente a tese foi suavizada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, por intermédio da ampliação dos conceitos de *poder público* e *ação estatal*, reconhecendo-se a noção de imputação do Estado pela conduta do particular e da similaridade deste com o Leviatã, quando do exercício de função estatal típica (poder social privado) (GOMES, Joaquim B.

Iniciando esta breve análise da jurisprudência, cabe mencionar o voto do Ministro Castro Filho no REsp 259.263, onde o Superior Tribunal de Justiça afirma expressamente que o exame de proporcionalidade deve nortear os contratos.⁹¹⁶

Outro caso que merece destaque é o do RE-ED-EDv-AgR 161.243,⁹¹⁷ onde o Supremo Tribunal Federal entendeu que o contrato de trabalho formalizado pela Air France feria o princípio da igualdade, uma vez que a empregadora-reclamada se negava a aplicar o Estatuto Pessoal da Empresa ao empregado-reclamante, sob a alegação de que este era brasileiro, e não francês, fundando o fator de *discrimen* exclusivamente em atributo, qualidade e nota intrínseca do empregado, qual seja, a sua nacionalidade. Cabe ressaltar que na fundamentação da decisão houve a menção expressa ao postulado da proporcionalidade na mediação da relação contrato e princípio da isonomia, tendo sido determinada a aplicação desse vetor deontológico na regulação do contrato de trabalho então examinada.

No julgamento do HC 12.547,⁹¹⁸ onde examinado contrato de alieação fiduciária e decreto de prisão civil por descumprimento, o Ministro Ruy Rosado Aguiar

Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88).

⁹¹⁵ Refere Joaquim de Souza Ribeiro que os limites que os particulares estão obrigados a respeitar não devem ser os mesmos que vinculam os poderes públicos, pois altera-se o campo de valoração (RIBEIRO, 1998, p. 745). A questão passa pela análise inicial do fenômeno dos chamados *poderes sociais*, que são os sujeitos privados dotados de grande poderio econômico, político e/ou social, capazes de condicionar as decisões da parte adversa (pretensamente hipossuficiente). O reconhecimento destes entes implica a diferenciação das esferas jurídicas privadas a serem tuteladas pelos direitos fundamentais, pois existirão relações configuradas com a presença dos particulares e dos detentores do indigitado *poder social*, pautadas pela desigualdade e muito semelhantes às relações de eficácia vertical; e outras onde não há um necessário desequilíbrio (o que não significa a verificação de uma real igualdade material), pois verificadas fora da esfera das relações de poder. Desta feita, deve haver uma ponderação das questões em conflito, levando-se em conta o substrato fático que permeia o caso, majorando-se a intensidade da proteção na exata medida da desigualdade verificada entre os sujeitos, sendo que esta consideração não exclui a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais em uma relação de iguais.

⁹¹⁶ REsp 259263-SP, 3ª Turma, STJ, Ministro Castro Filho, DJ 20.02.2006 p. 330.

⁹¹⁷ RE-ED-EDv-AgR 161243, Tribunal Pleno, STJ, Ministro Sydney Sanches, DJ 17.12.1999, v. 01976-02, p. 415.

⁹¹⁸ HC 12.547, 4ª Turma, STJ, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.02.2001 p. 115, RSTJ vol. 148 p. 387.

Junior utilizou a proporcionalidade para fixar o entendimento de que a interpretação do contrato denotaria que a relação negocial (elevação da dívida de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24 em menos de 24 meses, em face da previsão de juros em patamar considerado abusivo) e as consequências da aplicação da ordem jurídica (imposição de prisão para apenas uma das partes) não possuíam equivalência, em face da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Na AC 70003742103,⁹¹⁹ o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu que feria a proporcionalidade a incidência do art. 8º, da Lei n. 10.209/01 (e dos ditames da Medida Provisória que antecedeu esse dispositivo) na relação contratual *sub judice*, pois a indenização pelo não-pagamento antecipado de pedágios em valor correspondente ao dobro do valor dos fretes era desproporcional e impunha a reparação de prejuízos não efetivos.⁹²⁰

Em termos de excertos jurisprudenciais estrangeiros, Joaquim de Souza Ribeiro apresenta interessante julgado do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que acabou se tornando paradigma na jurisprudência daquela Corte Constitucional:

[discutia-se a] validade da fiança prestada por uma filha de 21 anos, para garantia de uma dívida de 100000 DM, contraída pelo seu pai junto a uma instituição bancária. A fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau acadêmico ou preparação profissional, auferindo, como operária, o salário mensal de 1150 DM. A sua queixa teve sucesso, entendendo o *Bundesverfassungsgericht* que os tribunais ordinários, ao admitirem a eficácia da fiança, tinham violado o art. 2º, I, da Grundgesetz, norma que consagra aquele direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito da fiadora era coarctado pela excecutoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado dos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida. Na sua fundamentação, o

⁹¹⁹ AC 70003742103, 2ª Câmara Especial Cível, TJRS, Revisora e Redatora para Acórdão Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 29.05.2002.

⁹²⁰ No caso concreto, o valor dos pedágios que não foram adiantados girava em torno de R\$ 5.000,00, enquanto o dobro dos fretes (*quantum* estabelecido pela Lei n. 10.209/01) beirava R\$ 200.000,00.

Tribunal fixa como pressupostos de uma intervenção correctora, através, designadamente, da determinação da ineficácia do acto, a constatação de conseqüências vinculativas invulgarmente onerosas para uma das partes, em resultado de sua inferioridade estrutural.⁹²¹

No sistema da *common law* cabe mencionar o famoso caso *Shelley versus Kramer*, onde a Suprema Corte Norte-Americana considerou inconstitucional a presença de cláusula discriminatória em um contrato de Direito Privado, por ofensa ao princípio da igualdade, em aplicação mediada pelo postulado da proporcionalidade.⁹²²

Feitas estas considerações, deve-se ressaltar que o dever de proporcionalidade, enquanto postulado normativo, torna-se importante para a interpretação do contrato não por estabelecer a realização de um estado de coisas – pois esta dimensão é regulada pelo instrumento contratual –, mas por determinar o modo como a regulamentação privada se relaciona com o ordenamento e com os efeitos jurídicos emanados do amálgama existente entre os planos da autonomia e heteronomia. Nesse contexto, é importante frisar que o exame da proporcionalidade não se situa fora da atividade interpretativa – como se fosse uma tarefa posterior à interpretação, atinente a conformação de suas conclusões –, mas, sim, em um processo ativo e condicionante do ato hermenêutico.

Buscando a congruência dos atos com os seus fins, o princípio da proporcionalidade indica que a relação contratual pode ser eficiente, atingindo econômica e juridicamente o seu objetivo específico, mas pode não ser proporcional

⁹²¹ In: V. Juristenzeitung, 1994, 408 s., *apud* RIBEIRO, 1998, p. 749-750. Verifica-se claramente que nesta decisão a Corte Constitucional Alemã se utilizou do princípio da igualdade e do dever de proporcionalidade, além do preceito do livre desenvolvimento da personalidade humana, para interpretar o contrato, a fiança prestada, as condições pessoais da fiadora e de sua desigualdade material perante a instituição financeira.

⁹²² O caso foi edificado perante a teoria da *state action*, mas se tornou paradigma por adotar entendimento de que a ação estatal de ordem ilícita pode ser verificada na própria atuação jurisdicional. No caso em exame (*Shelley versus Kramer*), a Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional a presença de cláusula discriminatória em um contrato de direito privado, pois uma Corte estadual havia concedido medida injuntiva ao particular, considerando legítima e válida a mencionada disposição negocial. Se antes tratava-se de um negócio entre sujeitos privados, houve a publicização da questão quando o judiciário passou a cancelar o ato (SOMBRA, 2004, p. 196).

quanto aos fins colimados pelo sistema jurídico (ex.: justiça, equilíbrio da relação contratual, boa-fé objetiva e função social do contrato) ou em razão da posição ocupada por um dos contratantes (ex.: hipersuficiência econômica do franqueador no contrato de franquia). Sem desconsiderar a absoluta relevância da autonomia na interpretação contratual, cabe destacar que a busca do hermenêuta não se resume à análise do tráfego jurídico, mas atinge a verificação e a busca do equilíbrio do deslocamento patrimonial, pois a proporcionalidade, enquanto cânone partícipe do *iter* interpretativo, vai além do aspecto formal da dimensão econômica do contrato.

Por fim, cumpre destacar que não é dado ao intérprete impor os seus valores aos contratantes, a pretexto de avaliar a proporcionalidade de um contrato. Mesmo à luz de uma Constituição que mostra vocação dirigente, o controle de proporcionalidade deve respeitar a margem de liberdade relativa ao poder de conformação dos indivíduos. Não é legítimo que a aferição da proporcionalidade culmine por romper com a margem de liberdade de que gozam os particulares na regulamentação de suas relações. O dever de proporcionalidade, antes, controla o uso dessa discricionariedade, para prevenir excessos evidentes, mas não substitui o contratante pelo intérprete.

3. *Os pressupostos da sistematicidade hermenêutica*

Conforme acentua Canaris, o significado da ideia de sistema para a ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica ainda em nossos tempos,⁹²³

⁹²³ O desenvolvimento do pensamento sistemático dependeu do trabalho e esforço de inúmeros pensadores, sendo importante, sem pretender esgotar o tema, tecer breves considerações e homenagens sobre as mais variadas teorias que, na evolução histórica da Ciência do Direito, culminaram por influenciar o pensamento contemporâneo: Hans Kelsen admitiu que as normas jurídicas são molduras a serem preenchidas pela ação do intérprete; Theodor Viehweg preconizou importantíssimo avanço ao elaborar a teoria da incompletude do sistema; Josef Esser trouxe considerações acerca dos princípios gerais do Direito e da justiça social dentro do sistema, bem como da incidência dos princípios

havendo as mais diversas opiniões doutrinárias sobre sua aplicabilidade, verificabilidade, importância e validade.⁹²⁴

De início, cabe mencionar que o raciocínio sistêmico contribui com a hermenêutica contratual principalmente na verificação da sistematicidade interna da declaração negocial (análise textual), bem como na análise da sistematicidade externa da normatividade do contrato (análise intertextual e correlacional), em especial no que se refere à relação desta dimensão com as diretrizes oriundas do ordenamento – criando pontes permissivas do diálogo entre os níveis de heteronomia e autonomia – tema objeto deste tópico. Contudo, mister se faz ressaltar que a inserção do pensamento sistemático em uma obra norteada pela amplitude e abertura dogmática da hermenêutica filosófica – atitude que põe em choque a metodologia com a apreensão filosófica – importa em uma verdadeira apropriação teórica, que nem sempre se amoldará com exatidão nos purismos de cada escola de pensamento. Contudo, a noção de interpretação sistemática é aqui adotada sem radicalismos, procurando retirar de suas considerações aquilo que possa contribuir para o desenvolvimento de uma atividade hermenêutica sempre criativa e construtiva, mas também sempre concreta e matizada pelo objeto interpretado.⁹²⁵

constitucionais positivos e materiais para a criação jurisprudencial; Walter Wilburg reconheceu a mobilidade do sistema jurídico; Karl Engisch aportou teoria sobre os conceitos jurídicos indeterminados; Emil Lask se deteve na problemática dos valores, salientando, principalmente, sua sistematização dinâmica; Walter Burckhardt trouxe à lume a diferenciação entre justiça lógica e justiça ética (KELSEN, 1998, p. 390-391; FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44; PASQUALINI, 1999, p. 102; CANARIS, 1989 p. 67). As teorias citadas se constituem nas principais contribuições que redundaram nas doutrinas contemporâneas de Norberto Bobbio, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para maiores considerações sobre a história do pensamento sistemático, destaca-se a seguinte obra: MARTINS-COSTA, 2000.

⁹²⁴ CANARIS, 1989, p. LXV-LXVI e 22; BISINGHINI, D'ALESSANDRO, 2000, p. 58. Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico se justifica normativamente a partir do princípio da justiça e de suas concretizações nos preceitos da igualdade e da segurança jurídica, estando lastreada, ainda, na busca de um mínimo de racionalidade dogmática, na identificação das instituições com sistemas de ações e interações, na ideia do Direito como sendo um sistema de comunicações e no apoio sociológico da estruturação jurídica (CANARIS, 1989, p. 22).

⁹²⁵ Descabe abandonar as imprescindíveis contribuições da teoria sistemática pelo fato de a mesma possuir certas limitações. As críticas ao pensamento sistemático derivam e variam, evidentemente, da

Afora as questões de ordem linguística, o liame teórico do pensamento sistemático com a hermenêutica contratual encontra-se na consecução da concreção, que vislumbra o sistema normativo (ordenamento e contrato) na sua real condição de totalidade axiológica. No que tange ao contrato, já se verificou que o instrumento e suas normas singulares somente podem ser entendidas em consonância com o conjunto axiológico e de regras particulares que compõem o ordenamento.⁹²⁶

Logo de início, cabe salientar que este estudo aceita a concepção de que o sistema jurídico é uno, pois as dicotomias propostas pela doutrina (ex.: sistemas *externo e interno, científico e objetivo*)⁹²⁷ subsistem apenas no plano teórico da inter-relação

concepção que se tenha sobre o que seja a interpretação sistemática. Como mencionado, este estudo procura abandonar os radicalismos existentes, visando adequar as premissas básicas do pensamento sistêmico com uma apreensão da interpretação contratual que é conformada pelas condicionantes da hermenêutica filosófica, da qual resulta uma concepção bastante ampla do fenômeno da compreensão que não deve ser restringida pela concepção sistêmica. Nesses termos, se a atividade hermenêutica quantifica as diretrizes do pensamento sistemático (ex.: unidade, inseparabilidade das normas, ordem hierárquica e ordenação axiológica ou teleológica), jamais nega a criatividade do intérprete. Aceitando que as diretrizes normativas do contrato (objeto da interpretação contratual) e do ordenamento se constituem em instâncias relativamente abertas e dialógicas, o estudo continua trabalhando com o fato de que o significado não é extraído do sistema, mas do amálgama complexo existente entre as peculiaridades do objeto interpretado, a pré-compreensão do sujeito, as circunstâncias do caso a solucionar e as vertentes sistemáticas do *Nomos Jurídico* interpretado.

⁹²⁶ Muitas das opiniões contrárias ao pensamento sistemático defendem sua invalidade na confrontação com a ideia clássica de ordenamento, no sentido de que, embora ambas as teorias abarquem as características da hierarquia, coerência interna e compleição de ideias, tão-somente a opção pelo ordenamento conteria uma perspectiva teleológica, opinião a muito ultrapassada, desde que Canaris, no escopo da teoria de Karl Larenz, desvelou uma das mais importantes características do sistema jurídico: a ordem axiológica ou teleológica interna (CANARIS, 1989, p. 66-67). Porém, para além da distinção linguística, aduz Judith Martins-Costa que “ordenamento e sistema, como se sabe, não são sinônimos. O ordenamento é o conjunto das normas que regulam a vida jurídica em certo espaço territorial. O sistema exprime as ligações, nem sempre existentes, entre essas normas.” MARTINS-COSTA, 2000, p. 43. Salienta-se que, no presente estudo, o termo ordenamento será empregado em seu viés sistemático.

⁹²⁷ São extremamente multifacetadas as concepções de sistemas suscitados pela doutrina. Karl Larenz possui concepção dualista, defendendo existir um *sistema externo*, relacionado à ciência do Direito e sendo constituído de conceitos gerais abstratos (generalização de elementos a partir dos chamados tipos jurídicos), e um *sistema interno*, que seria o próprio ordenamento positivo (LARENZ, 1989, p. 338 e 534; CANARIS, 1989, p. 26). Nesta mesma vertente, Canaris defende a existência de um sistema *lógico-científico*, que diz com o sistema de conhecimentos, ao lado de um sistema *objetivo*, que diz com o sistema dos objetos de conhecimento que formam o ordenamento (v.g.: leis, costumes, doutrina, jurisprudência, etc.) (CANARIS, 1989, p. 13). A despeito disso, inúmeras outras concepções surgiram, trazendo consigo relativos avanços teóricos, dos quais muitos restaram aproveitados na dogmática aqui defendida, sendo conveniente salientar: sistema de puros conceitos fundamentais (Stammler, Kelsen e Nawiasky); sistema lógico (jurisprudência dos conceitos); sistema axiomático-dedutivo (Ulrich Klug, Victor Kraft e Hasso Härlen); sistema como conexão de problemas (Max Solomon e Fritz Von Hippel); sistema de decisões de conflitos (jurisprudência dos interesses de Philipp Heck); sistema de institutos

existente entre ordenamento e ciência do Direito. Como bem refere Menezes Cordeiro, “a lógica imanente do Direito e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só em abordagens analíticas pode ser dissociado.”⁹²⁸ Nesse contexto, são as noções de unidade e ordenação interna, conjuntamente com a hierarquia, que compõem o grande ideário de concatenação do sistema jurídico, pois são estes os elementos centrais na maioria das definições doutrinárias, mesmo daquelas que partem e chegam a lugares de conhecimento tão diversos.⁹²⁹

jurídicos (Savigny); sistemas estático e dinâmico (Bobbio) (CANARIS, 1989 p. LXIX, 27-53, 55-66, 84-85; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 71-74). Estas concepções foram refutadas por Canaris em suas individualidades, por não serem capazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica (CANARIS, 1989, p. 280).

⁹²⁸ CANARIS, 1989, p. LXIX. Francisco Amaral entende que a concepção sistêmica alcança não apenas a visão unilateral do relacionamento das normas, devendo se estender para a compreensão global do Direito, atingindo a totalidade (unitária, coerente e dinâmica) das normas, relações e instituições que compõem o sistema jurídico (AMARAL, 2006, p. 40).

⁹²⁹ Kant caracterizou o sistema como “a unidade sob uma ideia de conhecimentos variados” ou como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”. Eisler o define como sendo “uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos.” Para Savigny o sistema significa a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade.” Para Rudolf Stammler seria “uma unidade totalmente coordenada.” No entender de Julius Binder, seria “um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários.” Sob a ótica de August Hegler, o sistema é “a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada.” Para Heinrich Stoll, seria um “conjunto unitário ordenado.” Na visão de Helmut Coing, poderia ser traduzido como sendo uma “ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário.” Max Weber o caracterizou como sendo “a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas.” Para Canaris, o sistema pode ser objetivamente conceituado “como sendo uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito.” Por fim, para Bobbio o mesmo diz com “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem” (CANARIS, 1989, p. 10-11 e 29; BOBBIO, 1997, p. 71).

Embora este estudo não comporte uma análise mais aprofundada dos meandros da teoria sistemática, cabe referir a imprescindibilidade tanto da interpenetração e complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico, quanto da quantificação da inseparabilidade das normas no plano hermenêutico.⁹³⁰ Como defende Judith Martins-Costa, “o raciocínio tópico é de valia, porque possibilita situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas”, sendo que “o raciocínio jurídico não se desenvolve nem de uma forma ‘puramente’ tópica, nem ‘puramente’ sistemático-dedutiva.”⁹³¹

Nesse contexto, Norberto Bobbio e Juarez Freitas assim se posicionam sobre a interpretação sistemática:

(a interpretação sistemática) tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou mais exatamente, de uma parte do ordenamento (...) constituam uma totalidade ordenada (...), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.⁹³²

A interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.⁹³³

⁹³⁰ No julgamento da AC 70024048456 (14ª Câmara Cível, TJRSRS, Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, j. em 12.06.2008) o TJRS concluiu que as “disposições legais relacionadas com os direitos constitucional, obrigacional e de proteção às relações de consumo (...) devem ser interpretadas de forma sistemática” (...) “não me parece correta a aplicação pura e simples dessa regra especial, sem o seu confronto e interpretação sistemática com os princípios constitucionais, de direito obrigacional e de proteção ao consumidor, mormente porque ao Juiz cumpre interpretar e aplicar de forma integrada as normas legais vigentes, assegurando a ampla defesa, do contraditório e o devido processo legal.”

⁹³¹ MARTINS-COSTA, 2000, p. 80 e 370-371. Viehweg, instigado pelo pensamento de Vico, elabora a técnica de pensamento tópico que se funda, inicialmente, nas noções de *topoi* (lugar ou senso comum) e *endoxa* (entendimento dos mais sábios), ou seja, em pontos de vista considerados relevantes e consensualmente aceitos, que nesta condição servem para solucionar os raciocínios que são estruturados a partir do próprio problema trazido ao intérprete (MARTINS-COSTA, 2000, p. 356-360).

⁹³² BOBBIO, 1997, p. 76.

⁹³³ FREITAS, 2002, p. 80.

Aproximando-se dos vetores do paradigma gadameriano, tem-se que também neste paradigma a hermenêutica jurídica jamais ocupa um lugar secundário, uma vez que a interpretação tópico-sistemática, em última análise, é atividade “*não exterior ao objeto de sua apreensão*”,⁹³⁴ sendo capaz de engendrar as multifacetadas características do sistema frente ao inarredável desenvolvimento histórico, social e cultural.

Tecidas estas breves considerações, cabe adentrar na análise das características do sistema jurídico, as quais interessam à tarefa de concretização da relação contratual por criarem pontes permissivas do diálogo entre os níveis de autonomia e heteronomia.

De início, cabe ponderar sobre a unidade interna do sistema, pois tamanha é a sua importância para a dogmática jurídica e outros ramos do pensamento científico que Miguel Reale chega a referir que “*não existe ciência sem certa unidade sistemática, isto é, sem entrosamento lógico entre as suas partes componentes. O direito, por exemplo, como experiência humana, como fato social, (...) passou a ser objeto de ciência tão-somente (...) quando adquiriu unidade sistemática*”.⁹³⁵ No mesmo sentido o magistério de Norberto Bobbio, para quem “*a complexidade do ordenamento (...) não exclui sua unidade. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário.*”⁹³⁶ Além de referir que “*a ideia de sistema significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido*”,⁹³⁷ Karl Larenz assim se posiciona, fazendo menção ao movimento circular da interpretação jurídica:

A unidade do sistema repousa na irreduzível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se,

⁹³⁴ FREITAS, 2002, p. 82.

⁹³⁵ REALE, 2002, p. 63.

⁹³⁶ BOBBIO, 1997, p. 48.

⁹³⁷ LARENZ, 1989, p. 20.

portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide.⁹³⁸

Somente a vocação do sistema para a unidade⁹³⁹ é que permite ao mesmo legitimar-se como tal,⁹⁴⁰ e é unicamente com o reconhecimento de que há uma unidade no plano hermenêutico entre sistema jurídico e contrato que se alcança a real condição deste instituto como instrumento normativo e coativo. Como salienta Miguel Reale, “*é no contrato (...) que se impõe com mais razão e força o reconhecimento da natureza unitária e congruente do ordenamento jurídico*”.⁹⁴¹

No plano prático, a noção de unidade deságua no entendimento uno que o operador deve possuir em face da imensidão de disposições com que atua cotidianamente. Nesse contexto, a atividade hermenêutica por ele promovida não pode recair na análise isolada de nenhuma disposição normativa (legal ou contratual), pois deve captar a complexa inter-relação que os textos positivos guardam uns com os outros, o que se denomina no plano da interpretação legal de *inseparabilidade das normas*, noção que, no plano da hermenêutica contratual, deve ser alargada para o que se pode denominar de *inseparabilidade da normatividade das disposições jurídicas* (legais ou contratuais). Também por este viés se percebe que a sistematicidade da

⁹³⁸ LARENZ, 1989, p. 20. Interessante a observação de Judith Martins-Costa sobre o binômio formado pela unidade e a existência de um núcleo fundamental no ordenamento: “*Esta unidade na diversidade pode-se expressar, contudo, de duas maneiras distintas: ou como um círculo, no qual os elementos constitutivos do sistema se agregam em torno de um centro, repousando a unidade do sistema na irredutível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio ou como uma pirâmide, na qual a unidade vem estruturada através do conceito geral abstrato, depurado de tudo o que exista em particular*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 220).

⁹³⁹ Judith Martins-Costa ainda dispõe que “*a noção de sistema implica também a de unidade (...) a qual pode ser vista, sob o aspecto negativo, pelo viés da não-identidade ou diferenciação com o que está fora do conjunto, os elementos externos, circundantes do sistema*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 41).

⁹⁴⁰ A visão do ordenamento como uma pluralidade indefinida de sistemas, cuja relação recíproca não seria estritamente comprovável, com o que queria Viehweg, somente conduziria a conclusões vazias de conteúdo racional (FREITAS, 2002, p. 154). De fato, somente com o reconhecimento da unidade e da existência de um núcleo fundamental do ordenamento tem-se perfeitamente consubstanciada a ideia de sistema.

⁹⁴¹ REALE, 1997b, p. 3.

interpretação se relaciona intimamente com a ideia do círculo hermenêutico, principalmente no que respeita à relação parte-todo-parte.

Vislumbrando o plano da heteronomia, Karl Larenz refere que as disposições “*não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão múltipla uma com as outras.*”⁹⁴² Canaris, por sua vez, evidencia que “*só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo.*”⁹⁴³ Bobbio põe em relevo o fato de que as diretrizes normativas “*nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...) sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.*”⁹⁴⁴

Conforme esta abordagem hermenêutica, o elemento normativo (norma jurídica, contrato ou disposição contratual) só se esclarece na totalidade do *Nomos Jurídico*, permanecendo obscuro e ininteligível quando analisado à parte dos demais elementos normativos que compõem a situação objetiva complexa, por mais claro que seja o seu enunciado, donde infere-se que qualquer exegese abarca, mesmo que indiretamente, uma aplicação e quantificação do Direito em sua totalidade.⁹⁴⁵

Outra importantíssima característica do sistema, já integrada ao senso comum dos operadores jurídicos pela própria escola positivista,⁹⁴⁶ diz com a existência de uma ordem hierárquica interna.⁹⁴⁷ Como bem leciona Bobbio, “*devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele (sistema) tem uma*

⁹⁴² LARENZ, 1989, p. 531.

⁹⁴³ CANARIS, 1989, p. 156.

⁹⁴⁴ BOBBIO, 1997, p. 19-21.

⁹⁴⁵ FREITAS, 2002, p. 70.

⁹⁴⁶ KELSEN, 1998, p. 247.

⁹⁴⁷ LARENZ, 1989, p. 579.

estrutura hierárquica.”⁹⁴⁸ Mister se faz salientar que este esquema de divisão diz com a inter-relação da diretrizes normativas *in concreto*, não havendo uma hierarquia preestabelecida que dispense o interpretar do operador, pois como bem refere Juarez Freitas, “o a priori existe no sentido de pré-compreensão, mas não suprime a indeterminação garantidora da liberdade do intérprete para hierarquizar, sob pena de não compreender.”⁹⁴⁹

É a partir deste aspecto que a doutrina majoritária entende que a influência do sistema jurídico no campo da hermenêutica contratual se restringe à imposição de limites ao seu objeto principal, que é a autonomia das partes, pois é inequívoco que o contrato está submetido a determinados ditames legais de natureza imperativa. No entanto, a correção desta premissa não invalida a possibilidade de que a relação entre os planos da heteronomia e autonomia evolua para uma forma verdadeiramente dialógica, onde as pontes entre as esferas normativas se bilateralizam em vias de mão dupla, nos termos defendidos neste estudo.

Uma outra característica, que se assemelha em muito com a acima externada, é a da ordenação do sistema jurídico, assim salientada por Canaris: “no que respeita (...) à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.”⁹⁵⁰ Bobbio também defende que “o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas.”⁹⁵¹

Estas lições aproximam o aspecto hierárquico de um ideal de pensamento concreto e situado, sendo imperioso referir que o contrato está ordenado com/pelas

⁹⁴⁸ BOBBIO, 1997, p. 49.

⁹⁴⁹ FREITAS, 2002, p. 71.

⁹⁵⁰ CANARIS, 1989, p. 12.

⁹⁵¹ BOBBIO, 1997, p. 21.

diretrizes legais, aspecto que não pode ser suprimido da atividade interpretativa. Ademais, as noções de hierarquia e ordenação servem à interpretação contratual na medida em que também as normas da declaração negocial se encontram dispostas hierarquicamente, com a prevalência técnica e teleológica de algumas sobre outras.

Talvez a principal característica permissiva do diálogo aqui proposto entre os planos da autonomia e da heteronomia seja a de que o pensamento sistemático concebe o ordenamento como uma instância aberta e dialógica, e não como um sistema fechado e completo como imaginava o pensamento dedutivo-normativista, como bem refere Alexandre Pasqualini:

Felizmente, na seara jurídica, a ideia de sistema combina com a de abertura. É a junção das duas que faz e refaz a unidade do fenômeno jurídico, uma vez que o Direito se constitui, ao mesmo tempo, em um lugar de preservação e de inovação. O sistema (...) é apenas uma metade, sendo a abertura (...) a outra metade do Direito.⁹⁵²

Contudo, a noção de abertura encontra limites formais e materiais, ontológicos e racionais. Judith Martins-Costa observa que *“não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma contradictio in terminis. Devemos, pois, entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo.”*⁹⁵³

⁹⁵² PASQUALINI, 1999, p. 106. Larenz comunga desta concepção: *“O sistema interno não é (...) um sistema fechado em si, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência. A razão última disso é, para falar como Canaris, ‘que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade’”* (LARENZ, 1989, p. 592).

⁹⁵³ MARTINS-COSTA, 2000, p. 43.

Assim entendido, este verdadeiro pressuposto lógico do sistema⁹⁵⁴ pode ser analisado por três ângulos distintos: (1) sob o ponto de vista da regulação (legal ou contratual), que admite a recepção de novas diretrizes pela normatização positiva; (2) sob o prisma do conhecimento científico, onde se demonstra a incompletude do próprio saber dogmático;⁹⁵⁵ (3) por fim, por meio da natureza epistemológica do Direito, derivada da indeterminação (intencional ou não) dos enunciados semânticos em matéria jurídica.⁹⁵⁶

No que tange aos contratos, é o caráter aberto do sistema que permite o amálgama normativo entre sistema jurídico e relação obrigacional complexa regulada pelo contrato. Como é facilmente perceptível pela análise das peculiaridades da característica ora em exame, a concepção sistemática permite um significativo incremento do diálogo, no plano hermenêutico, do entrecruzar da autonomia com a heteronomia. Se o contrato deve respeito e é complementado hermeneuticamente pelos vetores materiais e axiológicos presentes no ordenamento, resta por completar esse mesmo ordenamento, na medida em que desenvolve e concretiza os vetores constitucionais da autodeterminação da pessoa e do espaço de liberdade de atuação

⁹⁵⁴ Judith Martins-Costa aduz que “*sistematização e assistematização constituem, assim, a polaridade dialética na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressistematização*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 377).

⁹⁵⁵ “*A abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Ambas as formas de abertura são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objeção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si.*” E dentro da ótica das espécies de sistema que compõem a sua doutrina, segue Canaris argumentando que o “*sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’.* A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais” (CANARIS, 1989, 109 e 281).

⁹⁵⁶ FREITAS, 2002, p. 50. Transcendendo a transformação pela ação do legislador, o sistema é aberto também pela possibilidade da (re)descoberta de outros princípios que se sucedem no desenvolvimento histórico de uma sociedade, muito embora ainda possua, internamente, fundamentos fixos (v.g.: as cláusulas contratuais ou as cláusulas pétreas constitucionais) que orientam e garantem a manutenção da unidade do ordenamento e o resguardo do binômio *estabilidade* (segurança jurídica) e *mutabilidade* (desenvolvimento normativo) (FREITAS, 2002, p. 59).

econômica do indivíduo. Nesses termos, embora o contrato mantenha sua independência funcional e ontológica com relação ao ordenamento, não há sentido em considerá-lo, no plano exegético, como sistema autônomo e impermeável ao diálogo com o plano da heteronomia.

Em sintonia com a noção de incompletude da atividade hermenêutica, o pensamento sistemático defende, como corolário lógico da ideia de abertura, que o Direito (e suas regulações normativas particulares) adquire as características de ser um sistema inacabado e inacabável, potencialmente contraditório normativo e axiologicamente,⁹⁵⁷ consideração que se mostra correta também quanto analisado o prisma da interpretação contratual. Canaris assim se posiciona:

(...) a formulação do sistema jurídico – possivelmente em oposição a outras Ciências – nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável; aí reside também um certo sentido prático, derivado do sistema ser aberto. (...) De fato a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente, a natureza do Direito. (...) Uma determinada ordem jurídica positiva não é uma “ratio scripta”, mas sim um conjunto historicamente formado.⁹⁵⁸

A ideia de abertura sistemática (e hermenêutica) fornece ao *Nomos Jurídico*, ainda, as condições ideais, ao menos do ponto de vista teórico, para que o mesmo mantenha sua estabilidade. A capacidade para abarcar novos valores histórico-culturais permite ao sistema jurídico acompanhar o inevitável desenvolvimento por que passam as sociedades no revolver dos tempos,⁹⁵⁹ noção que se afina com a historicidade da compreensão gadameriana e com a interpretação histórico-evolutiva presente no

⁹⁵⁷ FREITAS, 2002, p. 47 e 49.

⁹⁵⁸ CANARIS, 1989, p. 111 e 199.

⁹⁵⁹ “*História e Direito são uma obra aberta, cuja significação comporta em si o poder de ultrapassar. Não há como erguer o ordenamento legal acima do fluxo sem fim da História, exatamente porque não nos parece possível, no sistema, sublimar o acontecer da tradição*” (PASQUALINI, 1999, p. 113. No mesmo sentido, vide LARENZ, 1989, p. 200).

pensamento metodológico de Emilio Betti. Sobre o tema, cabe mencionar a lição de Juarez Freitas:

(...) não se deve supor um mundo jurídico acabado fora do pensamento, tampouco pretender constituir ou formular um conceito de sistema fechado à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos. O direito positivo é aberto, vale dizer, a ideia de um suposto conjunto auto-suficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico.⁹⁶⁰

Cumprindo ainda referir, com relação à atuação da característica da abertura sobre o ordenamento, a lição de Alexandre Pasqualini:

O direito abre para sistematizar e sistematiza para abrir. Tudo se passa como se a ordem jurídica, em cada instância e instante, prendesse e libertasse o intérprete: a tarefa do sistema é impedir que a abertura se transforme num vórtice de indeterminação e o da abertura, por sua vez, obstar que o sistema se converta num buraco negro autofágico.⁹⁶¹

Sendo o ordenamento de natureza valorativa, tem-se que internamente o mesmo contém uma *ordenação axiológica ou teleológica*,⁹⁶² já que constituído de valores voltados para um determinado fim. Sobre esta característica, Canaris assim se pronuncia:

(...) o significado do sistema para a obtenção do Direito torna-se evidente quando se subscreva a opinião, aqui defendida, do sistema “interno” de uma ordem jurídica como axiológica ou teleológica; o argumento sistemático é, então, apenas uma forma especial de fundamentação teleológica e, como tal, deve, desde logo, ser admissível e relevante. Pode-se, nessa linha, falar de uma “capacidade de derivação teleológica ou valorativa” do sistema, desde que se enfoque que a “derivação” não se deve entender no sentido de dedução lógica mas sim no de ordenação valorativa.⁹⁶³

Deste modo, quando o intérprete realiza uma hierarquização ou ordenação sistemática, de certa forma está, mesmo que por via reflexa, fazendo uma afirmação

⁹⁶⁰ FREITAS, 2002, p. 32.

⁹⁶¹ PASQUALINI, 1999, p. 69.

⁹⁶² CANARIS, 1989, p. 66. A jurisprudência tem reiteradamente decidido que os “*rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei*” (REsp 797179/MT, 1ª Turma, STJ Ministra Denise Arruda, j. em 19.10.2006; AI 70023136617, 22ª Câmara Cível, TJRS, Relatora Desembargadora Mara Larsen Chechi, j. em 29.05.2008).

⁹⁶³ CANARIS, 1989, p. 152-153.

sobre o conteúdo axiológico do *Nomos Jurídico* interpretado. Assim, o jurista acaba por lidar com os valores e, em especial, com os princípios gerais da ordem jurídica, os quais sempre estão e sempre estarão por detrás de qualquer interpretação, mesmo nas situações que se situam no plano da autonomia.⁹⁶⁴ Aduz Miguel Reale que “*todo contrato deve ser visto como uma unidade normativa resultante da concreta valoração dos fatos feita pelos contraentes, motivo pelo qual a interpretação sistemática e teleológica se impõe de maneira irrefragável. (...) Nessa ordem de ideias, insisto em afirmar que o elemento teleológico é o núcleo por excelência da exegese contratual*”⁹⁶⁵

Inexistindo hierarquia interna *a priori*, e sendo o sistema um todo aberto sujeito aos desenvolvimentos socioculturais da inesgotável torrente histórica – o que se afina com o universo gadameriano da incompletude da atividade hermenêutica e da historicidade da compreensão –, a exegese (também contratual) deve necessariamente resguardar a unidade, em meio à multiplicidade axiológica, na construção e na reconstrução hermenêutica do Direito e do elemento normativo interpretado.⁹⁶⁶ Assim, não obstante a necessária utilização do pensamento tópico, é com o uso do pensamento sistemático que se torna possível abarcar a complexidade hermenêutica do fenômeno contratual. Somente esta apreensão teórica é capaz de resguardar todas as peculiaridades da normatividade intrínseca na concretização da situação objetiva complexa que encampa o ato de autonomia representado pelo contrato e o sistema jurídico que lhe conforma e concede força normativa, o que diz, também, com a oposição de limites à forma de raciocinar por concreção.⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ CANARIS, 1989, p. 154.

⁹⁶⁵ REALE, 1997b, p. 3 e 5. No mesmo sentido: REALE, 1997a, p. 184.

⁹⁶⁶ FREITAS, 2002, p. 71-72.

⁹⁶⁷ Juarez Freitas radicaliza o potencial do paradigma ora tratado quando afirma que “*a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*” (FREITAS, 2002, p. 174).

O processo sistemático, que atribui ao operador a necessidade de identificação e materialização dos princípios e valores norteadores da situação objetiva complexa, também obriga o intérprete, no âmbito da interpretação que encampa a aplicação, dar concretude aos elementos axiológicos e teleológicos que conformam essa mesma situação objetiva complexa (sejam oriundos do ordenamento e/ou do ato de autonomia dos contraentes), tarefa essencial ao resguardo e promoção da unidade e da consistência do ordenamento e da sua força normativa.⁹⁶⁸ O intérprete deve respeito não somente aos valores direta ou indiretamente contidos nos elementos normativos, mas também às finalidades que por eles são (mesmo que programaticamente) instituídas. Esta observância deve ser perfectibilizada em um processo exegético global, que embora sempre esteja vetorialmente polarizado pelo ato de autonomia, deve perquirir sobre a vontade do sistema (também constitucional).

Cabe referir, ainda, que a concepção sistemática impõe a obrigatoriedade do hermenauta evitar, tanto quanto possível, as antinomias entre normas estatais e disposições contratuais,⁹⁶⁹ e destas consigo mesmas. Como quer Larenz, a “*missão da interpretação (...) é evitar a contradição entre normas, responder às questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível.*”⁹⁷⁰ Este desígnio da atividade hermenêutica não causa maiores surpresas, pois expressamente inserta na própria conceituação de sistema anteriormente delineada.

⁹⁶⁸ FREITAS, 2002, p. 158.

⁹⁶⁹ A necessidade de superação das antinomia no campo da interpretação contratual é mencionada por Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, os quais mencionam a utilização do princípio da coerência (VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 184). Sobre o tema, remete-se para a seguinte obra: PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.

⁹⁷⁰ LARENZ, 1989, p. 376-377.

Por fim, cabe aludir que os limites à utilização do pensamento sistemático se encontram situados nos marcos da teoria gadameriana. O primeiro diz com a necessidade de o sujeito cognoscente deixar *a coisa falar* e com a existência de um sentido literal possível da norma analisada.⁹⁷¹ O segundo resulta da natureza teleológica dos elementos normativos que compõem a situação objetiva complexa.⁹⁷² Uma terceira baliza que merece ser mencionada diz com os limites à abertura e com a existência de lacunas e contradições normativas e axiológicas no sistema, do que resulta que este não apresenta sempre respostas prontas ou potenciais à resolução do caso em que deve ser aplicado.⁹⁷³

CONCLUSÃO

Finalizando o presente estudo, que investigou as bases sob as quais surge a compreensão do contrato e os caminhos necessários à efetivação da atividade interpretativa (com destaque para a imprescindibilidade do raciocinar por concreção),

⁹⁷¹ LARENZ, 1989, p. 387-388. Analisando o plano da heteronomia, Larenz refere duas possibilidades de desenvolvimento dos elementos normativos, cujo raciocínio importa ao presente estudo. O primeiro seria um desenvolvimento *imane*nte, pois incide no plano originário da teleologia da disposição normativa, quando existe uma lacuna. O segundo seria o desenvolvimento *superador*, que está além do limite literal, mas dentro do quadro dos elementos axiológicos diretivos da disposição normativa (que no caso dos contratos se encontram na situação objetiva complexa), sendo aplicável quando evidenciada uma questão jurídica que não pode ser solucionada pelo desenvolvimento *imane*nte (LARENZ, 1989, p. 444, 517-518).

⁹⁷² Canaris refere que no procedimento interpretativo o sujeito deve levar em conta a necessidade de “*um controlo teleológico – pelo menos implícito – quanto a saber se a premissa maior ou o conceito mais vasto tomados ao sistema comunicam plena e acertadamente o conteúdo valorativo significado*” (CANARIS, 1989, p. 187). Sendo o instrumento contratual um microsistema normativo (que não se encontra apartado do ordenamento), a lição se aplica também para a análise restrita da declaração, onde o sentido de cada disposição normativa deve ser buscado pelo sujeito cognoscente, levando em consideração os elementos teleológicos e axiológicos do caso concreto (circunstâncias) e do sistema jurídico. Este limite diz com a busca pela finalidade com que o elemento normativo foi editado, bem como com a carga valorativa implícita no mesmo (LARENZ, 1989, p. 230). Descobertos estes dois aspectos, a interpretação jamais pode desconsiderá-los.

⁹⁷³ Do mesmo modo que deve ser evitada a falácia de que o sistema é sempre dado, de antemão, como pronto e acabado, não se deve ter, *a priori*, a premissa de que o mesmo exige sempre uma determinada solução, pois, como refere Canaris, “*o que pareça (...) como contrário ao sistema, pode, pouco mais tarde, surgir ultrapassado. (...) Para além (...) do ‘controlo teleológico’, cada argumento sistemático coloca-se assim ainda sob a da possibilidade de um desenvolvimento ou modificação do sistema*” (CANARIS, 1989, p. 189-190).

será feita uma síntese das considerações abordadas. A opção por uma apresentação pormenorizada atende a critérios de ordem didática, visando a recordar o que foi dito e clarear possíveis obscuridades, expondo os temas tratados de forma mais direta e linear, à parte das discussões teóricas e dogmáticas que anteriormente foram desenvolvidas.⁹⁷⁴

(1) A atividade hermenêutica encontra-se na base de toda experiência humana, sendo a própria realidade o resultado de uma interpretação. O sujeito sempre interpreta, pois é a atividade hermenêutica que produz toda e qualquer compreensão. No campo da exegese contratual, a ampliação do objeto da atividade hermenêutica permite alcançar a conexão existente entre o instrumento negocial e os elementos fáticos e normativos que o constituem.

(2) O brocardo *in claris cessat (non fit) interpretatio* somente possui validade se entendido que *as regras claras dispensam (apenas) o esforço interpretativo*, pois a atividade hermenêutica sempre ocorre, mesmo perante um objeto de fácil compreensão.

(3) Na atividade hermenêutica há uma pertença do intérprete ao objeto a ser conhecido (constante atuar da coisa sobre o sujeito), sendo tarefa primordial daquele não permitir que suas concepções prévias sejam impostas perante a coisa e a

⁹⁷⁴ Para melhor situar o leitor, cabe explicitar as partes do estudo onde se encontram inseridas as discussões teóricas de cada um dos tópicos que compõem esta síntese conclusiva: “O objeto e os limites da atividade hermenêutica” (1-4); “A delimitação do horizonte hermenêutico” (5-6); “O caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica” (7-8); “A incompletude da atividade hermenêutica” (9-16); “O caráter crítico da atividade hermenêutica” (17-18); “As particularidades da hermenêutica contratual” (19); “O negócio jurídico e seu conteúdo” (20-22); “A autonomia e sua relevância hermenêutica” (23-26); “O procedimento, os métodos e as regras de interpretação” (27-32); “A fixação do objeto e da dimensão funcional da hermenêutica contratual” (33-37); “Os pressupostos gerais sobre o raciocínio por concreção” (38-44); “A necessária imposição de limites ao raciocínio por concreção” (45-47); “A influência do raciocínio por concreção na força normativa do contrato” (48-49); “O ponto de relevância hermenêutica e a extensão dos meios interpretativos” (50-51); “A natureza jurídica das circunstâncias do caso e da proporcionalidade” (52-53); “O postulado normativo das circunstâncias do caso” (61-63); “As premissas gerais da concreção normativa da interpretação contratual” (64-67); “O postulado normativo da proporcionalidade” (68-71); “Os pressupostos da sistematicidade hermenêutica” (72-77). Mister se faz salientar, ainda, que apenas o tópico “A jurisprudência e o paradigma da Súmula Vinculante n. 01, do Supremo Tribunal Federal”, não se encontra representado nesta síntese conclusiva, eis que no mesmo consta apenas o embasamento jurisprudencial de parte das teses mencionadas nesta conclusão.

sobrepujem fora da circularidade hermenêutica (deixar a coisa falar). O compreender exige uma abertura para a alteridade, de tal modo que o sujeito cognoscente deve estar disposto a deixar valer algo contra si, ainda que não haja nada ou ninguém que assim o exija, além de seu rigor ou consciência científica (o texto não é um pretexto para que o intérprete fale aquilo que lhe convém). Este pressuposto condicionante não limita a atividade hermenêutica, mas a expande para além do horizonte hermenêutico do intérprete (alteridade presente na fusão de horizontes), não indicando, portanto, uma prevalência hierárquica da coisa e nem ilidindo a condição do sujeito como elemento produtivo da atividade hermenêutica.

(4) No âmbito da interpretação contratual, a força vinculante do objeto diz com o primado da declaração negocial, pois o sentido literal possível do texto contratual surge como base semântica possível de significação, detendo dupla missão: é ponto de partida para a indagação do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da atividade interpretativa. Contudo, esta dimensão não se confunde com a pretensão metodológica da interpretação literal, já que os marcos do sentido linguisticamente possível são alcançados pela dimensão intertextual da declaração negocial (sistematicidade interna e externa) e pela concreção do contexto fático e normativo em que se insere o contrato a ser compreendido.

(5) A atividade hermenêutica é um processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação. Esta conclusão indica que a exegese não se limita a interpretar os textos normativos, mas também compreender os fatos relevantes ao ato de aplicação, o que denota a imprescindibilidade do raciocinar por concreção. Ademais, a inserção da aplicação no *iter* hermenêutico permite que essa atividade alcance a conformação de existência, validade e eficácia do instrumento contratual.

(6) A dimensão da aplicação é, de certo modo, integrativa, pois resulta na inserção de uma nova perspectiva no horizonte do objeto (atualização do elemento normativo).

(7) A hermenêutica é uma atividade criativa, construtiva e produtiva, nunca reprodutiva, receptiva ou declaratória. O contrato não tem um significado independente do evento que é compreendê-lo e a função do intérprete não é a de reviver a intenção dos contratantes quando do momento genético, mas a de construir sentido a partir de seu horizonte e da sua situação objetiva complexa, sempre respeitando a autonomia das partes. No entanto, o reconhecimento da essência criativa da interpretação não conduz ao entendimento de que exista uma total liberdade ao intérprete, havendo significados mínimos incorporados à coisa e à própria linguagem, os quais preexistem ao processo interpretativo individual.

(8) O caráter criativo da atividade hermenêutica remete à ausência de separação entre sujeito e objeto, cuja complementaridade essencial deriva da capacidade constitutiva nomotética do espírito do intérprete, que possui uma faculdade outorgadora de sentido ao real. Inexiste um distanciamento dos polos da compreensão no contexto da historicidade do compreender (intérprete e contrato estão mergulhados numa certa tradição), o que implica dimensionar tanto a forma como o sujeito estrutura o objeto, quanto a medida em que o objeto acaba estruturando o sujeito e seu projeto de compreensão. A subjetividade não é obstáculo para a compreensão, mas uma condição indispensável de sua possibilidade.

(9) Ao reconhecer a finitude do ser humano, a atividade hermenêutica deve admitir o caráter inconcluso de toda experiência e a inexistência de um esforço possível de compreensão. Nenhuma interpretação, por mais válida e convincente que seja, pode-

se impor como definitiva. A finitude irrevogável do ser humano (característica produtiva por permitir o alcance da alteridade) tem como derivativo a finitude irrevogável da sua compreensão.

(10) Como a busca pela verdade é o objetivo do procedimento hermenêutico, deve ser aceita a existência de uma realidade fática (objeto de interpretação) e uma realidade hermenêutica (resultado da interpretação). Quando se fala da inexistência de uma verdade está-se falando da impossibilidade de se alcançar hermeneuticamente esta verdade, mas não se está negando, necessariamente, a existência da mesma. O fato do produto da atividade interpretativa (realidade hermenêutica) conseguir (ou não) atingir a realidade fática não é uma questão que diga respeito a sua existência, já que ela existe independentemente da (in)compreensão pelo intérprete. Contudo, embora o objeto exista independentemente do sujeito, ele não tem sentido (hermenêutico) fora da relação com este sujeito. Nesses termos, pode-se dizer que os direitos e obrigações que emergem do pacto não são criados pela interpretação, mas dependem dessa atividade para que alcancem sentido (o contrato existe enquanto ente jurídico autônomo, mas não tem sentido algum fora da circularidade hermenêutica).

(11) A pretensão de alcançar um sentido absolutamente verdadeiro com a atividade exegética é utópica, pois ao se perguntar pela verdade o intérprete sempre se encontra preso a sua finitude e situação hermenêutica (intérprete jamais interpela o *ser*, mas apenas o *ser-no-mundo*). Assim, à interpretação contratual interessa uma pretensão de correção em relação à determinada situação hermenêutica, a partir da qual se pode avaliar a compreensão como falsa ou verdadeira (correta ou incorreta, relativamente a uma terminologia metodológica). Não se pode aceitar a correção de uma dupla verdade

perante uma mesma situação hermenêutica, sob pena de falecer a pretensão de universalidade da interpretação.

(12) A historicidade da compreensão (história do efeito) é princípio básico e questão permanente da atividade hermenêutica, não se tratando de um propósito periférico que assume relevância apenas quando o hermeneuta pretende resolver questões determinadas (interpretação histórica). A pertença à tradição não é uma qualidade restritiva, mas uma das categorias que tornam possível o conhecimento, já que o intérprete somente compreende a partir de sua situação hermenêutica (composta por seu tempo e sua condição singular). A tensão entre presente e passado não deve ser dissimulada ou superada, mas desenvolvida conscientemente, pois com ela se desvela o seguinte paradoxo produtivo: quanto maior a distância da época em que o objeto foi criado, maior será a possibilidade de compreensão, já que aumentam os dados de consciência acerca das condições de descarte de interpretações errôneas.

(13) Se a historicidade da compreensão implica a reabilitação da autoridade na atividade exegética, inexistente uma arbitrariedade desta dimensão, pois, embora o resgate da tradição diga com a existência de elos maleáveis de continuidade, não se pressupõe uma necessária continuidade de sentido, sendo a apropriação e a transformação (descontinuidade) acepções potenciais do contínuo (deve-se conceder inteligibilidade ao descontínuo). A própria historicidade possui uma dimensão narrativa e crítica (inexistente história autárquica), visto que sendo o intérprete um narrador, seleciona e refuta elementos ínsitos na condição passada, da qual ele se distingue. Contudo, o resguardo da tradição na interpretação jurídica implica a quantificação hermenêutica das regras, princípios e critérios de decisões que se mantêm no transcurso da práxis forense

(especialmente jurisprudencial), o que remete ao resguardo da justiça e da segurança jurídica na atividade exegética.

(14) Todos os fenômenos objetos da hermenêutica apresentam e representam um elemento de linguagem, e é esta a dimensão que determina tanto a coisa quanto a ação hermenêutica. Não existe nada fora da experiência de mundo que ocorre na linguagem (o objeto só se torna algo para o intérprete dentro da linguagem), a qual não se constitui em simples instrumento da compreensão ou objeto próprio de análise, mas abrange tudo o que possa chegar a ser objeto de interpretação.

(15) A pretensão de universalidade da atividade hermenêutica se concretiza por meio da linguagem, porquanto é ela que possibilita a articulação do pensamento em toda experiência inter-humana. Compartilhar uma linguagem significa participar de uma tradição que transmite uma determinada visão e pré-compreensão de mundo (realidade).

(16) A interpretação jurídica deve transcender o reconhecimento da sua dimensão linguística, aceitando o caráter essencialmente narrativo com que é estruturado o universo do Direito. O *Nomos Jurídico* é construído por meio de determinados processos de produção discursiva, nos quais o intérprete seleciona e refuta elementos ínsitos na situação objetiva interpretada. O Direito constitui a realidade a partir de suas ficções, privilegiando e descartando determinados dados (que interessariam à atividade hermenêutica), o que acaba “hipotetizando” a realidade. Assim, a realidade é reconstruída por um determinado discurso jurídico, limitando as possibilidades da condição social conforme certos padrões, o que é evitado com a utilização do método concretista.

(17) A interpretação é um ato de decisão que constitui e constrói a significação de um objeto. Se não há crítica sem hermenêutica, tampouco há hermenêutica sem

crítica, já que a necessária abertura do intérprete à alteridade da coisa não pressupõe nenhuma neutralidade (ou um anulamento de si mesmo), ainda mais no plano do Direito, onde não há como compreender sem se comprometer criticamente, pois todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.

(18) Embora não seja um critério próprio de interpretação, a concretização da justiça é uma meta desejável que encontra eco na dimensão crítica da atividade hermenêutica, sendo um dos elementos propulsores da circularidade hermenêutica. É da busca pela realização deste valor que parte o impulso para o repensar interpretativo. A realização da justiça *in concreto* é um fator legítimo no processo hermenêutico quando não desconsiderada a coisa interpretada e os ideais de certeza e segurança jurídica.

(19) Sendo a hermenêutica um tema unitário, cabe considerar que os pontos de contato entre as teorias da interpretação das leis e dos negócios jurídicos são mais numerosos do que as diferenças que as separam. Contudo, existem diversas especificidades relevantes da interpretação do contrato, a saber: (1) na lei, o elemento reitor da interpretação é a literalidade da disposição normativa, enquanto no contrato é a autonomia; (2) a hermenêutica contratual é mais complexa que a atividade interpretativa legal, uma vez que opera no entrecruzar da autonomia com a heteronomia; o contrato pode aparecer na forma de atos da vida e de silêncio; a pactuação não se apresenta em termos uniformes para todas as categorias de negócios e em seu âmbito é mais intensa a relação entre os sujeitos de direitos colocados no plano de uma igualdade recíproca; (3) nesta área há uma expansão das circunstâncias passíveis de serem consideradas no processo hermenêutico; (4) a principiologia e a teleologia da interpretação dos contratos é diferente da hermenêutica legal (embora os métodos eventualmente utilizados possam ser os mesmos).

(20) O contrato instrumentaliza o exercício da autonomia privada e possibilita o cumprimento da *função dinâmica* do Direito ao operacionalizar a circulação de bens. Enquanto o liberalismo oitocentista formulou a teoria do negócio jurídico sob um modelo que pressupunha a identificação individual dos participantes e a sobrevalorização do ato de vontade subjetiva, a reconstrução crítica operada na segunda metade do século XX substituiu a primazia do subjetivismo pela ideia de uma autorregulamentação de interesses, conferindo ao negócio jurídico uma dimensão social a ser quantificada no plano hermenêutico. O negócio jurídico não é uma construção teórica, mas um *fato social*, razão pela qual os efeitos do ato negocial devem ser buscados na facticidade das circunstâncias do caso. O foco hermenêutico não mais se encontra no ordenamento (enquanto organismo produtor de normatividade), mas na realidade socioeconômica que produz a sua própria normatividade no espaço comunicativo das relações humanas, levando em consideração os requisitos e procedimentos previstos no sistema jurídico.

(21) O Estado Democrático de Direito não se caracteriza pela subordinação do cidadão ao Estado, mas pelo compromisso constitucionalmente garantido de realização dos interesses de cada indivíduo (funcionalização dos direitos pelo interesse social), o que implica a existência de um espaço irredutível ao exercício da autonomia privada. Assim, não mais se justifica a oposição hermenêutica entre efeitos derivados da lei e do negócio jurídico, pois o sistema reconhece o poder criativo da autonomia, limitando-se a definir seu âmbito, requisitos de validade e normas de integração dos efeitos do ato negocial. O negócio jurídico deve ser encarado exegeticamente não apenas como um fato social cujos efeitos são atribuídos pelo ordenamento, mas como um instrumento correlacionado ao ordenamento.

(22) Além do conteúdo expresso ou declarado, formado pelas regras derivadas da autonomia dos contraentes, o negócio jurídico possui um conteúdo implícito ou não-declarado (não-dito do contrato), composto pelas diretivas legais e pelas circunstâncias do caso. A reunião desta substância bipartida forma o conteúdo total ou global do negócio jurídico.

(23) A *intenção* prevista no art. 112, do CC/02, não possui uma dimensão individual ou subjetiva, pois diz com o intento *comum* formado bilateralmente pelas partes conforme parâmetros de reconhecimento objetivos, sendo mediada pela confiança e abrangendo não apenas as determinações concordes, mas também as divergências que se subordinam ao acordo. Deste modo, a *intenção* não é o sentido que deriva da vontade interna de qualquer das partes que se presume conhecida ou reconhecível pela outra, nem o sentido da declaração em correspondência ao tipo contratual, mas o significado que deriva da facticidade complexa do negócio jurídico.

(24) O negócio jurídico deriva de um ato de autonomia a que a ordem estatal liga o nascimento, a modificação e a extinção das relações jurídicas entre particulares por intermédio de um fenômeno de recepção. Na intersecção entre autonomia e heteronomia, deve ser quantificada hermeneuticamente a restrição do espaço de autonomia e liberdade contratual em face do movimento de funcionalização dos direitos, cabendo ao intérprete verificar, perante as circunstâncias do caso, onde a autonomia é liberdade (maior amplitude de ação ao indivíduo) e onde é função (restrição à atividade individual), análise que depende da ponderação de preceitos antagônicos, inclusive no que respeita aos critérios subjetivos e objetivos de interpretação (arts. 112-113, do CC/02), os quais se encontram em uma relação de constante restrição e complementação recíprocas.

(25) A vontade não é o conteúdo do ato de autonomia, mas sua fonte geradora. Enquanto a análise oitocentista identifica o ato de autonomia como sendo o exercício pleno da liberdade individual, o paradigma hermenêutico aqui adotado indica que a pactuação implica a limitação do espaço de vontade dos indivíduos envolvidos, já que cada contraente abre mão de parte de suas pretensões ao firmar um projeto conjunto com o outro (adimplemento). A apreensão hermenêutica da autonomia privada deve alcançar sua conformação bilateral e interativa no espaço de comunicação que conduz à formação do pacto, pois os dois poderes privados somente são exercitáveis cooperativamente (exercício da liberdade por intermédio do outro). Assim, a autonomia de cada contratante não é condicionada apenas pelo ordenamento, mas também pela mediação horizontal de igual poder da contraparte.

(26) Embora haja uma importância fundamental da vontade no plano hermenêutico, esta não é a única (e sequer a mais própria) fonte de interpretação, pois o contrato se insere em uma cadeia negocial (circulação de riquezas) que se desprende da intenção subjetiva das partes. No sistema brasileiro o consenso jamais é formado apenas pela vontade ou pelo ato objetivo de autonomia, razão pela qual estes elementos devem ser *sempre* valorados em conjunto com outras fontes. Contudo, a erosão do papel da vontade psicológica no contexto de uma apreensão objetiva da interpretação contratual não ilide a importância da autonomia privada, pois esta se constitui no norte da atividade hermenêutica. Embora a utilização de critérios objetivos de interpretação implique o uso de uma fonte de regulação diversa da livre e voluntária determinação dos interesses privados, esses preceitos não se antagonizam com a vontade das partes – como se pretendessem a tutela dos interesses públicos em confronto com os interesses

privados –, mas visam a integrar suas lacunas e suprir as deficiências de seu exercício, respeitando a lógica e o espírito de suas escolhas.

(27) As regras legais de interpretação do contrato não formam o conteúdo do pacto, porém integram o conteúdo da interpretação do negócio jurídico, constituindo-se em normas de segundo grau. Embora detenham um elevado grau de liberdade de apreciação, são autênticas normas jurídicas vinculantes, e não meras diretrizes lógicas ou práticas que se encontram sujeitas ao arbítrio do intérprete. Sendo leis de caráter geral, dirigem-se a todos os sujeitos envolvidos direta ou indiretamente com a relação contratual, e não apenas ao juiz.

(28) Os métodos e cânones hermenêuticos elencados pela doutrina e jurisprudência possuem uma função meramente auxiliar no desenvolvimento da interpretação, agindo como pautas de padronização que visam guiar a pré-compreensão do intérprete, auxiliando no combate ao subjetivismo. Porém, diferentemente do que indicam seus objetivos – dar segurança e previsibilidade à atividade interpretativa –, a metodologia conduz à arbitrariedade e ao subjetivismo. Por não haver uma metanorma que indique a prevalência de qualquer cânone perante o caso concreto, o intérprete age como se não existissem normas a respeito de como interpretar, utilizando-se posteriormente dos vetores metodológicos para justificar argumentativamente as suas conclusões. Ademais, a apreensão metodológica limita a possibilidade do compreender e, sem negar a imprescindibilidade da metodologia, deve ser reconhecido que a compreensão não se reduz ao universo lógico-semântico. O método é sempre dependente da hermenêutica, pois o discurso lógico pressupõe o universo da compreensão. Assim, a questão é saber até onde a hermenêutica pode se utilizar do

método científico, e até onde a ciência pode se valer da hermenêutica para dar conta de sua própria racionalidade.

(29) Não existe interpretação livre de preconceitos, porquanto o intérprete sempre interpreta sobre a base de expectativas de sentido que extrai de sua própria relação precedente com o objeto, as quais constituem sua pré-compreensão. Compreender significa ser versado na coisa, e somente secundariamente destacar o sentido da alteridade. Interpretação sem pré-compreensão é mera adaptação, razão pela qual os preconceitos, embora estejam vinculados à ideia de autoridade, não devem ser vistos negativamente, pois são eles que possibilitam a compreensão, havendo apenas a necessidade do sujeito separar os preconceitos legítimos dos ilegítimos. Nesse contexto, a hermenêutica contratual requer que o sujeito detenha diversas competências em seu horizonte (aptidões de ordem técnica, filológica e fática-material). Se o intérprete não vê claramente o sentido da situação objetiva complexa porque lhe são estranhas as relações de vida regulamentadas pelo contrato, deve-se informar com os conhecedores destas relações para alcançar os conhecimentos necessários.

(30) Em termos procedimentais, a atividade hermenêutica não se realiza de maneira linear (com a esgotabilidade das etapas precedentes), mas de forma circular, com constantes idas e vindas ao projeto prévio de compreensão (a objetividade do conhecimento é alcançada mediante avanços e recuos no caminho do entendimento da alteridade). Aquilo que foi avaliado não se esgota, passando a ser constantemente reavaliado no caminhar à coisa mesma, pois, havendo um choque entre a antecipação de sentido e o objeto, deve ser proposto um novo esboço de sentido (outra interpretação) a ser também submetida à coisa, até que seja alcançada a compreensão a partir desta. O movimento da compreensão vai constantemente do todo (*situação objetiva complexa*)

para a parte (cláusulas contratuais) e desta de volta ao todo, pois este deve ser compreendido a partir do individual e o individual a partir do todo, de tal sorte que a concordância destas dimensões seja o critério para a justeza da compreensão.

(31) A compreensão a partir da coisa mesma culmina na fusão dos horizontes do sujeito e do objeto, sendo que compreender significa deslocar o horizonte de compreensão ao outro sem suprimir o seu próprio. O deslocamento à alteridade do objeto permite que o intérprete tome consciência da individualidade irreduzível do outro, ascendendo sua compreensão a uma universalidade mais elevada que supera a sua particularidade e a da coisa, fazendo surgir algo que antes não havia. No âmbito da *situação objetiva complexa*, a própria declaração negocial encerra uma fusão dos horizontes dos contratantes acerca do negócio jurídico regulado pelo instrumento. Enquanto produto final do acordo, o texto contratual encampa *a vontade unificada dos contratantes* que, sendo algo bastante diverso da soma das motivações subjetivas, não pode ser desmembrada, especialmente tendo como parâmetro a vontade particular de qualquer das partes.

(32) Não existindo um procedimento metodológico fixo, deve-se considerar que a interpretação do contrato precede a sua construção jurídica (alcançada no âmbito da circularidade hermenêutica) e depende da fixação de todas as circunstâncias do caso, o que se dá mediante prova ou confissão, não obstante o procedimento hermenêutico não se assemelhe a uma operação probatória. Embora a significação do substrato probatório dependa de uma atividade hermenêutica própria, a interpretação do contrato se realiza após a fixação das circunstâncias do caso.

(33) A hermenêutica contratual é a atividade voltada à fixação criativa do sentido, alcance e validade das manifestações de vontade dos particulares, sendo

responsável, ainda, pela qualificação jurídica do contrato, determinação do significado negocial (compromissos jurídicos e os termos da operação econômica perseguida pela pactuação) e verificação dos efeitos jurídicos produzidos pelo ato de autonomia.

(34) O objeto da interpretação contratual não abrange apenas a declaração negocial, mas o conteúdo global (expresso e/ou implícito) do negócio, abarcando o elemento textual (também em sua dimensão intertextual), a historicidade do sujeito-objeto, a pré-compreensão do intérprete, a situação contextual (circunstâncias do caso), os preceitos jurídicos estatais implicados e outras situações hermeneuticamente relevantes.

(35) Qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a relação contratual deve ser considerada intérprete, não prevalecendo as teses institucionalistas e do intérprete autêntico que apregoam que só ao juiz cabe a interpretação do negócio jurídico, as quais se embasam na falsa premissa de que a interpretação se dá somente em caso de litígio.

(36) A partir das noções de circularidade hermenêutica e de que a exegese contratual é um processo unitário, percebe-se ser inadequada e artificiosa a decomposição desta atividade em momento recognitivo e complementar. As normas cogentes fazem parte de um ato de aplicação que integra a atividade hermenêutica.

(37) O horizonte do contrato é constituído por uma *situação objetiva complexa*, a qual diz com uma totalidade orgânica, unitária e dinâmica dotada de sentido e formada pelo instrumento contratual, sua relação com o sistema jurídico e todas as circunstâncias do caso que permearam sua gênese e desenvolvimento, e de cujo amálgama reside a imprescindibilidade da concreção normativa e fática no procedimento hermenêutico.

(38) A concreção é uma forma de apreensão hermenêutica pela qual as normas são compreendidas em essencial coordenação com o caso concreto, em um processo multidirecional em que Direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, buscando o significado do objeto considerando as circunstâncias concretas e normativas que permearam sua gênese e desenvolvimento. Assim, o método concretista concede relevância não à norma, mas, sim, à situação normada. Não se pode separar (senão por abstração e como linha de orientação) a regra da situação regrada, já que a norma é produzida criativamente pelo intérprete não apenas a partir de dados que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada (*mundo do ser*), dimensões que se entrelaçam de maneira inseparável.

(39) O objetivo do raciocinar por concreção é a (re)qualificação do elemento normativo em face das exigências particulares da situação concreta. A atividade hermenêutica não pode levar em consideração apenas questões normativas, já que a concretização do Direito nem sempre representa um problema jurídico independente. Nesses termos, o intérprete deve sempre atentar para uma determinada realidade concreta, não limitando a atividade hermenêutica aos formalismos meramente abstratos ou às explicações mediadas pela fundamentação lógica dos silogismos jurídicos. Sendo a compreensão um acontecer ontológico, a interpretação deve se esforçar para superar os conceitos legais e alcançar as formas concretas e reais da vida (histórica, econômica, sociológica, religiosa, filosófica, etc.), rechaçando a existência burocrática da prática jurídica.

(40) A concreção alcança o próprio instituto do contrato. Embora este seja um conceito jurídico, não pode ser entendido com a mera consideração de sua dimensão

normativa. Até mesmo as tipificações legais refletem uma realidade exterior a si próprias, remetendo sempre à esfera social de interesses e situações socioeconômicas traduzidas pelas categorias previstas na norma estatal.

(41) Se é correto afirmar que a relevância dos fatos é mensurada em função do elemento normativo a ser compreendido e aplicado, também é verdadeiro que a norma é selecionada e determinada (mesmo no campo da significação) em função da estrutura concreta do caso a decidir. O processo de aplicação do Direito apresenta duas faces: a assimilação do fato pela norma e a assimilação da norma pelo fato. Esta dimensão dialógica não pode ser compreendida por meio de singularidades conceituais como indução e dedução, razão pela qual o raciocínio por concreção se utiliza destes dois juízos simultaneamente. Em termos mais abrangentes, a concretização da diretriz normativa é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, é determinante em relação a ela, sendo impossível definir como fundamental e prevalente somente a pura normatividade ou a eficácia das condições sociais e econômicas que geraram e regularam a relação contratual.

(42) No âmbito do método concretista, a norma contratual deixa de ser um dado apartado do caso concreto ou um simples instrumento de captação linguística e de medição da realidade, passando a se constituir em um *modelo funcional* que determina a quantificação do *momento situacional (Dasein)*. Assim, a norma contratual não se vincula ao caso concreto apenas em termos de ajuste e/ou desajuste, mas de forma constitutiva. Nesse contexto, a atividade interpretativa passa a quantificar as *condições de realizabilidade* do elemento normativo, individualizando-o perante as peculiaridades de cada nova realidade.

(43) A concreção não está separada da interpretação, pois interpretar implica concretizar. Interpretação e concretização se superpõem, pois na facticidade da atividade hermenêutica não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.

(44) O raciocínio por concreção assume uma função extremamente relevante na análise das condições de superação de um determinado elemento normativo, pois a quantificação hermenêutica da realidade auxilia na verificação da existência de uma modificação das razões e consequências estabelecidas *prima facie* pelas normas contratuais no contexto de sua aplicação, tornando mais controlada e segura a consideração de dados contextuais como razões superiores àquelas que justificam a aplicação da própria regra. Resguardados os limites necessários ao raciocínio por concreção, sua adoção aumenta a racionalidade e a fundamentação intersubjetiva na busca e realização do valor justiça no caso concreto.

(45) Se a separação absoluta entre norma e realidade traz indesejáveis consequências, o *excesso de concretização* impede a realização da atividade científica, visto que o recurso retórico à figura do caso concreto se transforma em um apanágio para a ditadura da subjetividade e do descritório. A atividade deve alcançar um ponto de equilíbrio entre o abandono da normatividade em favor da dominação das relações fáticas e a concepção de uma normatividade despida de qualquer elemento de realidade, superando a fratura do pensamento contemporâneo e da teoria do conhecimento que lhe sustenta: se a hermenêutica contratual não pode se desvencilhar da experiência humana, também não pode abrir mão dos imperativos das categorias racionais que posicionam a atividade exegética num quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos. No curso da busca pela compreensão, o intérprete deve quantificar os

elementos que permitam a promoção, ao menos paulatina, da sistematização das suas conclusões hermenêuticas, em respeito à segurança jurídica.

(46) No plano da circularidade hermenêutica, os principais critérios para o resguardo da dimensão alienante do método concretista são a força vinculante do objeto interpretado e a pretensão de universalidade do procedimento hermenêutico, aspectos que, complementando os vetores da segurança jurídica e da justiça, exigem tanto uma generalização tipificadora que garanta a igualdade de tratamento, quanto uma individualização que garanta a quantificação das especificidades próprias do caso em exame.

(47) No controle da normatividade do contrato, o método concretista não afasta – antes requer – a referência ao ordenamento e aos seus princípios e, apesar de impor um viés tópico, não se apresenta como substitutivo do método da subsunção nem da lógica da inferência, peculiar ao raciocínio dedutivo. Deste modo, a concreção não pode renunciar a possibilidade de análise abstrata dos casos, razão pela qual a interpretação (e a jurisprudência) precisa se elevar do concreto, embora deva sempre quantificá-lo.

(48) O raciocinar por concreção alça os elementos fáticos à condição de parâmetro de interpretação, e, assim, concede relevância hermenêutica ao resguardo e à manutenção da força normativa do contrato em todas as suas fases. A exegese depende não apenas da incorporação da realidade que circunda o contrato, mas também da quantificação de sua vinculação com as forças de dominância reais no contexto sociocultural e normativo, o que possibilita a ordenação objetiva da relação contratual no *iter* hermenêutico. A atividade hermenêutica depende não apenas do conteúdo da pactuação, mas principalmente de sua *práxis*, sendo exigido que todos os partícipes da

relação contratual – inclusive o intérprete – partilhem da *vontade do contrato*. Transcendendo a vontade de poder (antagonismo dos contratantes), a exegese deve procurar alcançar a vontade de cumprimento do contrato (visão solidária).

(49) Em termos estruturais e negociais, a preservação da força normativa do contrato depende da incorporação normativa de parte da estrutura contrária, pois o sacrifício de um interesse pessoal acaba fortalecendo o vínculo e a força normativa da pactuação. Em regra, quanto mais a atividade hermenêutica corresponder à natureza singular das circunstâncias do caso, e quanto maiores forem as possibilidades de adaptabilidade do contrato à mudança destas condicionantes, tanto mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa.

(50) A distinção e a consideração dos pontos de relevância hermenêutica servem para avaliar e mensurar a extensão do círculo formado pelos meios interpretativos que podem ser empregados pelo intérprete. A amplitude das circunstâncias passíveis de serem consideradas no processo hermenêutico se altera conforme o horizonte do contratante que detém a autoridade da situação hermenêutica e a consideração da estrutura relevante para a eficácia jurídica do negócio, o que demonstra que a questão interpretativa não se apresenta em termos uniformes para todas as categorias de negócios.

(51) Em regra, se o ponto de relevância hermenêutica se situar no destinatário da declaração (o que deriva do alto grau de recognoscibilidade objetiva e da confiança despertada pelo negócio), somente podem ser consideradas na interpretação as circunstâncias que estejam compreendidas no horizonte deste, ou seja, aquelas circunstâncias que o declaratório teve ciência real ou potencial, o que implica uma consequente limitação dos meios interpretativos à disposição do hermeneuta. Já se o

ponto de relevância hermenêutica se situar no declarante (o que deriva do baixo grau de recognoscibilidade objetiva e da confiança despertada pelo negócio), há um incremento do material interpretativo, sendo que em determinados casos poderão ser quantificadas até mesmo circunstâncias ocultas aos interessados, como ocorre nos negócios *mortis causa*, por força do art. 1.899, do CC/02.

(52) No curso do raciocínio por concreção devem ser avaliadas as condicionalidades hermenêuticas envolvendo o problema concreto e as valorações oriundas do sistema jurídico, o que se realiza, respectivamente, por meio dos postulados normativos aplicativos das circunstâncias do caso e da proporcionalidade, que assumem a condição de metanormas (normas de segundo grau), estabelecendo a estrutura de interpretação, compreensão e aplicação das normas contratuais, principalmente em relação aos mencionados elementos fáticos e normativos que compõem a relação contratual.

(53) Enquanto o postulado das circunstâncias do caso age na concreção fática, quantificando aspectos da normatividade intrínseca da pactuação ao relacionar a declaração negocial com as condições fáticas objetivas em que a relação contratual nasceu e se desenvolveu, o postulado da proporcionalidade atua na concreção normativa, desvelando a normatividade extrínseca do contrato ao relacionar o instrumento com os vetores jurídicos e axiológicos do ordenamento.

(54) A interpretação tem que ter em conta *todas* as circunstâncias do caso, pois estas estabelecem critérios, modos de raciocínio e argumentação que dão à declaração negocial a significação que esta possui no contexto material. Deixando de quantificar um só ponto das circunstâncias do caso, altera-se o sentido da declaração, que deixa de

corresponder à verdadeira situação, resultando em um possível (e provável) efeito jurídico falso.

(55) As circunstâncias do caso auxiliam a interpretação contratual tanto na busca pelo alcance da significação do instrumento, quanto na consubstanciação dos elementos que remetem a concepções materiais do entorno social (ex.: cláusulas remissivas à realidade e atinentes ao seu objeto, motivo e causa).

(56) Sendo impossível definir com exatidão o que sejam as circunstâncias do caso, pode-se conceituá-las como sendo as condições fáticas e objetivas que formam o ambiente geral do contrato, englobando o contexto verbal (espaço textual e intertextual das disposições contratuais no todo unitário da declaração) e situacional (situação do discurso) da contratação, encampando o todo da situação espaço-temporal (econômica, histórica e cultural) particular que compreende o objeto e os interlocutores que participam da relação contratual.

(57) O postulado das circunstâncias do caso atua de maneira multifuncional, pois, além de se constituir em meio para interpretar (e colmatar) a declaração negocial, é verdadeiro elemento do todo complexo que forma o contrato, trazendo consigo fatores formativos da contratação que atuam em conjunto com o texto do negócio jurídico. Se a dimensão textual da declaração negocial diz o essencial do que aconteceu, não diz como aconteceu, nem evidencia a plenitude da eficácia jurídica frente à dinâmica sociojurídica.

(58) Como já mencionado, as circunstâncias do caso devem ser fixadas antes da interpretação de qualquer espécie de contrato, por meio de prova ou confissão. Somente são válidas no processo hermenêutico aquelas que se mostrarem reciprocamente reconhecíveis, ou seja, aquelas que os contraentes possam ou devam

conhecer com o uso de uma diligência normal no exato contexto objetivo em que concluído o contrato e desenvolvida a relação contratual.

(59) As circunstâncias do caso abarcam os elementos fáticos das negociações precedentes e das manifestações concomitantes e posteriores à conclusão do contrato, sendo descabido o descarte de qualquer destes elementos em virtude de uma suposta contradição com o sentido literal da declaração negocial, uma vez que no âmbito da circularidade hermenêutica o sentido do texto contratual é provisório.

(60) Em termos de estruturação, o postulado das circunstâncias do caso se aproxima do dever de razoabilidade, especialmente quando este exige a relação das normas gerais com a individualidade do caso concreto (desvelando a perspectiva que a norma deve ser aplicada e em quais hipóteses o caso deixa de se enquadrar no elemento normativo, devido as suas especificidades) ou a vinculação da norma com a realidade a que faz referência (exigindo um suporte empírico adequado ao enquadramento legal e demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim a que ela pretende atingir).

(61) As circunstâncias do caso apresentam-se tanto como enunciado normativo (constando expressamente na declaração negocial), quanto como situação de fato (que mesmo sem constar na declaração delineiam e fundamentam a relação contratual), mas, embora determinem o significado das obrigações, possuem um conteúdo incompleto que deve ser preenchido por determinados elementos fáticos e normativos.

(62) Na dimensão linguística do contrato, a quantificação do contexto proporciona a concordância objetiva e intertextual das disposições contratuais, concedendo prevalência hermenêutica ao sentido consoante ao comportamento das partes, ao conjunto das declarações por elas emitidas e à ordenação externa derivada das

leis. As palavras utilizadas na declaração negocial estão sempre relacionadas com as circunstâncias fáticas (variando conforme as circunstâncias em que são formuladas) e normativas (sendo dependentes das normas estatais de natureza conceitual). Além disso, aquilo que se compreende sempre vem acompanhado de motivações, uma vez que os enunciados linguísticos jamais têm seu pleno conteúdo de sentido formado a partir de si mesmos, necessitando sempre da quantificação de uma dimensão relacional e intertextual.

(63) Não sendo possível construir um catálogo exaustivo de todos os elementos fáticos que sejam hermeneuticamente relevantes, podem ser destacados alguns fatores que atribuem significado às circunstâncias do caso: (1) espécie e qualidade do objeto; (2) lugar; (3) tempo; (4) qualidade das partes; (5) relação pessoal dos contratantes; (6) relação prévia dos contratantes; (7) usos e costumes; (8) classes sociais e comerciais; (9) práticas comerciais; (10) modo de comportamento; (11) circunstâncias reciprocamente reconhecíveis; (12) comportamento total das partes; (13) conjunto de declarações e/ou cláusulas entendidas como elementos de um todo; (14) finalidade e/ou intuito prático visado com a contratação; (15) natureza e/ou matéria do negócio jurídico; (16) natureza do tipo legal de negócio jurídico; (17) modalidade de execução do contrato; (18) modo de formação do contrato. Ademais, existem cinco elementos fáticos expressamente nominados no CC/02 que desempenham a mesma função: (1) usos cumulados com a boa-fé objetiva (art. 113); (2) finalidade econômico-social (arts. 187 e 421); (3) bons costumes (art. 187); (4) motivos determinantes (art. 166, III); (5) comum intenção (art. 112).

(64) Há uma relação bilateral e dialética entre contrato e ordenamento jurídico, pois o pacto se insere na cadeia de regulação do Direito. Se é verdadeiro que o contrato

deve respeitar as diretrizes normativas estatais, não é menos verdadeiro que os atos negociais tocam (e testam) constantemente os limites fixados pelo sistema jurídico (algumas vezes redefinindo tais perímetros). O contrato integra o sistema jurídico não apenas porque dele recolhe pressupostos de validade, mas também porque o desenvolve na concretização dos vetores constitucionais da autodeterminação da pessoa e do espaço de liberdade de atuação econômica do indivíduo.

(65) O contrato se integra como um dos elementos de normação da ordem jurídica. A pactuação não se processa em um espaço vazio de normatividade, mas em um universo institucional que predispõe forma e conteúdo da ação comunicativa dos contraentes, dotando o contrato de um sentido a ser intersubjetivamente reconhecido. O sistema jurídico não se posiciona fora ou “depois” do contrato, já que este se situa no complexo normativo que é o Direito, e em nenhum momento se desliga de seu sistema fundador. Nesses termos, a ordem jurídica estatal interfere no conteúdo de significação do pacto, não havendo razão ontológica para que a atividade hermenêutica contratual ignore esta dimensão.

(66) Menos do que um radical dualismo, contrato e ordenamento constituem-se em duas esferas de regulação que se comunicam e interpenetram continuamente. A interpretação contratual depende de um caminhar pelo percurso que se projeta a partir da pactuação, do texto da declaração negocial até a Constituição, alcançando a totalidade significativa do ordenamento jurídico de forma sempre centrada no ato de autonomia e nas suas condicionantes. Contudo, é de todo evidente que nesta atividade não há uma interpretação direta do ordenamento, mas apenas do ato negocial em relação ao sistema jurídico.

(67) Da complexa relação contrato-ordenamento se sobressaem quatro aspectos relevantes para a hermenêutica contratual: (1) o ordenamento é elemento estruturante interno do contrato, agindo diretamente sobre seu conteúdo e significado hermenêutico, e não apenas como elemento externo (limite); (2) o ordenamento positivo não interessa à interpretação contratual apenas no caso de lacunas a serem supridas com a utilização de normas supletivas, mas sempre; (3) o sistema normativo (e principalmente seus vetores axiológicos) sempre se faz presente na circularidade hermenêutica e na pré-compreensão do intérprete; (4) o ordenamento determina premissas a serem observadas na atividade hermenêutica.

(68) A doutrina endossa uma tríplice caracterização do dever da proporcionalidade, que atua nos seguintes exames: (1) adequação da relação meio e fim; (2) necessidade do meio escolhido; (3) proporcionalidade entre o ônus imposto e o benefício trazido.

(69) Como os motivos (circunstâncias), os meios (tipicidade contratual) e os fins (adimplemento) são fatores invariavelmente presentes nos atos que culminam na formalização do contrato, a proporcionalidade atua como critério de adequação do sentido entre estes elementos. O postulado ministra parâmetros para que o sujeito cognoscente formule juízos acerca das intervenções existentes na bilateralidade da relação contrato-ordenamento, coordenando a forma como a regulamentação privada se relaciona com o sistema e com os efeitos jurídicos emanados deste amálgama entre autonomia e heteronomia.

(70) O postulado da proporcionalidade indica que a relação contratual pode ser eficiente, atingindo econômica e juridicamente o seu objetivo específico, mas pode não ser proporcional quanto aos fins colimados pelo sistema jurídico ou em razão da posição

ocupada por um dos contratantes. Assim, a utilização do postulado permite que a hermenêutica contratual transcenda à análise formalista do tráfego jurídico (dimensão econômica), auxiliando na manutenção do equilíbrio do deslocamento patrimonial, sem deixar de considerar a relevância do ato de autonomia.

(71) Não é dado ao intérprete impor os seus valores a pretexto de avaliar a proporcionalidade de um contrato. Mesmo à luz de uma Constituição que mostra vocação dirigente, o controle de proporcionalidade deve respeitar a margem de liberdade relativa ao poder de conformação dos indivíduos. Visando coibir excessos, a proporcionalidade controla o uso da liberdade de que gozam os particulares para conformarem suas relações, embora não substitua o contratante pelo intérprete.

(72) A dialeticidade hermenêutica entre contrato e ordenamento encontra lastro nas características do pensamento sistemático, as quais criam pontes permissivas do diálogo entre os níveis de heteronomia e autonomia. Não obstante a necessária utilização do pensamento tópico pelo método concretista, o pensamento sistemático se mostra imprescindível para a compreensão da complexidade normativa presente na situação objetiva que forma o contrato, inclusive no que respeita ao combate de antinomias das disposições internas do contrato e destas com as normas estatais.

(73) Com o reconhecimento da unidade hermenêutica entre sistema e contrato se alcança a real condição deste como instrumento normativo. No plano prático, a noção de unidade se relaciona com a dinâmica parte-todo-parte presente na circularidade hermenêutica, indicando a complexa inter-relação que os textos normativos guardam uns com os outros. Este aspecto redundante na chamada inseparabilidade da normatividade das disposições jurídicas, a qual indica que a disposição contratual somente se esclarece na totalidade do sistema, permanecendo obscura e ininteligível quando analisada à parte

dos demais elementos normativos que compõem a situação objetiva complexa, por mais claro que seja o seu enunciado.

(74) É a partir da noção de hierarquia interna que a doutrina majoritária entende que a influência do sistema jurídico no campo da hermenêutica contratual se limita à imposição de limites. Contudo, a correção desta premissa não invalida a pretensão de que a relação entre os planos da heteronomia e da autonomia evolua para uma forma verdadeiramente dialógica.

(75) A característica da ordenação indica tanto que o contrato está ordenado com/ pelas diretrizes legais, quanto o fato de que as normas da declaração negocial se encontram dispostas escalonadamente, com a prevalência teleológica de algumas sobre outras.

(76) É a abertura do sistema jurídico que permite o alcance do amálgama normativo entre contrato e ordenamento no entrecruzar da autonomia com a heteronomia. O contrato é complementado hermeneuticamente pelos vetores materiais e axiológicos presentes no ordenamento, mas também resta por completar esse mesmo ordenamento, na medida em que desenvolve e concretiza os vetores constitucionais da autodeterminação da pessoa e do espaço de liberdade de atuação econômica do indivíduo, como antes salientado.

(77) A atividade hermenêutica contratual contempla uma dimensão relativa à ordenação axiológica ou teleológica dos elementos normativos interpretados, pois, como toda norma possui natureza valorativa, ao realizar uma hierarquização das disposições contratuais o intérprete está, mesmo que por via reflexa, fazendo uma afirmação sobre o conteúdo axiológico desse sistema.

Cabe, ainda, delinear que esta reflexão científica almejou meramente contribuir, de um ponto de vista situado, com o pensamento jurídico que se debruça sobre o fenômeno da interpretação do contrato. Dada a complexidade da matéria, não se pretendeu construir uma teoria completa sobre a hermenêutica contratual, mas suscitar questões que ainda carecem de aprofundamento teórico. Contudo, por meio da inserção dos matizes da hermenêutica filosófica na base dogmática do Direito Privado, foi possível alcançar a dimensão eminentemente ontológica do compreender e, a partir desta, fixar algumas premissas e pressupostos condicionantes que restam por conformar a atividade do intérprete contratual. Neste aspecto, destaca-se a formulação de um juízo crítico acerca da reflexão metodológica e a imprescindibilidade do raciocinar por concreção para o efetivo alcance hermenêutico dos elementos fáticos e normativos que constituem a declaração negocial, o contrato e a relação contratual, em uma complexidade fenomenológica que jamais deve ser desconsiderada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Custódio de; FLICHINGER, Hans-Georg; RHODEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
- ALPA, Guido; FONSI, G.; RESTA, G. *L'Interpretazione del Contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Milano: Dott. A. Giuffré, 1983, 768 p.
- ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- AMARAL, Francisco. A Liberdade de Iniciativa Econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, n. 37, 1999.
- _____. *Direito Civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 672 p.
- ANDRADE, Christiano José de. A Contribuição de Gadamer para a Hermenêutica Jurídica. In: *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, v. 2, n. 16, p. 23-28, mar. 1998.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.
- ARAÚJO, André Gustavo de Melo. *A Atualidade do Acontecer: contribuição à leitura do projeto dialógico de mediação histórica na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo: Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, nov. 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Giurisprudenza Costituzionale e Teoria Dell'Interpretazione*. In: *Problemi Giuridici*. t. I, Milano: Giuffré. 1959.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 215, p. 151-179, jan/mar 1999.
- _____. Aulas ministradas na cadeira *Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais (DIRP145)*, proferida em 2007/I, no PPGDir/UFRGS, 2007.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, 174 p.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese para o Concurso de Professor Titular de

Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 1986.

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. *Diritto Metodo Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, 614 p.

_____. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *L'Ermeneutica come Metodica Generale delle Scienze dello Spirito*. Roma: Città Nuova, 1990.

_____. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2 ed., v. 1, Milano: Giuffré, 1990a.

_____. *Teoria Generale della Interpretazione*. 2 ed., v. 2, Milano: Giuffré, 1990b.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. 1, Campinas: LZN, 2003a.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. 2, Campinas: LZN, 2003b.

BIAGIONI, João. *A Ontologia Hermenêutica de H. G. Gadamer: reflexões e perspectivas sobre a 3ª parte de "Verdade e Método"*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

BISINGHINI, Alessandra; D'ALESSANDRO, Luigi. *L'Interpretazione del Contratto nella Scuola Sistemática*. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), p. 53-124, 2000, 641 p.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans Georg-Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BRITO, Evandro Oliveira de. *Consciência Histórica e Hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey*. In: *Revista Trans/Form/Ação*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, n. 28(2), p. 149-160, 2005.

CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2006, 303 p.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, 304 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privada na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4 ed. 2000.

COSTA LIMA, Luiz. Hermenêutica e Abordagem Literária. In: COSTA LIMA, Luiz. (org.) *Teoria da Literatura em suas Fontes*. v. 1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

D'ALESSANDRO, Carlo. Violazione delle Norme di Interpretazione del Contratto e Ricorso per Cassazione. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), p. 143-159, 2000, 641 p.

DANZ, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, 396 p.

DE CERTEAU, Michel. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Limites da Herança Heideggeriana: a práxis na hermenêutica de Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 509-520, jul./dez. 2000.

DWORKIN, Ronald. De que Maneira o Direito se Assemelha à Literatura. In: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Juridica Actuales*. Pamplona: Navarra, 1968.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: parte general*. tomo I, v. 2, Barcelona: Bosch, 1954.

ESSER, Josef. *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individualizazione de Diritto*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A Noção de Norma Jurídica na Obra de Miguel Reale. In: *Textos Clássicos de Filosofia do Direito*: publicação em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-161, 1981.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127-150, 2003b.

_____. *A Noção de Sinalagma nas Relações Contratuais e Paracontratuais*: uma análise à luz da teoria da causa. Tese apresentada na Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, jun. 2001a.

_____. Luis Renato. Aulas ministradas na cadeira *Interpretação dos Contratos* (DIRP136), proferida em 2006/I, no PPGDir/UFRGS, 2006.

_____. Aulas ministradas na cadeira *Tópicos Avançados de Direito Civil Constitucional II*, proferida em 2008/I, no PPG/PUCRS. 2008.

_____. *Revisão dos Contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001b, 165 p.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contrato: conceito, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Interpretação dos Negócios Empresariais. In: FERNANDES, Wanderley. *Contratos Empresariais*: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, p. 77-155, 2007.

FRANZESE, Lucio. *Il Contratto oltre Privato e Pubblico*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1998.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A Melhor Interpretação Constitucional “Versus” a Única Resposta Correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Hermenêutica Jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. In: *Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*. n. 40, p. 39-52, 1987.

GACKI, Sérgio Ricardo Silva. Perspectivas do Diálogo em Gadamer: a Questão do método. In: *Cadernos Instituto Humanitas Unisinos*, n. 16, p. 2-28, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *A Razão na Época da Ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *La Dialéctica de Hegel: cinco ensayos hermenéuticos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1994.

_____. *El Giro Hermenéutico*. Madrid: Rogar, 1998a.

_____. *El Problema de la Conciencia Histórica*. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, 116 p.

_____. Emílio Betti e a Herança Idealista. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 1, São Paulo: Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo, 1996.

_____. *Ermeneutica e Metodica Universale*. Torino: Marietti, 1973.

_____. *Gadamer In Conversation*. New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, 1998c.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 1: Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007a.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 2: a virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007b.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva v. 3: hermenêutica e a filosofia prática*. v. 3. Petrópolis: Vozes, 2007c.

_____. Poema y Dialogo: reflexiones em torno a uma selección de textos de Ernst Meister. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 142-155, 1993a.

_____. Sentido y Ocultación de Sentido em Paul Celan. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 118-129, 1993b.

_____. Teoria, Técnica e Prática: a tarefa de uma nova antropologia. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, P. (org.). *Nova Antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural*. v. 1 (antropologia biológica), São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1-19, 1977a.

_____. Considerações Finais. In: GADAMER, Hans-Georg; VOGLER, P. (org.). *Nova Antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural*. v. 7 (antropologia filosófica), São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 276-289, 1977b.

_____. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1, 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 2, 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. Yo y Tu, la Misma Alma. In: GADAMER, Hans-Georg. *Poema y Dialogo: ensayos sobre los poemas alemanes más significativos del siglo XX*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 57-61, 1993c.

GAMBINO, Francesco. L'Interpretazione del Contratto in Emilio Betti. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), p. 233-248, 2000, 641 p.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORLA, Gino. *El Contrato: exposición general*. t. 1, Barcelona: Bosch Cada Editorial, 1959.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins os Modern Contract Doctrine*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991.

GRASSETTI, Cesare. *L'Interpretazione del Negozio Giuridico: con particolare riguardo ao contratti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1983, 273 p.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Prefácio. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, p. 17-18, 2006.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

_____. *The Philosophy of Gadamer*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003.

GROSSI, Paolo. *Scienza Giuridica Italiana: un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffré, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. Sobre “Verdade e Método” de Gadamer. In: HABERMAS, Jurgen. *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: LP&M, 1987.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, p. 31-38, 2006.

_____. Aulas ministradas na cadeira *Teoria da Argumentação Jurídica e a Questão da Fundamentação Jurídica (DIRP118)*, proferida em 2007/I, no PPGDir/UFRGS, 2007a.

_____. Aulas ministradas na cadeira *Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (DIRP146)*, proferida em 2007/II, no PPGDir/UFRGS, 2007b.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. O Parágrafo 3º do Artigo 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 91, p. 9-57, 2003.

IBBETT, John. Gadamer: application and history of ideas. In: *History of Political Thought*, v. VIII. n. 3, Winter, 1987.

IRTI, Natalino. *Lecture Bettiane Sul Negozio Giuridico*. Milano: Giuffré, 1991.

_____. Principi e Problemi di Interpretazione contrattuale. In: IRTI, Natalino (org.). *L'Interpretazione del Contratto nella Dottrina Italiana*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), p. 609-641, 2000, 641 p.

_____. *Testo e Contesto*. Padova: CEDAM, 1996.

LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Editora 34, [s.d.].

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 145, jan./mar., p. 101-112, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.

LINGE, David. E. Introduction to Gadamer's Philosophical Hermeneutics. In: GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical Hermeneutics*. Berkeley: University of California Press, 1977.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Direito do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico: panorama geral e a atuação do princípio da conservação*. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 544 p.

_____. Aulas ministradas na cadeira *Fundamentos Culturais do Direito Privado* (DIRP100), proferida em 2008/I, no PPGDir/UFRGS, 2008.

_____. O Direito Privado como um 'Sistema em Construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

_____. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: *Estudos de Direito do Consumidor: separata n. 7*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005a.

_____. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscita pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v. 4. São Paulo: Método, 2005b.

_____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

_____. *O Pacto no "Sertão" Roseano: os pactos, os contratos, o julgamento e a lei*. 2007, no prelo.

_____. O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999.

_____. Prefácio. In: CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, p. 31-38, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Globo, 1925.

MEGALE, Maria Helena Damaceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, p. 145-169, jan./jun. 2005.

MEIRELES, Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento. A Atualidade da Hermenêutica de Emilio Betti. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 11, jan./dez. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica da Criação e dos Esquecimentos: o Holzwege do mandado de injunção. In: *Revista Forense*, v. 390, p. 177-211, mar./abr. 2007.

MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*. t. I, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

MÖLLER, Josué Emilio. A Aplicação da Hermenêutica Filosófica Contribuindo para a Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v.30, n. 63, p. 69-98, jan. 2006.

MORATALLA, Domingos Agustín. Historia y Filosofía em H. G. Gadamer. In: GADAMER, Hans-Georg. *El Problema de la Conciencia Histórica*. 2 ed. Madrid: Editorial Tecnos, p. 9-37, 2003.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Lisboa: Europa-América, 1982.

_____. Da Necessidade de um Pensamento Complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). *Para Navegar no Século XXI*. Porto Alegre: Sulina e Edipucrs. 2000. Disponível em: <<http://geccom.incubadora.fapesp.br/portal/tarefas/projetos-em-multimeios-i-e-ii-pucsp/textos-uteis/pensamentocomplexo.pdf>> Acesso em: 28.01.2008.

_____. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

_____. O Pensamento Complexo, Um Pensamento que Pensa. In MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, p. 197-213, 2000.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Hans-George Gadamer e o Pensamento de São Tomás de Aquino. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 7, p. 151-155, 1999.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Facto, Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*: ensaio de uma resposta crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Civil. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 177-197, 2006.

ORAA, José Maria Aguirre. Pensar con Gadamer y Habermas. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 489-507, jul./dez. 2000.

OST, François. *Contar a Lei*: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997.

PASQUALINI, Alexandre Correa da Câmara. *Hans Georg Gadamer*. Texto oriundo de seminário ministrado no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2005.

_____. *O Papel Sistemático Transformador da Hermenêutica Jurídica Especialmente no Direito Público*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999. 215 p.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, 442 p.

PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio Normativo e Principio di Proporzionalità nei Contratti. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, PADMA, v. 12, p. 131-151, out./dez. 2002.

_____. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSOA, Leonel Cesarino. *A Teoria da Interpretação Jurídica de Emílio Betti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, 119 p.

_____. A Teoria da Interpretação Jurídica de Emilio Betti: dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, p. 51-78, 2001.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 3, Rio de Janeiro: Borsó, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. 38, Rio de Janeiro: Borsó, 1962.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. 56, Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, 788 p.

RAMOS, Ana López. H. G. Gadamer. In: *Revista Eletrônica A Parte Rei*. n. 22. Disponível em: <<http://www.aparterei.com>> Acesso em: 25.09.2007.

RAVA, Ben-Hur. A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica. In: *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 101, p. 23-43, mar. 2006.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, v. 6, São Paulo: Paulus, [s.d.].

REALE, Miguel. *A Filosofia em Machado de Assis*. In: O Estado de São Paulo: São Paulo, 7.dez.1980. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/media/prosa44a.pdf>>. Acesso em: 18.05.2008.

_____. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 1-16, 1981a.

_____. Características do Contrato de Concessão Comercial. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, p. 183-189, 1997a.

_____. Diretrizes de Hermenêutica Contratual. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, p. 1-6, 1997b.

_____. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.

_____. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, 1986.

_____. Processo Legislativo e Normas de Interpretação Autêntica. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 57-65, 1981b.

_____. *Teoria e Prática do Direito: concubinato e sociedade concubinária*. São Paulo: Saraiva, 1984.

RECASÉNS SICHES, Luis. *La Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 5. ed. México: Porrúa, 1979.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A Constitucionalização do Direito Civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, p. 729-755, 1998.

_____. *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O Ideal da Europa: Gadamer e a hermenêutica da alteridade. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 319-332, jul./dez. 2000.

ROHDEN, Luiz. “Ser que pode ser compreendido é linguagem”: a ontologia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 543-557, jul./dez. 2000.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTA MARIA, Jorge Lopez. *Interpretación y Calificación de los Contratos frente al Recurso de Casación en el Fondo en Materia Civil*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966, 133 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Galdino; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCALFI, Gianguido. *La Qualificazione dei Contratti Nell'Interpretazione*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1962.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1992.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero. Razão e Memória em H. G. Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 333-344, jul./dez. 2000a.

SILVA, Rui Sampaio. Gadamer e a Herança Heideggeriana. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 521-541, jul./dez. 2000b.

SILVA, Sergio André R. G. da. A Hermenêutica Jurídica sob o Influxo da Hermenêutica Filosófica de Hans Georg Gadamer. In: *Revista Tributária de Finanças Públicas*, n. 64, p. 276-295, set./out. 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VILA-CHÃ, João J. Hans-Georg Gadamer. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, v. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, p. 299-318, jul./dez. 2000.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e Interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 1999, 480 p.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di Interpretazione*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, 269 p.

ZANCHIM, Kleber Luis; ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Interpretação Contratual: o problema do processo. In: FERNANDES, Wanderley. *Contratos Empresariais*: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, p. 159-202, 2007.

ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e Pensamento Sistemático: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-144, 2002.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 348 p.