



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Fabrcio Renê Cardoso de Pádua

**O PÓSMODERNO PROBLEMA METODONOMOLÓGICO DA
INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre) na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas, sob a orientação da Professora Doutora
Ana Margarida Simões Gaudêncio e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Dezembro de 2018



Fabício Renê Cardoso de Pádua

O Pósmoderno Problema Metodonomológico da
Interpretação dos Contratos

*The Postmodern Methodonomological Problem of Contract
Interpretation*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas, sob a orientação da Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Coimbra, 2018

Agradecimentos:

A gratidão é imensa, o espaço é curto e as omissões são inevitáveis.

Agradeço primeiro à Senhora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio não só pela generosidade em ter me aceitado com seu orientado, mas, sobretudo, pelas exímias orientações com que, de modo refulgente, me presenteou.

Agradeço ao Ministério Público de Minas Gerais, o que faço na pessoa do Senhor Doutor Rômulo de Aguiar Generoso, que permitiu com que eu me afastasse por um tempo de minhas funções para concluir este projeto.

Agradeço aos Senhores Doutores José Manuel Aroso Linhares, Rui Manuel de Figueiredo Marcos e António Alberto Vieira Cura, pelos inúmeros ensinamentos com que me brindaram durante o curso de mestrado.

Agradeço à Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo - USP e à Faculdade de Direito de Franca da Universidade Estadual Paulista – UNESP por tão bem me receberem na qualidade de pesquisador visitante.

Agradeço ao Senhor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRUSP, não só pelos incontáveis esclarecimentos, mas também, por gentilmente viabilizar a publicação de algumas das pesquisas que realizei entre os anos de 2016 e 2017 no curso de mestrado.

Agradeço, por fim, ao meu pai Christino, à minha mãe Regina, à minha vó Nega, à minha tia Lú, à minha prima Annaida e a todos aqueles que, mesmo ausentes, sempre se fizeram presentes.

Resumo:

Estuda o problema da interpretação jurídica dos contratos à luz da teoria Jurisprudencialista da escola de Coimbra. Verifica que o problema da interpretação dos contratos não é um problema que possa resolvido através da lógica da linguagem, com a indicação dos significados dos termos que compõem um texto e, tampouco, por intermédio da hermenêutica determinação dos sentidos que aqueles termos possam assumir. Conclui que o problema da interpretação dos contratos deve ser resolvido prático-normativamente pela constituição judicativo-decisória do direito.

Palavras-chave: Interpretação dos contratos, Metodonomologia, Jurisprudencialismo.

Abstract:

It studies the problem of the juridical interpretation of contracts in the light of Jurisprudentialist theory of the school of Coimbra. It finds that the problem of contract interpretation is not a problem that is solved through the logic of language, with the indication of the meanings of the terms that make up the text, or through the hermeneutical determination of the sense that those terms can take on. It concludes that the problem of the interpretation of contracts must be solved practical-normatively by the judicial-decision-making constitution of the law.

Keywords: Interpretation of contracts; Methodology; Jurisprudentialism.

Índice

Agradecimentos:	2
Resumo:	3
Abstract:	4
Índice	5
INTRODUÇÃO	8
1. A crise do pensamento jurídico-metodológico no contexto da pósmodernidade.	8
2. As crises dos contratos.....	10
3. Proposta e plano de trabalho	12
CAPÍTULO I – A PERSPECTIVA TEÓRICA ADOTADA.....	14
1. A convocação da metodonomologia.....	14
2. O Jurisprudencialismo da escola de Coimbra como guia	16
3. A reestruturação do pensamento jurídico proposta pelo Jurisprudencialismo	20
3.1. Da recompreensão antropológica do homem como sujeito-pessoa	21
3.2. Da recompreensão da práxis jurídica e da razão prática	21
3.3. O homem-pessoa e sua abertura axiológica como fundamento do direito.....	21
4. As perguntas fundamentais que o problema do direito convoca: “ <i>porquê?</i> ”, “ <i>o quê?</i> ” e “ <i>para quê?</i> ”	22
4.1. <i>Porquê</i> o direito?.....	23
4.1.1. A condição mundano-social	24
4.1.2. Da condição antropológico-existencial	26
4.1.3. Da condição ética	27
4.2. <i>O quê</i> o direito?.....	28
4.3. <i>Para quê</i> o direito?	29
CAPÍTULO II – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS: PROBLEMA ANALÍTICO-LINGUÍSTICO OU PROBLEMA NORMATIVO?	31
1. A interpretação jurídica como interpretação da linguagem	31
2. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do Direito nos positivismos	35
3. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do direito no positivismo legalista	36
3.1. O contrato e sua interpretação no positivismo legalista.....	39
4. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do direito no positivismo de Hans Kelsen:	41
4.1. O contrato e sua interpretação no positivismo de Hans Kelsen	44

5. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do Direito no <i>soft positivism</i> de Hebert Hart:	46
5.1. O contrato e sua interpretação jurídica no <i>soft positivism</i> de Hart.....	49
6. A experiência positivista e a inviabilidade da análise lógica da linguagem como método jurídico-interpretativo	52
CAPÍTULO III – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS: PROBLEMA HERMENÊUTICO OU PROBLEMA NORMATIVO?	60
1. A interpretação jurídica como a hermenêutica indicação de sentidos jurídicos	60
2. A hermenêutica jurídica de Emílio Betti	62
2.1. A interpretação dos contratos através da hermenêutica de Emílio Betti.....	67
2.2. A insuficiência da hermenêutica para a resolução do problema da interpretação em Emílio Betti	69
3. A interpretação dos contratos como um problema normativo e não apenas hermenêutico	70
CAPÍTULO IV – COROLÁRIOS DA ASSUNÇÃO DO DIREITO COMO A DEVENIENTE E PRÁTICO-NORMATIVA CONSTITUIÇÃO DE NORMAS	74
1. Da obsolescência da tese <i>in claris non fit interpretatio</i>	74
1.1. Primeiras considerações para a superação da tese <i>in claris non fit interpretatio</i>	76
1.2 A imprescindibilidade da interpretação para a prática-normativa realização do direito e a definitiva superação da tese <i>in claris non fit interpretatio</i>	77
2. Da inexistência de distinções entre a interpretação da lei e a interpretação dos contratos	78
3. O problema da integração das lacunas contratuais	80
CAPÍTULO V – ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO JURÍDICA EPISTEMOLOGICAMENTE AUTÔNOMA DOS CONTRATOS CIVIS A PARTIR DE UMA DIALÓGICA RELAÇÃO ENTRE <i>SUUM</i> E <i>COMMUNE</i>	83
1. O direito como resultado de uma intersubjetiva relação de bilateralidade atributiva. 83	
2. Dimensão do <i>suum</i> : o direito como manifestação da liberdade e da igualdade:	85
2.1 A dimensão do <i>suum</i> : o contrato enquanto manifestação da liberdade e da igualdade	85
2.2 À procura de um conceito jurídico de dignidade humana.....	88
2.3 A dignidade humana como fundamento e expressão da igualdade em Jeremy Waldron.....	91
2.4 O sentido jurídico de dignidade humana: a dignidade como um <i>status concept</i>	96
3. Dimensão do <i>commune</i> : o direito como responsabilidade	97
3.1 Dimensão do <i>commune</i> : o dever de solidariedade no âmbito dos contratos.....	99
3.2 Dimensão do <i>commune</i> : o dever de corresponsabilidade pela preservação da comunidade e a boa-fé	102
3.2.1 O dicotômico tratamento da boa-fé: boa-fé em subjetiva x boa-fé objetiva	102

3.2.2 Da inocuidade da distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva na esfera da metodológica realização do direito.....	105
3.2.3 Deveres anexos à boa-fé.....	105
3.2.4 Figuras parcelares da boa-fé.....	108
3.3 Limites à responsabilidade comunitária.....	109
4. O direito enquanto intenção última fundamental continuamente construída através da dialética <i>suum/commune</i>	110
CAPÍTULO VI – O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO.....	113
1. A fenomenológico-normativa constituição do direito enquanto norma vigente.....	113
2. O contrato como fonte do direito.....	116
CAPÍTULO VII – A METODONOMOLÓGICA REALIZAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA DIALÉTICA ENTRE SISTEMA NORMATIVO E PROBLEMA CONCRETO POR INTERMÉDIO DE UMA RACIONALIDADE DE MATRIZ ANALÓGICO.....	120
1. Nótulas sobre o sistema normativo.....	120
2. O problema concreto como <i>prius</i> metodológico da judicativa realização do direito	125
3. Da índole analógica da racionalidade a ser convocada para a metodonomológica realização do direito.....	127
CONCLUSÃO.....	133
BIBLIOGRAFIA.....	138

INTRODUÇÃO

« O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A História não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas (...)A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade»

Herbert de Souza (Betinho).

1. A crise do pensamento jurídico-metodológico no contexto da pósmodernidade.

Apostemada pelo assombro da Segunda Guerra Mundial e absorta pelo mal-estar¹ de quem perdera o controle do trem da história – se é que algum dia o tivera – a humanidade, que perplexa assistiu Auschwitz e toda a barbárie levada a efeito sob os auspícios de se estar cumprindo o que era determinado pelo direito², agora, incrédula, inerme, impotente e langorosa pela desesperança, contempla, através da janela de um vagão desgovernado, o vertiginoso esfacelamento do seu projeto de modernidade³.

Por entre os escombros do moderno⁴, exauridos, os metadiscursos filosófico-metafísicos, em suas pretensões atemporais e totalizantes da história⁵, são solapados pelas

¹ BAUMAN, *Posmodernity and its Discontents*, Cambridge: Polity Press, 1997, citado na tradução brasileira: O mal-estar na pós-modernidade, trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama, Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

² Vale a lembrar, v.g., das Leis de Nuremberg, anunciadas em 1935 no Comício Anual do Partido Nazista e que estabeleciam a incapacidade civil dos judeus para celebrarem contratos, de ter relações carnais com pessoas da raça ariana e de praticarem outras condutas qualificadas como ultrajantes à raça [*Rassenchande*].

³De acordo com GIDDENS, aquilo a que se chama de Modernidade traduz uma homogeneidade conceitual de modo a refletir um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em suas influências”. GIDDENS, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity Press, 1990, citado na tradução brasileira: As conseqüências da modernidade, trad. Raul Fiker, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 10. Por outro lado, não é tão fácil conceituar o que seja o período Pós-Moderno, pois como ensina TARNAS: “para sermos corretos, não existe nenhuma “visão de mundo pós-moderna”, nem a possibilidade de existir uma. Por sua natureza, o paradigma pós-moderno é fundamentalmente subversivo em relação a todos os paradigmas, pois em sua essência está a consciência de que a realidade é ao mesmo tempo múltipla, local e temporal, desprovida de qualquer fundamento demonstrável”. TARNAS, Richard, *The Passion of the Western Mind - Understanding the Ideas that Have Shaped Our World View*, New York: Ballantine Books, 1991, citado na tradução brasileira: A epopéia do pensamento ocidental - para compreender nossa visão de mundo, 2. ed., trad. Beatriz Sidou, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 429.

⁴ O sociólogo WRIGHT MILLS faz uso do termo para indicar a falência dos ideais liberais e socialistas e diz que: “Estamos no final da chamada Idade Moderna. Assim como a Antigüidade foi seguida por vários séculos de ascendência oriental, que os ocidentais chamam provincianamente de Idade das Trevas, assim também a Idade Moderna está sendo seguida agora por um período pós-moderno”. MILLS, C. Wright, *The Sociological Imagination*, New York, 1959, pp. 165-167, *apud* ANDERSON, Perry, *The Origins of Postmodernity*, London: Verso, 1998, citado na tradução brasileira: As origens da pós-modernidade, Trad. Macus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 22.

voláteis aspirações de uma sociedade multifária, inquieta e disforme, que em profunda crise⁶ é tomada por um avassalante estado de desassossego.

Neste período da história da humanidade, que propriamente se inicia em meados do Século XX e que, trôpego, claudica até os tempos hodiernos, neste tempo de transformações abissais e de niilismo paroxístico, chamado de pós-modernidade⁷ – ante a falta de um nome melhor⁸ – muros esboroam para dar lugar a barreiras diáfanas, teorias se esfacelam cedendo espaço à dúvida e onde se havia inscrito – acreditava-se com tinta indelével – um projeto para os humanos, agora sob o véu da desesperança, nem mortícios sinais se vê.

Nesta época de incertezas, o pensamento jurídico ocidental moderno, atônito, assiste ao colapso de sua particular forma de compreender a realidade jurídica e embarca numa profunda crise. De fato, num mundo “(...) globalizado e plural em que a voragem do tempo consome, paradoxalmente, a possibilidade de sedimentação, no tempo, das essenciais valorações agregadoras”⁹ de um sentido único de direito, não era de se esperar que o anacrônico “sistemismo dogmático-conceitual próprio do normativismo

⁵ LYOTARD, Jean-François, *La Condition Postmoderne*, Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, citado na tradução brasileira: *O pós-moderno*, trad. Ricardo Corrêa Barbosa, 3ª ed., Rio de Janeiro: José Olímpio Editora, 1988, p. viii.

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *O direito na pós-modernidade*, Florianópolis: Revista Sequência, n.º 57, pp. 131-152, 2008, p. 141.

⁷ o termo “pós-moderno”, utilizado neste trabalho como forma de identificar a sociedade hodierna surgiu na América hispânica por volta de 1930 tendo sido cunhado pelo poeta FREDERICO ONÍS para descrever na literatura o que PERRY ANDERSON chama de “um refluxo conservador dentro do próprio modernismo”. ANDERSON, Perry, *The Origins...*, p. 10. Somente na década de 50 é que este conceito, embora com outra roupagem, foi empregado na literatura norte-americana e, já na década de 60 transpassa do mundo literário para todas outras formas de expressões artísticas, depois para a sociologia. Ademais, Não há uma concepção uníssona do que realmente seja pós-modernidade, trata-se de um conceito impregnado pela ambigüidade e polissemia, sendo empregado distintamente pelos diversos ramos do conhecimento. Todavia, em qualquer acepção que se tome tal expressão, nela estará contida a idéia de ruptura com os paradigmas da modernidade de sorte que o prefixo “pós” serve para denotar não a mera progressão de uma etapa para outra, mas o rompimento por completo com o ideário moderno. TARNAS, Richard, *The Passion...*, p. 422.

⁸ “para sermos corretos, não existe nenhuma “visão de mundo pós-moderna”, nem a possibilidade de existir uma. Por sua natureza, o paradigma pós-moderno é fundamentalmente subversivo em relação a todos os paradigmas, pois em sua essência está a consciência de que a realidade é ao mesmo tempo múltipla, local e temporal, desprovida de qualquer fundamento demonstrável”. Ibidem, p. 5.

⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: Um Contraponto Entre Jack Balkin e Castanheira Neves*, in: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, Antônio Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, pp. 175-210, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012, p. 175.

moderno”¹⁰, fundado numa prévia delimitação temporal do direito, tivesse outro destino que não a ruína.

No epicentro desta crise, o jurista¹¹, perplexo e órfão de verdade, é instado a repensar um direito possível, humanamente possível, que seja capaz de em tempos de tamanha volatilidade e hesitação, atender aos inexoráveis problemas que a convivência (o estar-com-o-outro) devenientemente suscita¹². Torna-se necessário engenderar um novo caminho racional, que seja capaz de fazer com que o direito chegue à sua epifania de um modo distinto daquele cartesianamente proposto pelas correntes positivistas, que calcadas em normas pressupostas, entendiam que para a revelação da juridicidade, bastava que se aplicasse, logico-dedutivamente, a prescrição normativa descrita em abstrato ao fato da vida ocorrido em concreto¹³.

2. As crises dos contratos

O renitente planger de sinos desperta a pósmodernidade. Esta campânula de bronze inerte, de que nos fala SARAMAGO¹⁴, se chorou pelos milhões que morreram nas duas Guerras Mundiais, no lusco-fusco da madrugada que antecedeu o alvorecer de um novo tempo, também dobrou pela defunção de Deus (NIETZSCHE), da história (FUKUYAMA e PERRY ANDERSON), da consciência (FREUD), do homem (FOUCAULT)¹⁵ e, mesmo depois de tanto tanger, ainda soou pela morte dos contratos (GRANT GILMORE)¹⁶.

¹⁰ NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2013, p. 25.

¹¹ Vide: NEVES, A. Castanheira, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, In: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 09-50, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 27-32.

¹² “(...)o problema do direito hoje — implica já compreender a possibilidade de (...) conferir ao direito uma matriz fundamentante materialmente autónoma, uma base comunitária civilizacional que o leve pressuposto como possibilidade de resposta a um problema necessário, o da convivência humana no mundo — que de imediato implica uma condição ética como pressuposto fundamentante (...)”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 205.

¹³ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 25-26.

¹⁴ SARAMAGO, José, *Da Justiça à Democracia Passando Pelo Sino*, texto do autor lido no encerramento do Fórum Social Mundial ocorrido em Porto Alegre no ano de 2002.

¹⁵ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo” – proposta de Uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito*, In: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, António Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao

Tantos cadáveres foram necessários, para que afinal, depois de anunciar um sem número de mortes, os sinos pudessem tilintar em júbilo, proclamando a ressurreição duma liberdade¹⁷, que agora revigorada, a um só tempo, livra os humanos dos grilhões do moderno – lhes emancipando e lhes reconhecendo como portadores de igual status de dignidade – e os torna responsáveis pela manutenção deste dificultoso projeto que é ser humano livre. Explica-se essa vida na morte, em razão, de nós humanos, talvez termos conosco um pouco de cigarra e que por isso, necessitamos passar um tempo debaixo da terra para poder cantar ao sol em liberdade – como diz na bela canção eternizada por MERCEDES SOSA. E é não menos por conta desta nossa particularidade, que encaramos a morte como uma oportunidade sublime de eternização, afinal, nos sustém a crença versegada por VINÍCIUS DE MORAES que “da morte, apenas / Nascemos, imensamente”.

Nesta esteira, a morte dos contratos, auspiciada por GILMORE, é de fato uma ode em favor da vida dos contratos, um convite para superação dos já desbotados paradigmas da teoria contratual clássica¹⁸ e um clamor não só pela construção de uma nova teoria contratual, mas por uma ampla recompreensão do próprio direito, de modo que lhe reconheçamos um sentido que nos possibilite, através dele, “pensar caminhos *novos* para esses *novos* problemas”¹⁹ que a pósmodernidade nos apresenta.

Não bastasse a anunciada problemática que aflige a teoria dos contratos, o problema se aprofunda e ganha novos contornos, quando percebemos, nos dias que seguem, que há uma outra crise instalada no interior daquela crise primeira. Pois se é verdade que a teoria tradicional dos contratos, radicada no *pacta sunt servanda*, não consegue enxergar para além da vontade das partes e, em nome de uma política radicalmente liberal, faz ouvidos moucos para a incontornável exigência de igualdade – que eflui do reconhecimento da pessoa em sua dignidade – e das responsabilidades para com a comunidade – enquanto único *locus* em que a dignidade aflora –²⁰; não menos

Doutor António Castanheira Neves, pp. 9-79, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012, p. 35. No mesmo sentido: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Cascais: Príncipia, 2017, pp. 13-14.

¹⁶ GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus: The Ohio State University Press, 1974, pp. 2-3.

¹⁷ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 35.

¹⁸ “GRAU, Eros Roberto, *Um Novo Paradigma dos Contratos ?*, in: Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo, n.º 96, pp. 423-433, 2001, p. 426.

¹⁹ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 25.

²⁰ GILMORE, Grant, *The Death...*, p. 8.

verdade é, que hoje, no afã de se assegurar que o exercício da liberdade esteja pautado numa substancial observância da igualdade – da igualdade que o status de pessoa nos franqueia – e das responsabilidades imanentes à condição de quem está fadado (con)viver em comunidade²¹, paradoxalmente, o modo como estas garantias são efetivadas acaba por nos imergir em uma forte crise de confiança²².

Ocorre, que embora se tenha percebido que o texto legal já não era capaz – e nunca o foi! – de plasmar a devenida histórica da realidade jurídica, ao invés de se ableitar do texto e dele ser apartar de uma vez por todas, contraditoriamente, procurou-se nele um meio de normatizar a realidade. O resultado, já o conhecemos! Através da irresponsável mobilização de um caráter pragmático da linguagem, por intermédio da criação desmedida de cláusulas gerais, com a assunção de princípios que efluem como abstrações do próprio direito positivado (princípios como *ratio*²³ na dicção de AROSO LINHARES) e em razão das irrazoáveis invocações da boa-fé e da dignidade humana, criou-se um ambiente de enorme insegurança, onde os julgadores, de modo solipsista, como regurgiteio de suas discricionariedade, prolatam e fazem valer decisões essencialmente contraditórias²⁴.

3. Proposta e plano de trabalho

Noticiadas as crises que aflige o direito e a teoria dos contratos, o que se percebe é que não existem *crises*, mas apenas uma crise que atinge o direito em geral e os contratos em particular, que está radicada no específico modo como leis e contratos foram – e ainda continuam sendo – interpretados. O problema se agrava quando percebemos, também, que atualmente, diferentemente do que outrora acontecia, já não existe uma teoria jurídico-

²¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Estudos...*, pp. 16-24.

²² JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *La nouvelle crise du contrat*, Paris: Dalloz, 2003, pp. 1 e ss.

²³ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2008-2009, pp. 94-95. LINHARES, José Manuel Aroso, *Validade Comunitária e Contextos de Realização – Anotações em Espelho Sobre a Concepção jurisprudencialista do Sistema*, in: Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, v. 1, n. 1, Porto, 2012, p. 33. LINHARES, José Manuel Aroso, *Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?*, in: CORREIA, Alves; MACHADO, Jónatas; LOUREIRO, João (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III, Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo, pp. 395-421, Coimbra: Coimbra editora, 2012, pp. 406-412.

²⁴ JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *La nouvelle*, pp. 1 e ss.

metodológica que goze ampla aceitação²⁵, ao revés, o que se verifica, é a “multiplicidade de *linguagens-discursos* práticos constantemente mobilizados *sobre e para* o direito – sociais, políticos, religiosos, culturais, éticos, filosóficos, morais... Complexidade esta susceptível de se desdobrar em infindáveis questões, a ponto de pôr em causa a própria humanidade do Homem (...)”²⁶.

Nesta esteira, à luz Jurisprudencialismo da escola de Coimbra, convocado neste trabalho desde o exórdio, e assumindo um direito que, em sua autonomia epistemológica, seja capaz de dar uma resposta igualmente autônoma para os problemas da convivência humana, intentaremos demonstrar, a partir da identificação dos problemas metodológicos que rodeiam a interpretação jurídica dos contratos, o caminho que prático-normativamente haverá de ser percorrido para judicativo-decisoriamente se atingir a epifania do direito.

Neste desiderato, estruturamos esta dissertação em sete capítulos, precedidos desta rápida introdução e seguidos de um tópico conclusivo, onde epilogados os resultados auferidos em cada uma das partes, intentamos apresentar uma resposta para o problema que interpelamos.

²⁵ *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Reimpressão da 1ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 9.

²⁶ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, tese de doutoramento, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, p. 12.

CAPÍTULO I – A PERSPECTIVA TEÓRICA ADOTADA

«-Voudriez-vous me dire, s'il vous plaît, par où je dois m'en aller d'ici ? / -Cela dépend beaucoup de l'endroit où tu veux aller. / -Peu importe l'endroit... / -En ce cas, peu importe la route que tu prendras»²⁷

Lewis Carroll.

1. A convocação da metodonomologia

Diversos são os itinerários que podem ser seguidos pelo o jurista que tenciona enfrentar e dar uma resposta para o problema racional da concreta realização judicativo-decisória do direito. Percorrer um destes roteiros teóricos e observar a sua disciplina metódica é condição inarredável para a concreta realização do direito. A palavra *metodologia* [*methodos-logos*] traduz a ideia deste caminho que há de ser percorrido [*odos*] racionalmente [*logos*] para se atingir um objetivo [*meta*] que, por óbvio, irá variar de acordo com a ciência que estiver em causa²⁸.

Como se percebe, a termo *metodologia* é demasiadamente amplo e, mesmo que especificado na expressão *metodologia jurídica*, ainda assim, parece se referir mais propriamente a uma metodologia geral do direito, a abarcar toda a miríade de problemas a ele afetos – como, por exemplo, o da teoria da legislação –, que, não raras vezes, distanciam-se em muito do problema da sua judicativa realização concreta. Em atenção a esta questão e com o intuito de melhor explicitar o real problema que pretendemos arrostar e o objetivo que aspiramos alcançar, passamos a nos valer da palavra *metodonomologia*, neologismada por PINTO BRONZE e que bem identifica o específico ponto que nossas investigações pretendem atingir, uma vez que traz em si a ideia de um caminho [*odos*] racional [*logos*] que permite que se alcance o escopo [*meta*] de se revelar o direito, considerado como validade intencional da sua realização judicativa concreta [*nomos*]²⁹.

²⁷ Tradução livre: “Pode dizer-me, por favor, qual caminho devo seguir para sair daqui? / - Depende muito de para onde você quer ir / - Não importa onde... /- Neste caso, pouco importa o caminho que siga”.

²⁸ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 10.

²⁹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves Considerações Sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 01-29, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 11. BRONZE, Fernando José Pinto, *A Metodonomologia (Para Além da Argumentação)*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 191-231, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 202. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 749-752

Com o objetivo de melhor explicar e mesmo aclarar a opção pela expressão *metodonomologia*, parece-nos indicado estabelecer, ainda que ligeiros traços, no que substancialmente diferem: o *método*, a *metodologia* e a *metodonomologia*.

Enquanto o método tem por finalidade indicar a maneira como devemos proceder para que possamos atingir um determinado objetivo, a metodologia implica numa reflexão sobre os métodos com vistas a encontrar o método mais adequado para solver uma questão³⁰. A metodologia não versa sobre uma solução para o problema concreto, mas cuida de um metaproblema, na medida em que trata de indicar qual o melhor caminho (método) para se resolver um problema. Portanto, a metodologia se afigura como “(...) *a razão intencional de um método* – a racionalidade ou o pensamento de (ou sobre) esse método”³¹. Centra-se, no próprio ato de refletir sobre a realização do direito – no pensamento que pensa a práxis jurídica e crítico-reflexivamente a reconstrói³² – e, nesta medida, ela se apresenta como “(...) o *logos* (a *ratio*) intencional, a racionalidade ou o pensamento do *métodos* pelo qual se cumprirá essa realização”³³.

A metodonomologia, por seu turno, assumida como a específica metodologia do *nomos* – que se traduz, repita-se, pela “normatividade de uma intencional validade e de realização judicativamente decisória”³⁴–, implica na tarefa prática de (re)constituir o direito através de um prático-normativo juízo decisório³⁵. Cuidando assim, não de um direito calcado numa *thesis* e que se afere através de comandos aprioristicamente elaborados e abstratamente impostos – apresentando-se como *direito-prescrição ordenadora* –, mas de um direito enquanto *nomos* – que é *direito-decisão judicativa* – que se desvela a partir das exigências constitutivas da juridicidade que o caso concreto histórico-normativamente convoca³⁶.

³⁰ “(...) «método» e «metodologia» não são entidades da mesma grandeza, pois uma coisa é o caminhar-para, outra coisa o temático pensamento desse caminhar (...)”. NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 12.

³¹ *Ibidem*, pp. 9-10.

³² LINHARES, José Manuel Aroso, *Jurisprudencialismo: Uma Resposta Possível em Tempo(s) de Pluralidade e de Diferença?*, in: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, António Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, pp. 109-174, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012, p. 111.

³³ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 10.

³⁴ BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves...*, p. 11. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 751.

³⁵ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 753.

³⁶ BRONZE, Fernando José Pinto, *A Equação Metodonomológica (As Incógnitas que Articula e o Modo Como se Resolve)*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 311-391, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 316.

Em suma, na dicção e engenhosidade de quem cunhou o termo, a metodonomologia é “a reflexão que desenrola a meada da tarefa institucionalmente cometida ao jurista decidente, cardando os fios que a enredam e desatando os nós que a embaraçam, a fim de destrinçar a linha que a constitui, *i. e.*, o fundamento discursivamente racionalizante do juízo decisório”³⁷.

Feita esta lacônica alusão à metodonomologia – nossos parcos conhecimentos e a pequenez desta investigação não nos franqueiam, neste ponto, incursões mais profundas –, importa indicar que aqui não tomaremos o direito como uma imposição previamente descrita, onde o método é assumido – numa *relação de exterioridade construtiva* – como objeto do *logos* que lhe dá forma e prefixa seu resultado, nem tampouco, o encararemos – a partir de uma *relação de imanência constitutiva* – como resultado de uma hermenêutica identificação de sentidos, no âmago da qual método, razão e prática são indistinguíveis, mas, é a partir de uma relação intencional entre razão e método a importar na *reconstrução crítico-reflexiva* do direito, desvelado metodonomologicamente como constituindo judicativo-decisório, é que enfrentaremos o problema da interpretação dos contratos³⁸.

2. O Jurisprudencialismo da escola de Coimbra como guia

Abre-se, àquele que se põe a refletir sobre o problema suscitado pela interpretação jurídica, uma miríade de roteiros teóricos que, caleidoscopicamente, reverberam soluções cujo conteúdo varia de acordo com a intencionalidade que ilumina o caminho metodológico escolhido. Cumpre então, à priori, antes de nos lançarmos na investigação do problema suscitado pela interpretação jurídica dos contratos, que definamos a perspectiva teórica que será assumida e que nos servirá como bússola a indicar o caminho para a dilucidação da problemática em questão.

Sem tardança, adotamos aqui a concepção jurisprudencialista inaugurada por CASTANHEIRA NEVES e ainda desenvolvida na escola de Coimbra, não só pelo seu fundador, mas também, de modo refulgente por FERNANDO BRONZE, AROSO

³⁷ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 28.

³⁸ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, pp. 10-12.

LINHARES, REIS MARQUES, ANA GAUDÊNCIO e outros iluminados lentes³⁹. Tal perspectiva, pensa o direito como validade⁴⁰, como um problema cuja resposta radica na indicação de um sentido normativo transindividual, isto é, um sentido que vai além de todas as subjetividades e que se determina materialmente “como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea igualmente os membros da relação”⁴¹.

É na pósmodernidade – numa época de incertezas⁴² e de intensa crise do direito e do pensamento jurídico⁴³ –, que o Jurisprudencialismo, se irrompe como uma proposta manifestamente original de compreensão do fenômeno jurídico⁴⁴ e de superação dos já empoeirados paradigmas da modernidade⁴⁵, através da assunção da operosa empreitada de pensar o direito enquanto um projeto humano possível – dentre muitos possíveis – a que se reconhece uma particular acepção normativa e que haverá de ser conclamado para prospectivamente, a partir do caso concreto – que é, senão, o *prius* metodológico de sua realização⁴⁶ – ir se reelaborando concretamente no devir histórico em um continuum⁴⁷.

³⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões; VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *In Neves Footsteps: Bronze, Linhares, and Marques*, in: PATTARO, Enrico, ROVERSI, Corrado (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 12 T. 1, pp. 519-522, Springer, 2012.

⁴⁰ “porque o direito é fundamento/critério de muitos de nossos comportamentos interferentes, na medida em que diz da validade ou invalidade, da licitude ou ilicitude de... muitas das acções por mediação das quais inter-agimos comunitariamente”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 14.

⁴¹ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas de Uma Reflexão Sobre o Problema Universal do Direito – Ou as Condições da Emergência do Direito Como Direito*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 3º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 09-41, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 38-39.

⁴² NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, p. 25.

⁴³ NEVES, António Castanheira, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 9-286, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 27-32.

⁴⁴ LINHARES, José Manuel Aroso, *Jurisprudentialism: Castanheira Neves*, in: PATTARO, Enrico, ROVERSI, Corrado (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 12 T. 1, pp. 516-519, Springer, 2012, p. 516.

⁴⁵ “As civilizações têm também as suas dores, quando sofrem, quando nelas todos sofremos, se não o embate trágico do fim — e de quantos a história nos dá a conhecer! —, seguramente o perigo de um colapso ameaçado e nos convocam, por isso mesmo, a um esforço de superação (superação de sentido, antes de mais) que recuse tanto a abdicação da vontade como o fatalismo niilista. Não pequemos contra a esperança”. NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 10.

⁴⁶ NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, p. 142.

⁴⁷ *Ibidem*. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia do Direito – Guião das Aulas Práticas*, Coimbra: Universidade de Coimbra (policopiado), 2011, p. 78.

Embora o jurisprudencialismo se valha de alguns recursos metodológicos advindos da fenomenologia, ele não surge propriamente como uma corrente fenomenológica⁴⁸, ao revés, já em seu texto inaugural, CASTANHEIRA NEVES faz questão de sublinhar a incapacidade das propostas fenomenológicas em levar a termo um projeto coerente, uma vez que, paradoxalmente, incorrem nos ontologismos e cognitivismos que *ab initio* almejavam combater. O Jurisprudencialismo, por seu turno, não parte de um direito pressuposto em seu sentido⁴⁹, mas toma como *prius* a própria problematidade do caso concreto⁵⁰ com base na qual o direito será microscopicamente refletido e edificado em um sentido particular⁵¹.

Trata-se de um modo de compreensão não-metafísico e não-essencialista do direito – repelindo jusnaturalismo clássico que pressupunha o direito “numa sua necessidade ontológico-antropológica evidente”⁵² –, através do qual, a atividade interpretativa se desenvolve, não a partir de um direito pressuposto, cujo sentido nos é pré-fornecido e que se apresenta como critério de solução para as hipóteses reais que lhes são apresentadas⁵³ – no que se afasta, também, do juspositivismo, sobretudo o oitocentista –, mas num direito, interrogado e problematizado, marcado pela historicidade radical⁵⁴, que é convocado para,

⁴⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, *Direito Como Pensamento em A. Castanheira Neves: o jurisprudencialismo e o Princípio da Historicidade Radical do Direito*, in: ARANTES, Bruno Camilloto (org.), *Hermenêutica Jurídica: Uma Análise Contemporânea da Interpretação e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Clássica, 2008, p. 3.

⁴⁹ “(...) a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas (...) não se confunde (...) mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativos-constitutivos (...) que a convolam da mera aplicação de normas para uma verdadeira criação (constituição) de direito, posto que no quadro vinculante do direito vigente”. NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, p. 17.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 23 e 142.

⁵¹ NEVES, António Castanheira, NEVES, Castanheira, *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra, 1967, pp. 699-870.

⁵² *Ibidem*, p. 12.

⁵³ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 17.

⁵⁴ Vale alertar que “(...) o reconhecimento da historicidade não nos força a aceitar o historicismo – a verdade daquela não se identifica com o erro deste –, ficando aberta a possibilidade para compreendermos também a universalidade do problema do direito (...) e simultaneamente a diversidade histórica das suas soluções (...)”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 13. COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; SILVA, Antonio Sá, *O Fundamento do Direito em A. Castanheira Neves*, in: Revista Paradigma, a. XX, v. 24, n. 2, pp. 2-22, Ribeirão Preto, 2015, pP. 02-08. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 199.

prospectivamente, a partir de um problema⁵⁵, ir se reelaborando, concreta e continuamente, no devir histórico⁵⁶.

O direito, na ótica jurisprudencialista, sempre será uma pergunta. Invariavelmente se plasmará numa interrogação sobre o seu sentido, a desafiar respostas de validade – *respostas-projetos*, para falar com ANA GAUDÊNCIO, uma vez que “o que se trata é de projectar para a frente um sentido que se quer para o direito e para o papel que há-de desempenhar na prática Ou, talvez, mais perguntas do que respostas, perguntas ao futuro sobre as respostas que podemos e as que não podemos já admitir no presente”⁵⁷ –, soluções calcadas num axiológico juízo realizado pelo homem, que transcende toda a sua subjetividade e objetividade para afirmar-se, não como objeto de outras subjetividades, mas como *sujeito ético*⁵⁸ que é capaz de se questionar em sua existência comunitária e no seu *ser-com-os-outros*⁵⁹.

É bem verdade, conforme nos lembra PINTO BRONZE, que as normas positivadas poderão em todo o tempo ser evocadas para indicar a resposta jurídica adequada às questões jurídicas empíricas, por exemplo, num problema ocorrido em um contrato concreto. Contudo, esclarece o lente de Coimbra que, invariavelmente, se exigirá “uma intervenção mediadora que vença a distância entre o carácter geral e abstracto da norma eventualmente mobilizável e a natureza particular e concreta do caso”⁶⁰.

A interpretação jurídica sempre haverá de ser, continua e reflexivamente, reelaborada a partir do seu método de compreensão da realidade⁶¹, pois “(...) na actual situação problemática da realização do direito, a prática judicativo-decisória não poderá ser

⁵⁵ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 142. *Ibidem*, p. 23.

⁵⁶ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 38-39. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia do Direito – Guião...*, p. 78. NEVES, António Castanheira, NEVES, Castanheira, *Questão...*, pp. 699-870.

⁵⁷ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 176.

⁵⁸ “É uma tal exigência de fundamento (...) é decerto o que sem mais vai implicada no postulado do *sujeito ético*, que é a *peessoa*, com sua liberdade e do mesmo modo com sua igualdade e sua responsabilidade (...) esse postulado só pode admitir uma qualquer posição de validade: com um fundamento axiológico-normativo que não pretira e antes satisfaça a dignidade e a igualdade, que perante estas validamente justifique a posição ou pretensão”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 39.

⁵⁹ “É assim que o direito é visto como um problema de validade, como pensamento jurídico emergente sempre em/com situações humanas concretas que desafiam o homem a uma resposta de validade, que é uma resposta sobre si mesmo – uma resposta em que se decide o homem na convivência”. COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; SILVA, António Sá, *O Fundamento...*, p. 04.

⁶⁰ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 17.

⁶¹ NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, p. 10.

mero *objectivo* de uma ideal construção metódica, nem simples *objecto* de uma analítica descrição, impõe-se antes como *problema* para uma orientadora reflexão crítica”⁶².

Impende para a revelação do direito através da metodologia, não uma *ordem de necessidade* despoticamente impingida, nem uma *ordem de possibilidade* em que o fundamento do direito é preterido pela otimização dos efeitos práticos, através das técnicas científicas de uma engenharia/tecnologia social, tampouco, uma *ordem de finalidade* (político-social ou económico-social), teleologicamente predestinada a alcançar objetivos pré-traçados e pela qual os valores cedem lugar aos fins, mas uma *ordem de validade*, capaz de infundir no pensamento jurídico uma percepção crítica⁶³. É que apenas em uma *ordem de validade*, a realização do direito deixará de ser uma operação de pura lógica dedutiva⁶⁴ – afastando-se das perspectivas objetivantes – para se tornar um pensamento eminentemente reflexivo, isto é, um pensamento que continuamente se pensa e na medida em que se pensa se realiza⁶⁵.

3. A reestruturação do pensamento jurídico proposta pelo Jurisprudencialismo

O particular modo com que jurisprudencialismo enfrenta o problema da interpretação jurídica erige-se em três vigas mestras: uma nova visão antropológica do homem enquanto sujeito-pessoa, uma recompreensão da *práxis* jurídica e um específico modo de encarar os problemas jurídicos⁶⁶.

Tratando-se de questões fulcrais para a perspectiva teórica aqui perfilhada, sua explicitação permitirá que tenhamos uma panorâmica visão de sua proposta e, através de sua melhor apreensão, esperamos estar mais bem capacitados para, incisivamente, enfrentar as questões que envolvem a problemática em apreço.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

⁶³ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 31 e 40-41.

⁶⁴ “(...)a análise lógica só é susceptível de referir-se a um pensamento pressupostamente pensado, e ao seu conteúdo noemático, ao *cogitatum* já constituído pela *cogitatio*”. NEVES, António Castanheira, *Questão-de-facto – Questão-de-direito...*, p. 867.

⁶⁵ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, *Direito...*, pp. 06-09

⁶⁶ NEVES, António Castanheira, *Teoria do Direito – Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Universidade de Coimbra (policopiado), 1998, p. 40.

3.1. Da recompreensão antropológica do homem como sujeito-pessoa

A validade da solução buscada para o problema do direito está jungida a uma compreensão específica do homem, que há de ser considerado como *homo personalis*⁶⁷ – o homem-pessoa⁶⁸ – distinto do homem-sujeito por não se restringir aos lindes desta categoria antropológica, pois lhe é imanente uma dignidade ética que é senão um componente valorativo – que exige respeito/reconhecimento⁶⁹ – a implicar no reconhecimento do humano como sujeito ético, “centro de imputação ética e de dignidade axiológica na interlocutora e responsabilizante convivência prático-comunitária”⁷⁰.

3.2. Da recompreensão da práxis jurídica e da razão prática

O jurisprudencialismo ao propor uma nova perspectiva da *praxis*, consubstanciada na interação entre homens-pessoa⁷¹ e que se manifesta axiologicamente na intersubjetividade histórico-social em que se reconhece⁷², refuta as teses que conferem à *praxis* uma índole eminentemente teleológica, funcionalizada e subserviente a uma determinada ideologia ou política e que, por tal razão, a reduz a um simples meio para a realização de contingenciais planos estratégicos⁷³.

3.3. O homem-pessoa e sua abertura axiológica como fundamento do direito

O terceiro pressuposto do jurisprudencialismo se corporifica na proposta de uma nova compreensão da problemática jurídica, que há de ser encarada, a partir de uma visão

⁶⁷ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 60.

⁶⁸ NEVES, António Castanheira, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 9-286, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 40.

⁶⁹ A dignidade “é uma categoria axiológica, não ontológica, e apenas emerge e se afirma pelo “*respeito*” (para o dizermos com KANT) ou pelo *reconhecimento* (para o dizermos com HEGEL)”. NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, p. 42.

⁷⁰ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, 60-61.

⁷¹ O homem-pessoa, no jurisprudencialismo, se transforma “(...) no centro gravitacional do jurídico”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Estudos...*, p. 32.

⁷² NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, p. 44.

⁷³ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 61.

centrada e referenciada no homem-pessoa, dando-se ênfase para a “axiológica normatividade convocada pelo *juízo* prático em que o homem se reconheça assumido na sua identidade pessoal e infungível, enquanto sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade”⁷⁴. Apenas a partir desta visão microscópica do homem em detrimento da visão macroscópica da sociedade, é que o direito retomará e se afirmará em sua autonomia⁷⁵.

4. As perguntas fundamentais que o problema do direito convoca: “porquê?”, “o quê?” e “para quê?”

Com suporte nas premissas acima assentadas, a perspectiva jurisprudencialista convoca os juristas a pensarem o direito em seu sentido autônomo, enfocando, não o problema filosófico quanto ao direito, ou o problema teórico sobre o direito, nem o problema normativo de direito, mas o próprio problema do direito por excelência, que se consubstancia na identificação do seu sentido na práxis humana.

Para possamos melhor compreender, este particular sentido assumido pelo direito que o Jurisprudencialismo nos convida a pensar, é necessário que reflitamos sobre três questões essenciais: “por que o direito?”, “o que o direito?” e “para que o direito?”⁷⁶.

⁷⁴NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, p. 47.

⁷⁵Afirma CASTANHEIRA NEVES que: “(...) o direito só recuperará a sua autonomia, autonomia axiológico-normativa que corresponde à vocação do seu *sentido* e tem sido sacrificada por aquela assimilação, assim como superará os fracassos resultante daquela também concorrência e de que nos demos conta, se a perspectiva for outra, perspectiva não da sociedade, mas *perspectiva do homem*, e assim não de índole macroscópica, regulatoriamente macroscópica, e antes de índole *microscópica*, judicativamente microscópica. Queremos dizer, o seu objectivo não estará na assimilação das heterónomas teleologias sociais de todos os tipos e sim na solução de validade normativa dos problemas da prática humana concreta, problemas iminentes a essa prática, titulados pessoal e concretamente pelas pessoas em referência à validade intencionada pelo encontro ou desencontro, em indeterminação ou em controvérsia, dos homens-pessoas na sua histórico-situada coexistência e convivência comunitárias”. NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 63.

⁷⁶VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 84.

4.1. Porquê o direito?

A primeira questão que se coloca, nasce senão como uma paráfrase da pergunta fundamental da metafísica [*Grundfrage*], que ganha corpo com as reflexões de LEIBNIZ, depois de SCHELLING e de HEIDEGGER, e que foi enunciada do seguinte modo: *porque o ser e não o nada?* Ao interrogar “porquê o direito e não antes o não direito?”⁷⁷, CASTANHEIRA NEVES nos convida a pensar o direito, não como um qualquer direito em específico, mas no direito em si, radicalmente despido de predicados e cujo problema há de ser considerado em sua totalidade universalizante, o que, vale pontuar, não enleia um carácter universal ao direito, na medida em que se ele apresenta apenas como uma das possíveis respostas ao problema que lhe dá origem⁷⁸.

Tenciona-se encontrar com a interrogação, o sentido que é particularmente assumido pelo direito enquanto prática humana, a implicar na transcensão do próprio homem, para se alcançar a origem [*ursprung*] do próprio perguntar – o *porquê do por-quê* – e, enquanto dimensão da prática humana, a vislumbrar o seu fundamento último – o fundamento do seu fundamento ou ainda um seu fundamento de segundo grau⁷⁹ – no próprio sujeito que o interroga⁸⁰.

Afirma-se o direito como uma das alternativas à solução do problema, uma “solução possível para um problema necessário”⁸¹, uma vez que não obstante se soerga sobre duas pilastras de verificação necessária, chamadas, respectivamente, de condição mundano-social e de condição antropológico-existencial, reclama para sua existência a

⁷⁷ NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 63.

⁷⁸ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 10-11. Ressalte-se que a “(...) universalidade do problema do direito não significa a universalidade-necessidade do direito em si (...)” e, nem tampouco, “(...) de uma sua certa e mesma solução”. *Ibidem*, p. 13.

⁷⁹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 275.

⁸⁰ “Dimensão da prática humana, porque ao perguntarmos pelo direito, nos termos em que o fazemos, interrogamos por aquilo que ele especificamente constituirá ou não, que essa mesma prática manifestará ou recusará ao assumir o seu próprio problema, ou seja, a sua própria problematidade de prática fundamentação e realização”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 10.

⁸¹ NEVES, António Castanheira, *Direito Como Alternativa Humana. Notas de Reflexão Sobre o Problema Actual do Direito*, In: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 287-310, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 299. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 11.

presença de uma terceira viga, chamada de condição ética, que apenas estará presente quando por ela se optar⁸².

4.1.1. A condição mundano-social

A condição mundano-social⁸³ representa duas circunstâncias inescapáveis ao humano, que é o necessário estar no mundo e o forçoso compartilhar deste mundo com o outro⁸⁴. O conviver no mundo é para o homem inexorável – pois o “(...) mundo é *um* e os homens nele são *muitos*”⁸⁵ –, de tal sorte que o gozo do mundano só lhe é possível *com* e *através* da mediação positiva ou negativa do outro, a lhe permitir ou lhe impedir de tal desfrute⁸⁶.

Como resultante deste inevitável coexistir, inderrogavelmente imposto pela condição mundano-social, é que o jurídico se irrompe, não como alteridade que existe ainda que o *outro* seja encarado de maneira unilateral – tão só pela perspectiva daquele que dirige o olhar para o *rosto* (na epifania⁸⁷ do rosto em sua nudez e exposição extrema⁸⁸), enquanto representação do *outro*, perante o qual, o sujeito assume uma (ir)responsabilidade ilimitada⁸⁹ e anárquica⁹⁰, conforme propõe LEVINAS –, mas como intersubjetividade – a

⁸² NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 65. NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, p. 47. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 11. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, pp. 85-91.

⁸³ NEVES, António Castanheira, *Direito...*, p. 297. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 13-16. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 273.

⁸⁴“(…) a condição mundanal, a referir a social mediação do mundo, na sua fruição e repartição, e que, se de uma aparente banalidade, não o será tanto, já que é ela que define o campo possível, não ainda o sentido normativo mas o campo, da juridicidade, sendo que fora desse campo não teremos problemas jurídicos”. NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 65.

⁸⁵ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 13.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 14. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 85.

⁸⁷ “Outrem permanece infinitamente transcendente, infinitamente estranho, mas o seu rosto, onde se dá a sua epifania e que apela para mim, rompe com o mundo que nos pode ser comum e cujas virtualidades se inscrevem na nossa *natureza* e que desenvolvemos também na nossa existência”. LEVINAS, Emmanuel, *Totalité et Infini*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1980, citado na tradução portuguesa: Totalidade e Infinito, Trad. José Pinto Ribeiro, Lisboa: Edições 70, 1988, p. 173. “Esta alteridade e esta separação absoluta manifestam-se na epifania do rosto, no face-a-face”. LEVINAS, Emmanuel, *Entre nous: essais sur Le penser-à-l’autre*, Paris: Éditions Grasset Fasquelle, 1991, citado na tradução brasileira: Entre nós: ensaios sobre a alteridade, 3ª ed., trad. Pergentino Stefano Pivatto, Evaldo Antônio kuiava, José Nedel, Luiz Pedro wagner, Marcelo Luiz Pelizolli, Petrópolis: Vozes, 2004, p. 237.

⁸⁸ LEVINAS, Emmanuel, *Entre...*, p. 193.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 213-217.

implicar numa correspondência de olhares e uma reciprocidade relacional – donde decorre a necessidade de que as relações humanas no mundo estejam pautadas, não em mandamentos imperativos, mas por uma relação de bilateralidade atributiva através da qual o “eu” e o “outro” não só manifestem exigências, mas consintam em suportar as exigências que lhes são importas⁹¹.

É nestes termos que, no jurisprudencialismo, o direito se distingue da moral – que pode implicar só numa relação de alteridade –, pois enquanto só há como compreender o jurídico a partir de um contexto de convivência social – no *valor transcendente* que se reconhece à partilha do mundo em comunidade⁹² –, através da mediação do mundo, numa relação de bilateralidade atributiva. O sentido do direito assim se manifesta através, primeiro, da afirmação da pessoa humana em seu elevado status de dignidade e, em segundo lugar, através da integração dessas pessoas igualmente dignas em um espaço comunitário onde cada qual, transcendendo-se, possa assumir uma consciência ética para com o todo comunitário⁹³. Já a moral, por seu turno, implica em um mandamento unilateral do “eu” para ele próprio, puramente imperativo, com abstração do mundo e independente da intermediação do “outro”⁹⁴.

⁹⁰ BERNARDO, Fernanda, *Da Responsabilidade Ética à Ético-Político-Jurídica: A Incondição da Responsabilidade Ética enquanto Incondição da Subjetividade Segundo Emmanuel Lévinas (II)*, In: Revista Filosófica de Coimbra, n.º 17, pp. 63-98, Coimbra, 2000, p. 40.

⁹¹ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 14-15. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, pp. 85-86.

⁹² GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, pp. 193-194.

⁹³ Uma comunidade ética apenas se constituirá acaso “(...) o estatuto dos direitos e dos deveres, que em cada um dos participantes venha a definir concretamente a sua correspectiva posição, se revelar fundado ou puder fundamentar-se num “valor”, num fundamento axiológico graças ao qual a posição afirmada se transcenda num sentido de validade. Valor transcendente, posto que se revela à consciência ética das pessoas que comungam na situação ao transcenderem-se elas mesmas na compreensão de membros participantes e corresponsáveis dessa mesma situação (...)”. NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, p. 40.

⁹⁴ “Pelo que se poderá dizer que o princípio da moral está nos *deveres* – no “ponto de vista do outro” ou no “rostro” do outro que me interpela (LÉVINAS) – e o princípio do direito está simultaneamente nos *direitos* (ponto de vista do eu) e nos *deveres* (ponto de vista do outro e dos outros) pela mediação do comum mundanal da existência social”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 15-16.

4.1.2. Da condição antropológico-existencial

Além de estar predestinado a estar no mundo com os outros⁹⁵, ao humano é cometida uma condição antropológico-existencial⁹⁶, ligada ao seu modo de ser⁹⁷, que resulta do fato dele ser lançado na vida precisamente *como homem*, a quem é imanente a *inespecialização*⁹⁸ e a *abertura ao mundo*⁹⁹, que lhes conferem uma peculiar indeterminação (donde resulta certa vocação ao cosmopolitismo) e uma característica finitude¹⁰⁰. Está o homem no mundo como um projeto inacabado, um ser intrinsecamente livre e plasticizável, que se amolda a partir das escolhas que lhes são continuamente exigidas pela convivência social¹⁰¹.

Como forma de compatibilizar o embate permanente de liberdades no âmago da intersubjetividade, e assim evitar que o livre exercício da escolha se revele, paradoxalmente, como ergástulo do humano, necessário se faz que a conatural indeterminação do homem seja balanceada por alguma determinação, que a sua divergência seja equilibrada por uma convergência e que a sua mutabilidade seja neutralizada por uma imutabilidade. Para tanto, impede que se identifique um arranjo de critérios de ação que sejam comunitariamente aceitos e compartilhados a partir dos quais se institucionalize uma ordem social e política disciplinadora, que não necessariamente deve ser uma ordem de direito, mas que, impreterivelmente, há de estar apta para fornecer

⁹⁵ “Uma segunda condição, bem menos evidente e que mesmo hoje ainda em geral se recusa — recusa-a decerto todo o individualismo, de ontem e de hoje, mas já não os pensamentos mais esclarecidos e menos ideologicamente cegos (...) será a comunidade, a condição comunitária, na sua irredutibilidade existencial, empírica e ontológica, e com a importância decisiva de se haver de reconhecer aí o fundamento último da responsabilidade”. NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 67.

⁹⁶ NEVES, António Castanheira, *Direito...*, pp. 297-298.

⁹⁷ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 273.

⁹⁸ A *inespecialização* “se traduz na ausência de uma acabada determinação ou condição do comportamento humano de adaptação ao meio, em contraste com a alta especialização dos outros seres animais, e que, parecendo assim manifestar uma carência biológica (...) que por isso o forçaria a “acabar-se”, a construir o seu próprio mundo humano pela acção e a cultura(...)”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 16.

⁹⁹ A *abertura ao mundo* “significa a desvinculação do homem perante o seu mundo circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcensão (...)”, *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰¹ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, 88.

soluções aos inexoráveis problemas característicos da convivência humana em comunidade¹⁰².

Esta ordem de elementos referenciais, comunitariamente assumida, deve considerar e tentar equilibrar a liberdade imanente a cada indivíduo, cujas idiossincrasias não podem ser extirpadas pela comunidade e, também, com a manutenção da própria comunidade enquanto espaço que resgata o humano de um eventual solipsismo artificialista, pois só no espaço comunitário, através da intersubjetividade, será possível ao homem atingir o seu pleno desenvolvimento¹⁰³.

4.1.3. Da condição ética

Malgrado as condições mundano-social e antropológico-existencial sejam inevitáveis, vez que inerentes à própria condição humana no mundo, a opção por uma ordem regulativa das interações sociais, não necessariamente implica em uma escolha pelo direito. Existem alternativas ao direito. De fato, podemos pensar e optar por ordens de não-direito, basta para tanto, que se abstraia a condição ética aqui tratada que, conforme a história tem nos mostrado, submergiremos para uma ordem totalitária e despótica, enraizada e mantida, por exemplo, pelo uso da força¹⁰⁴.

Para que exista uma ordem de direito é essencial que sobrevenha uma condição ética, que implica numa reciprocidade relacional entre os homens, que haverão de se reconhecer, uns aos outros, não como objetos, mas como sujeitos éticos, ou seja, como sujeitos que se reconhecem em sua dignidade e correlativamente se afirmam, uns pelos outros em suas *indisponibilidades axiológicas* e uns aos outros em suas *exigências normativas*, não só como destinatários do direito (*sujeitos de direito*), mas – alçados à

¹⁰² *Ibidem*, pp. 88-89. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 273. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 26-31.

¹⁰³ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 89.

¹⁰⁴ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 40, VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 89.

categoria de sujeitos-pessoas que comungam do mundo –, a corporificar a condição de titulares do direito (*sujeitos do direito*)¹⁰⁵.

Uma ordem de direito só é concebível quando a condição ética estiver arraigada na maneira como o homem compreende a si mesmo e no modo como o ele percebe e é percebido pelo outro em sua autonomia ética. Irrefragavelmente, apenas com o reconhecimento dos humanos como pessoas livres, que comungam de igual *status* de dignidade e cujas ações e interações devem se pautar numa responsabilidade para com o todo comunitário, é que podemos falar em direito¹⁰⁶.

Nesta esteira, na perspectiva teórica que adotamos, a opção pelo direito – e aqui encontramos a resposta do *porquê o direito?*¹⁰⁷ – não resulta de uma imposição da opinião majoritária empiricamente considerada, mas decorre de um projeto autônomo, supra-individual, fundado num recíproco e necessário reconhecimento do *outro* em sua pessoalidade, que transcende valorativamente as individualidades, sem as negar, e que estabelece a pessoa humana como valor matricial da ordem que se almeja, de tal maneira, que o direito só se desvelará com uma resposta para o necessário problema da convivência humana, quando se optar por uma regulação da intersubjetividade que esteja adstrita a observância intransigente das indicações éticas, dimanadas de uma particular concepção de pessoa humana, que a considera em sua dignidade ética¹⁰⁸.

4.2. O quê o direito?

Em sequência, quando perquirimos pelo fundamento material do direito, somos conduzidos à pergunta essencial do *o quê o direito?* [*quid ius?*]. O jurisprudencialismo acolhe o direito como um instrumento regulativo, orientado por uma intencionalidade que,

¹⁰⁵ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 32.

¹⁰⁶ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 273-274.

¹⁰⁷ NEVES, A. Castanheira, *Direito...*, p. 298-299.

¹⁰⁸ Os sujeitos, assumidos em sua dignidade, que aqui se afirmam como titulares e destinatários de direitos – *o sujeito-pessoa* – são distinto daqueles sujeitos que são percebidos apenas como *indivíduos* “solipsisticamente ensimesmados nas suas células individualizadas de circunspeção, seja ela axiológica, e talvez mesmo moral ou religiosa, seja já sociológica, económica, tecnológica” ou qualquer outra. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 178. NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, pp. 65-67. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, pp. 90-91.

para ser válida, haverá de estar adstrita aos valores que emanam da pessoa humana em sua dignidade¹⁰⁹. Tais valores, vale pontuar, possuem feição normativa, uma vez que determinam o particular modo de comportamento que torna factível o exercício da liberdade no cerne da intersubjetividade¹¹⁰.

Perguntar pelo *quê* do direito significa perquirir sobre o seu fundamento último, implica em perscrutar donde se assenta sua legitimidade para funcionar como mecanismo que adstringe a validade da práxis humana à observância de um específico fundamento. A resposta ao *quê* aponta o fundamento mais primitivo do direito, àquele sobre o qual o direito se soergue como mecanismo normativo determinante da validade ou não das condutas e interações humanas¹¹¹.

Em resposta ao *quê* do direito, o jurisprudencialismo se nos apresenta como um *tertium genus*, que por um lado, ao firmar a pessoa – que é senão um valor reconhecido ao humano e não uma criação metafísica – como categoria genésica do direito, rejeita a concepção jusnaturalista – que busca o fundamento do direito em elementos teológicos, naturais ou racionais – e, por outro, ao representar o direito, não como uma vontade contingencialmente assumida, mas como algo que, empírica e historicamente, transcende os desejos individuais, recusa a miopia do positivismo jurídico, que não consegue ver o direito para além do texto da lei¹¹².

4.3. Para *quê* o direito?

O especial modo como o homem, em sua autonomia, se vislumbra e é intersubjetivamente visto pelo outro, metamorfoseia-se segundo as eventualidades do devenir histórico, donde se infere que também a opção ética pelo direito, radicada que está neste variável modo de ser do homem, haverá plasmar significados igualmente distintos

¹⁰⁹ “(...) o direito encontra hoje o seu fundamento na circunstância de os homens pretenderem repartir validamente o mundo que com-partilham, porque se reconhecem uns aos outros como pessoas”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 274-275.

¹¹⁰ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 92.

¹¹¹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 275.

¹¹² VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 94. Afasta-se, igualmente, como fundamento (*o quê*) do direito aquele consenso discursivamente conseguido, conforme proposto por HABERMAS. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 275.

acaso pretenda estar apta para dar cabo aos problemas, historicamente mutáveis, que o inescapável *estar-com-o-outro* no mundo suscita¹¹³.

Haure-se desta constatação, já antevendo a resposta para a pergunta essencial do *para quê o direito?*, que a função que deve ser desempenhada pelo direito está jungida à “situação histórica concretamente em causa”¹¹⁴.

Em apertada síntese, podemos dizer que, conforme a proposta jurisprudencialista, ao direito incumbe por primeiro a ininterrupta tarefa de refletir criticamente sobre si mesmo para assim poder permanentemente, no influxo das contingências do devir, se renovar. Em segundo lugar, cabe ao direito, a não menos importante atribuição de exercer uma atividade de integração, vez que a ele compete proteger os bens jurídicos basilares de uma comunidade e construir, a cada caso, uma resposta jurídica que solucione de maneira adequada os conflitos de interesses que, porventura, exurgirem¹¹⁵.

Esta reflexão a que é incumbido o direito, na proposta jurisprudencialista, se estrutura em uma racionalidade que se exprime através da dialética entre as suas categorias de inteligibilidade, quais sejam: o sistema e o problema¹¹⁶. O sistema implica na reunião certos valores e princípios normativos historicamente considerados¹¹⁷ que se imbricam de modo a compor um todo normativo organizado onde é possível se perceber quatro estratos distintos, quais sejam: os princípios, as normas; a jurisprudência; e a dogmática. Já o problema se plasma no caráter orientado à problematicidade imanente à hipótese concreta que se pretende solver através de uma decisão judicativa que há de estar materialmente fundada nas referências normativas que dimanam do sistema¹¹⁸.

¹¹³ “Ora o modo como o homem se compreende a si mesmo e compreende os outros e a mencionada relação tem variado ao longo dos tempos; a condição ética apresenta, portanto, conteúdos sucessivamente diferentes, porque o homem tem, em cada época histórica, os seus específicos problemas e as suas particulares exigências auto-predicativas”. *Ibidem*, p. 274.

¹¹⁴ NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, pp. 42-46. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 274. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 97-98.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, p. 155. NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, p. 48.

¹¹⁷ “assim, o sistema deixa de referir-se directa e exclusivamente às normas jurídicas, para se reportar antes às opções axiológicas, aos postulados normativos e princípios jurídicos constituintes do sistema como seus fundamentos”. NEVES, António Castanheira, *Teoria...*, pp. 49-51.

¹¹⁸ NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, pp. 155-157. Sobre o modelo metodológico assumido pelo Jurisprudencialismo vide: NEVES, Castanheira, *Metodologia...*, pp. 30-34, 159 e 286. NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, pp. 46-50.

CAPÍTULO II – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS: PROBLEMA ANALÍTICO-LINGUÍSTICO OU PROBLEMA NORMATIVO?

«(...) há quem leve a vida inteira a ler sem nunca ter conseguido ir mais além da leitura, ficam pegados às páginas, não percebem que as palavras são apenas pedras postas a atravessar a corrente de um rio, se estão ali é para que possamos chegar à outra margem, a outra margem é que importa, A não ser, A não ser, quê, A não ser que esses tais rios não tenham duas margens, mas muitas, que cada pessoa que lê seja, ele, a sua própria margem, que seja sua, e apenas sua, a margem a que terá que chegar (...)»

José Saramago.

1. A interpretação jurídica como interpretação da linguagem

Rudimentares estudos sobre a linguagem podem ser observados desde a antiguidade clássica nos diálogos *Crátilo*¹¹⁹, *Teeteto* e *Sofista*¹²⁰ de PLATÃO e, também, em algumas passagens dos escritos de ARISTÓTELES¹²¹. Já em meados do século XVIII e início do século XIX, JOHANN GEORGE HAMANN, WILHELM VON HUMBOLDT e JOHANN GOTTFRIED HERDER, norteados por uma intenção esboçada no jurisprudencialismo de GIAMBATTISTA VICO¹²², abrem espaço para a emancipação epistemológica de uma ciência da linguagem, na medida em que rompem com a filosofia da consciência¹²³.

¹¹⁹ STRECK, Lênio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 103.

¹²⁰ RICOEUR, Paul, *Interpretation Theory: discourse and the surplus of meaning*, Fort Worth: Texas Christian university Press, 1976, citado na tradução portuguesa: *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*, trad. Arthur Morão, Lisboa: Edições 70, 2000, p. 13.

¹²¹ GADAMER, Hans-George, *Wahrheit und Methode II: Ergänzungen Register*, Heidelberg: Mohr Siebeck, Tübingen, 1960, citado na tradução brasileira: *Verdade e Método II: Complementos e Índice*, 3ª ed., trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2007, pp. 173 e ss. Tributa-se a ARISTÓTELES, também, “a primeira tematização sistemático (-dialética) da retórica”. BRONZE, Fernando José Pinto, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 80-117, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 89.

¹²² BRONZE, Fernando José Pinto Bronze, *As margens...*, p. 97.

¹²³ “(...) no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica...*, p. 127. GADAMER, Hans-George, *Wahrheit und Methode I: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Heidelberg: Mohr

Não obstante, a autonomia científica da linguística só vai de fato acontecer no proêmio do Século XX, principalmente com as investigações de CHARLES SANDERS PEIRCE e com os trabalhos FERDINAND DE SAUSSURE, cujos resultados foram decisivos para a consolidação científica da semiótica¹²⁴ que, desde então, foi se firmando como “a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) na natureza e na cultura”¹²⁵.

O paulatino desenvolvimento científico da linguística, cuja culminância se dá no que se convencionou chamar de *linguist turn*, incute nas diversas searas do pensamento ocidental a ideia de que a inteligência dos fenômenos – seja no plano epistemológico, mas também, a nível filosófico e metodológico – só nos é possível através da análise da linguagem ou pela inexorável intermediação de instrumentos linguísticos¹²⁶.

Partindo-se da premissa de que a linguagem é sempre um *a priori*, senão uma *conditio sine qua*, para o acesso humano sensível às coisas do mundo, ou seja, entendendo-se que “não há nenhuma experiência inteligível pré-linguística”¹²⁷, constata-se que através desta faculdade que têm as pessoas de se comunicarem umas com as outras, é que a realidade se objetiva significativamente e nos é apresentada para ser conhecida¹²⁸ – o “homem e a linguagem são assim correlativos: não há linguagem sem o homem, mas não há também o homem sem a linguagem”¹²⁹.

Renunciando-se à metafísica que é superada pela análise lógica da linguagem – através da qual, segundo RUDOLF CARNAP, é possível enxergar que as proposições metafísicas são completamente sem-sentido (*sinnlos*)¹³⁰ – e também, abdicando de toda

Siebeck, Tübingen, 1960, citado na tradução brasileira: Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 9ª ed., trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 566 e ss.

¹²⁴ MORRIS, Charles, *Fundamentos da Teoria dos Signos*, Trad. António Fidalgo, Covilhã: Universidade da Beira do Interior, disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/~fidalgo/semiotica/morris-charles-fundamentos-teoria-signos.pdf>, acesso: 25/04/2018, p.5.

¹²⁵ NÖTH, Winfried, *O Panorama da Semiótica*, 4ª ed, São Paulo: Annablume, 1995, p. 17.

¹²⁶ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...* p. 88.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 89.

¹²⁸ A linguagem é “o *essentiale* do homem: não só é fundamentalmente pela linguagem que o homem *tem mundo* (e não se vê apenas imerso num meio ambiente) (...) como é pela índole simbólica da linguagem que o homem experimenta a sua transcensão objetiva (...)”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 18.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ CARNAP, Rudolf, *Überwindung der Metaphysik Durch Logische Analyse der Sprache*, In: Erkenntnis - Zugleich Annalen der Philosophie, Band 2, Heft 1, pp. 219-241, Leipzig: Felix Meine, 1931, citado na

perspectiva essencialista, assevera-se que o conhecimento da realidade mundana, não se processa a partir da busca frenética da natureza intrínseca das coisas¹³¹ – não mais interessa a consciência da essência última do “ser”¹³² –, pois, doravante, todas as atenções devem estar centradas em entender qual é o significado das expressões lingüísticas, utilizadas para explicar o que é de fato o “ser”, em um determinado contexto comunicativo¹³³.

Nesta esteira, a partir de uma racionalidade analítico-lingüística¹³⁴, entende-se que é sobre a linguagem que a interpretação ordinariamente se processa, em uma prospecção, chamada por alguns de semiose¹³⁵, que é capaz de atingir e revelar todas as suas dimensões: a sintática, a semântica e a pragmática¹³⁶.

No primeiro nível, através da análise sintática, o intérprete explora os aspectos puramente formais da linguagem, sem qualquer referência à significação ou à maneira como ela é usada. Limita-se a verificar a relação lógica existente entre os signos

tradução brasileira: A Superação da Metafísica Pela Análise Lógica da Linguagem, Trad. Antonio Ianni Segatto, in: Cadernos de Filosofia Alemã, v. 21, n. 2, pp.95-115, São Paulo: FFLCH/USP, 2016, p. 96.

¹³¹ “A análise lógica decreta, com isso, a falta de sentido de todo suposto conhecimento que pretende ir além ou aquém da experiência”. *Ibidem*, p. 111.

¹³² Sobre a natureza das proposições metafísicas conclui CARNAP: “A afirmação de que as proposições da metafísica são completamente sem sentido, não dizem nada, causará um sentimento de estranheza mesmo naquele que concorda intelectualmente com nossos resultados: teriam, de fato, tantos homens de diferentes tempos e povos, entre eles, cabeças eminentes, despendido tanto esforço ou mesmo fervor na metafísica, ainda que ela não consistisse senão em meras palavras ordenadas sem-sentido? E seria compreensível que essas obras exercessem tamanho efeito nos leitores e ouvintes, ainda que contivessem não erros, mas nada sequer? Essas reservas se justificam na medida em que a metafísica, de fato, contém algo; só que isso não é um conteúdo teórico. As (pseudo) proposições da metafísica não servem para a representação de estados de coisas, nem de estados de coisas existentes (pois seriam proposições verdadeiras) nem de estados de coisas inexistentes (pois seriam proposições falsas); elas servem para expressar um sentimento vital”. *Ibidem*, p. 112.

¹³³ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 89.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 90.

¹³⁵ “Pode-se estudar as relações de signos aos objectos a que os signos se aplicam. Esta relação pode chamar-se a dimensão semântica da semiose (...) Ou o objecto do estudo pode ser a relação dos signos aos intérpretes. Esta relação chamar-se-á a dimensão pragmática da semiose (...) Na medida em que a maior parte dos signos se relacionam claramente com outros signos, na medida em que muitos casos de signos aparentemente isolados provam por análise não o ser, e na medida em que todos os signos estão potencialmente, se não efectivamente, relacionados com outros signos, é bom traçar uma terceira dimensão da semiose co-ordenada com as outras duas já mencionadas. Esta terceira dimensão chamar-se-á a dimensão sintáctica da semiose(...)”. MORRIS, Charles, *Fundamentos...*, p.10.

¹³⁶ “(...) as funções desempenhadas pela *linguagem do Direito* podem ser divididas em *pragmáticas*, referentes às relações existentes entre as expressões e os homens que as empregam; *semânticas*, as atinentes aos significados e às alterações do significado das expressões, isto é, ao estudo de seu “processo significativo”; e *sintáticas*, concernentes às relações ou à composição dos signos entre si, abstração feita de seus significados. Essas funções, no seu conjunto, constituem o objeto da *Semiótica Jurídica*”. REALE, Miguel, *O Direito Como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*, 2º ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 173.

linguísticos enquanto elementos constituintes de uma frase¹³⁷. Nesta dimensão, as vontades externadas em um contrato, por exemplo, são consideradas como manifestações morfológicas e sintáticas que haverão de ser estudadas, inicialmente, de modo descritivo e analítico, à luz daquele conjunto de princípios reitores da específica língua em que elas se externam e que se encontram compendiados numa gramática. Portanto, em uma investigação lógico-linguística, a análise gramatical constitui o primeiro caminho a ser percorrido pelo intérprete para a revelação daquilo que foi querido pelas partes contratantes¹³⁸.

Em grau semântico, o processo interpretativo se assenta em um símbolo ou num conjunto de símbolos¹³⁹, sinapticamente interligados e sintaticamente coerentes, que sincronicamente¹⁴⁰ se encapsulam em uma pretensa manifestação comunicativa – em uma *langue* para falar com SAUSSURE¹⁴¹ – e anela desvelar, a partir da conversão da referência extralingüística em linguagem, a mensagem (*la parole*¹⁴²) que lhe é subjacente. Por conseqüência, interpretar semanticamente um contrato significa analisar os seus termos, de forma lógico-objetiva, intuindo captar, não necessariamente aquilo que foi almejado pelas partes contratantes ao redigirem a minuta contratual, mas o sentido que se encontra expresso em termos linguísticos.

¹³⁷ Entende-se que “A interpretação pede a decodificação e esta requer o conhecimento das regras sintáticas, que controlam as combinatórias possíveis das normas entre si”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 15. Para um maior detalhamento de como se processa a interpretação em nível sintático *vide* na mesma obra: pp. 40-42.

¹³⁸ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200.

¹³⁹ Seguindo aqui o sentido amplo que é dado ao termo NELSON GOODMAN segundo o qual nele estariam compreendidas “(...) letters, words, texts, pictures, diagrams, maps, models, and more, but carries no implication of the oblique or the occult. The most literal portrait and the most prosaic passage are as much symbols, and as 'highly symbolic', as the most fanciful and figurative.(...)”. GOODMAN, Nelson, *Languages of Art – An Approach to a Theory of Symbols*, second printing, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1968, p. xi. Igualmente, adotando a lição de ALF ROSS que, ao sustentar que o significado de um símbolo é senão mero produto de uma convenção humana, desmistifica a ideia propalada pela filosofia metafísica segundo a qual “(...) as palavras representam objetivamente determinados conceitos ou ideias cujo significado deve ser descoberto e descrito pela filosofia (...)”. ROSS, Alf, *On Law and Justice*, citado na tradução brasileira: *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini, 1ª ed., Bauru: Edipro, 2003, p. 140.

¹⁴⁰ Esclarece RICOEUR que um sistema lingüístico por ser sincrônico “(...) tem, no tempo sucessivo, apenas existência virtual, e a língua existe propriamente apenas quando um locutor dela se apodera e a atualiza (...)” RICOEUR, Paul, *Le Métaphore Vive*, Paris: Éditions du Seuil, 1975, citado na tradução brasileira: *A Metáfora Viva*, trad. Dion Davi Macedo, 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 113.

¹⁴¹ SAUSSURE, Ferdinand, *Cours de Linguistique Générale*, Paris: Payot, 1971.

¹⁴² *Ibidem*.

Na última camada da linguagem, a pragmática, o que se perquire é o significado que uma específica manifestação linguística adquire quando empregada efetivamente na prática e em um determinado contexto comunicativo. Com base na vontade linguisticamente expressada pelos contratantes, pode-se dizer que, numa interpretação de cunho pragmático, o intérprete não terá em conta o sentido literal do texto contratual, ao contrário, necessariamente deverá levar em consideração o caráter ambíguo da linguagem e sua elasticidade semântica e, também, com vistas a reconstituir um sentido que possivelmente¹⁴³ corresponda a real intenção das partes, haverá de se atentar “por quem”, “para quem” e em que circunstâncias o texto foi confeccionado¹⁴⁴.

2. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do Direito nos positivismos

Preocupadas que são com a descrição objetiva do direito, as teorias positivistas se sentem estimuladas com a ideia de projetá-lo de modo que se comporte, essencialmente, não como valor, mas como fato que possa ser demonstrado de modo empírico e cuja validade seja certificada objetivamente¹⁴⁵.

Com este espírito, concebe-se o contrato civil como “um mero facto social constituído à margem do direito”¹⁴⁶, isto é, como um fenômeno puramente factual, onde sinalagmaticamente comunicam-se as vontades dos contratantes impelidas por “uma certa intenção e merecedora de um relevo jurídico específico”¹⁴⁷.

Entendem os positivistas que a aferição da validade ou invalidade do direito não ocorre a partir da análise axiológica de sua substância – por exemplo, se as regras estabelecidas pelas partes em um contrato são justas ou injustas –, mas se dá através da

¹⁴³ REALE, Miguel, *Lições...*, p. 129.

¹⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução...*, p. 41.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico: Lezioni di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 1979, citado na tradução brasileira: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, trad. Márcio Pugliesi e Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

¹⁴⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões*, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, volume II, A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, 367-392. Coimbra: Coimbra. 2006, p. 373.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 374.

simples verificação do modo como um particular direito surgiu e da aparência formal que recebeu para ser conhecido. Neste sentido, respeitados os limites objetiva e subjetivamente postos pela Lei – que dizem respeito, sobretudo, à forma (escrita, oral, por escritura pública ou instrumento particular etc.) e à capacidade das partes –, poderão os sujeitos entabular os contratos que bem entenderem (autonomia privada), assim como, *ex vi legis*, exigir da contraparte, inclusive com recurso às vias judiciais, que a correspondente prestação avençada seja cumprida¹⁴⁸.

Não é demais frisar, que conceber o Direito como um fato, implica, inofismavelmente, na aceitação de que ele se restringe a consubstanciar um conjunto de normas de conduta, cuja observância é coercitivamente exigida em uma dada comunidade, pela simples razão delas estarem estampadas na lei ou nalgum documento a que a lei confira exigibilidade¹⁴⁹.

Ora, se a preeminente preocupação do positivismo é fazer com que prevaleça o que está expressamente determinado na lei – afinal para os positivistas *Gesetz ist Gesetz*¹⁵⁰ –, ou mesmo aquilo que se encontra objetivamente previsto num contrato; tomando-se lei e contrato como simples manifestações linguísticas, apresenta-se a análise científica da linguagem, para esta corrente, como o único caminho possível para se sacar de um texto o direito aplicável ao caso.

3. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do direito no positivismo legalista

Transposta para um Direito que, segundo BOBBIO, encontrou na *avaloratividade* o caminho para saciar sua volúpia por se afirmar como ciência¹⁵¹ e que, por conta disto, apenas se externa através da estrita e acrítica aplicação dos enunciados da Lei – que aqui é

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto, *Il positivismo...*, p. 131.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 131-132.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 133.

¹⁵¹ “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato”. *Ibidem*, p. 135.

sua única fonte de qualificação¹⁵² –, a análise lógica da linguagem – “com deliberada pretensão de apagar o sentido normativo e acentuar a semântica expressão de uma regulamentação impositiva”¹⁵³ –, que então se apresentava como ferramenta capaz de desvelar o sentido escondido nas manifestações lingüísticas (e os enunciados legais assim eram reputados), se consolidava no que, por algum tempo, foi considerado o método jurídico-interpretativo por excelência¹⁵⁴.

Leciona CASTANHEIRA NEVES que para este particular positivismo legalista “a interpretação jurídica deveria ser interpretação semântica, porque uma interpretação desse tipo (com intenção objectivo-teorética e a índole lógico-analítica da semântica) seria a interpretação postulada, mesmo exigida, pelo princípio da jurídica vinculação à lei: a estrita obediência à lei no Estado-de-direito democrático de legalidade teria na interpretação semanticamente lógico-analítica e objectivo-teorética uma primeira e formal garantia metódica (...)”¹⁵⁵.

Para a teoria tradicional positivista, a revelação do Direito se processava pela interpretação semântica da lei, por meio da qual se obtinha as coordenadas para uma aplicação lógico-dedutiva dos enunciados prescritos linguisticamente no texto legal¹⁵⁶. Através deste exame lógico do texto, colimavam os intérpretes *subjetivistas*, alcançar a real vontade do legislador [*mens legislatoris*], já os *objetivistas*, intentavam encontrar o sentido autônomo do texto legal [*mens legis*]¹⁵⁷.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 161 e ss.

¹⁵³ BRONZE, Fernando José Pinto Bronze, *As margens...*, p. 99.

¹⁵⁴ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 157.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 158.

¹⁵⁶ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 102.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 98. Ainda sobre o tema, ensina ANA GAUDÊNCIO que: “(...) no âmbito do objectivo da interpretação jurídica, estabeleceu-se, ao longo do século XIX, uma dualidade de opiniões, que suscitou alguma polémica. Assim, na primeira metade daquele século foi preponderante a teoria subjectivista, segundo a qual o objectivo da interpretação seria a vontade do legislador. (...) A teoria objectivista surgida já em meados do século XIX, perspectivava a interpretação como averiguação do sentido objectivamente assimilado pelo próprio texto da lei, ou seja, para a determinação da *mens legis*”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 79, pp. 681-733, Coimbra, 2003, nota 49, pp. 694-695. Sobre o tema, *vide* também: NEVES, António Castanheira, *Interpretação Jurídica*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 337-377, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 353-362.

Sem prejuízo de laborarem para atingir objetivos distintos, num primeiro momento, tanto os *subjetivistas* quanto os *objetivistas*¹⁵⁸, identificam a interpretação jurídica com uma análise puramente semântica, cuja finalidade está em aclarar a extensão dos enunciados normativos através da descrição do seu conteúdo. Estabelecido semanticamente o teor do texto normativo, o intérprete objetivista se contenta com a *extensão* do mandamento representado pela letra da lei [*la lettre de la lois*], entendendo que o direito está na *mens legis* dilucidada gramaticalmente. Lado outro, o subjetivista se esforça por identificar o espírito da lei [*l'esprit de la lois*], reconstruindo através da mobilização de elementos históricos, sistemáticos e teleológicos, qual é de fato a *intenção*¹⁵⁹ do legislador, qual é a *intentio legislatoris*¹⁶⁰.

Trazendo a questão para o âmbito da prática, o artigo 924 do já revogado Código Civil Brasileiro de 1916, estabelecia que: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”¹⁶¹.

Quando da aplicação deste dispositivo legal, entendiam os juristas da época, quase todos absortos pelo pensamento positivista da escola da exegese francesa ou da pandectística alemã¹⁶², que por conta da expressão “poderá”, ao juiz caberia optar, discricionariamente, se deveria reduzir ou não a multa contratual.

Contudo, na medida em que se observou a injustiça que a interpretação semântica conduzia – sem perder o irrestrito apego a linguagem e ainda buscando uma solução que se

¹⁵⁸ Segundo LARENZ são representantes da teoria subjetivista “WINDSCHEID E BIERLING e, em certo sentido, também PHILIPP HECK, e como representantes da teoria objectivista, KOHLER, BINDING E WACH, bem como, posteriormente, RADBRUCH, SAUER e BINDER (...)”.LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1991, citado na tradução portuguesa: Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed., trad. José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 445.

¹⁵⁹“a «intensão» tem a ver com o conteúdo intencional das expressões ou enunciados, com aquilo que eles intencional e predicativamente dão a entender dos objectos (...) oferecendo assim uma determinação conotativa ou a significação em si; enquanto a «extensão» designa o concreto objeto referido ou a totalidade, a classe, o conjunto, etc., dos objetos referidos pela intencional significação das expressões ou enunciados, pelo que se traduz numa determinação denotativa (...)”.NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 109.

¹⁶⁰ NEVES, António Castanheira, *Interpretação...*, pp. 362-366.

¹⁶¹ BRASIL, Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1916, art. 924.

¹⁶² Sobre a influência da pandectística no Código Civil de 1916: HARKE, Jean Dirk, *Pandectística e sua recepção no direito brasileiro*, in: Revista IHGB, vol. 473, pp. 31-52, Rio de Janeiro, 2017, disponível em: https://drive.google.com/open?id=0BydR8nHYLc_KVjgyZTZKWDhSQkk, acesso em: 07/07/2018.

justifique em nível linguístico –, passou-se a entender que a redução da multa, na hipótese ventilada, deveria ser considerada como um direito subjetivo da parte, de modo que onde se lê “poderá” deveria ser lido “deverá”, posição esta que foi cristalizada no artigo 413 do vigente Código Civil Brasileiro de 2002¹⁶³, cuja dicção é a seguinte: “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”¹⁶⁴.

3.1. O contrato e sua interpretação no positivismo legalista

Orientada a atender as exigências da então ascendente classe burguesa¹⁶⁵, a civilística de oitocentos, visceralmente ligada ao modelo capitalista¹⁶⁶ e ao liberalismo político iluminista¹⁶⁷, norteia-se pela não intervenção estatal nas relações privadas, donde decorre a ideia de que as pessoas são livres para contratarem como bem lhes aprouver, e, também, na necessidade de se garantir que as avenças celebradas entre particulares sejam cumpridas do modo como foram textualmente estipuladas e com estrita observância das disposições dos recém-nascidos códigos civis¹⁶⁸.

Neste período, conhecido com *era das codificações*¹⁶⁹, que tem início em 1804, com o *code civil* francês¹⁷⁰, e depois com o *codice civile* italiano, em 1865, e o

¹⁶³ BRASIL, Lei n.º 10.403 de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*, 2002, art. 413.

¹⁶⁴ Adaptação do exemplo apresentado por MIGUEL REALE em: REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 568.

¹⁶⁵ ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, Bolonha: Il Mulino, 1947, citado na tradução portuguesa: O contrato, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009, p. 40.

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos – parte general*, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 23.

¹⁶⁷ ANTUNES VARELA afirma que o iluminismo é um dos fatores responsáveis por colocar “a liberdade individual no centro ideológico de todo o sistema jurídico, afirmando a supremacia da vontade esclarecida do homem entre as forças criadoras do Direito (...)”. VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 215.

¹⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado...*, pp. 24-25.

¹⁶⁹ De acordo com ANA GAUDÊNCIO, a “(...) codificação moderna, além de fenômeno radicado no iluminismo e no jusnaturalismo racionalista - enquanto consagração dos princípios de direito natural, compreendido como o direito que convém à sociedade moderna, e enquanto meio de afirmação do indivíduo - constitui a resposta do seu tempo às questões de unificação política e de evolução da técnica jurídica. O Renascimento, o Humanismo e a Reforma tinham já operado alterações profundas na imagem que o homem assumia de si próprio e do mundo. Por outro lado, a crise do *ius commune*, a afirmação do individualismo e o ideal de estabilização e racionalização do direito - com o respectivo estabelecimento de uma ordem que

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemão, de 1900¹⁷¹, entendia-se que, no âmbito das relações privadas, apenas as obrigações que fossem assumidas voluntariamente pelos indivíduos, poderiam ser deles exigidas¹⁷² [*solus consensus obligat*].

No entanto, uma vez que a vontade livre de contratar fosse dada a conhecer – enquanto manifestação da autonomia da vontade –, a palavra empenhada, em razão da autovinculação negocial, deveria ser estritamente respeitada, cabendo à ordem jurídica apenas reconhecer os pactos encetados pelas partes e passivamente se abster de qualquer intervenção no exercício da liberdade privada de contratar¹⁷³.

Comandava as relações privadas, a tônica de que era necessário garantir, de maneira segura, que as disposições contratuais, tal como foram originariamente redigidas, fossem observadas, não só pelas partes, mas também pelo Estado-Juiz. Não é por outro motivo que se defendia a ideia de que o contrato fazia lei entre as partes contratantes [*pacta sunt servanda*]¹⁷⁴ e, não é por outra razão que, uma vez obedecidos determinados requisitos formais, os contratos encetados eram considerados justos e não poderiam ser revisados judicialmente¹⁷⁵.

Deste modo, a interpretação dos contratos se dava através da análise lógica da linguagem empregada em suas cláusulas, através da qual se buscava revelar, para os subjetivistas, qual era a real vontade das partes no momento em que contrataram, ou, para os objetivistas, as vontades efetivamente plasmadas no instrumento contratual.

traduzisse em normas positivas e certas os ditames da *recta ratio*, herança iluminista -, contribuíram decisivamente para a codificação”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O culto...*, pp. 682-683.

¹⁷⁰ “O *Code Civil* francês de 1804 constituiu, simultaneamente, um ponto de chegada e um ponto de partida fundamental para os domínios jurídico e político, não apenas em França, mas também em toda a Europa. Por um lado, o surgimento do referido código foi o culminar de toda uma evolução filosófico-jurídica anterior. Por outro lado, implicou o desenvolvimento de uma ciência do direito cujas principais tarefas consistiam na interpretação das suas disposições, bem como na determinação do seu *modus operandi*”. *Ibidem*, pp. 681-682.

¹⁷¹ ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, p. 40.

¹⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado...*, pp. 24-25.

¹⁷³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, in: separata do volume XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Almedina, 1994, pp. 13-14.

¹⁷⁴ “A velha máxima *pacta sunt servanda* aparece já defendida pelos antigos canonistas, embora tendo especialmente em vista as relações entre Estados”. VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações...*, p. 215.

¹⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado...*, pp. 24-25.

4. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do direito no positivismo de Hans Kelsen:

Ainda como forma de ilustrar como a semiótica e o juspositivismo caminharam de mãos dadas, repare que a análise da linguagem não foi só assumida pelo legalismo do Século XIX como mecanismo revelador da realidade jurídica, mas, mesmo depois, KELSEN, com seu projeto ambicioso de edificar uma *Teoria Pura do Direito* [*Reine Rechtslehre*], que manumitisse a ciência jurídica de toda valoração moral e política¹⁷⁶, com forte influência do Círculo de Viena [*Wiener Kreis*] e tributário do primeiro momento filosófico de WITTGENSTEIN (o do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*) valeu-se em tão larga medida dos postulados da filosofia analítica e da análise lógica da linguagem, ao ponto de lhes considerar como único caminho capaz para se chegar a uma descrição objetiva do direito.

Intentando elevar a jurisprudência ao patamar de uma verdadeira ciência, KELSEN adota o método próprio das ciências naturais¹⁷⁷ e afirma que o direito não é um valor, mas um fato que se qualifica como norma jurídica quando é descrito pela a *Ciência do Direito* em uma lei¹⁷⁸.

Ao reconhecer que direito é a lei, KELSEN tem plena consciência de que tal identificação, inevitavelmente, ocasionará algumas equivocidades na verificação do conteúdo do direito aplicável à hipótese concreta. De fato, não lhe passa despercebido que

¹⁷⁶ Diz KELSEN ao prefaciar a primeira edição da sua *Teoria Pura do Direito*: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”. KELSEN, Hans, *Reine rechtslehre*, Vienna: Verlag Franz Deuticke, 1960, citado na tradução Brasileira: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Batista Machado, 6ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. VII.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹⁷⁸ “Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos”. *Ibidem*, p. 51.

a lei, por ser expressa em palavras, que muitas vezes possuem múltiplos sentidos, poderá ser interpretada de modo distinto daquele originariamente pretendido pelo legislador¹⁷⁹.

É por conta da percepção do caráter ambíguo da linguagem, que o filósofo austríaco promove um corte epistemológico em sua teoria, apartando do âmbito da *Ciência do Direito* todo e qualquer juízo de valor do intérprete. Tal como fez KANT com a moral, KELSEN propõe uma assepsia do direito, que em sua autonomia passa a ser considerado como o conjunto de normas válidas descritas de modo avalorativo. Resultado desta tentativa de desvencilhar o direito de todo e qualquer juízo de valor do intérprete, é a cisão da sua realização concreta em dois momentos: o da interpretação propriamente dita e o da aplicação¹⁸⁰.

Portanto, se é a linguagem¹⁸¹ que permite à KELSEN dizer científica e abstratamente o “que é o direito”¹⁸², parece ser ela, como sua essência porosa e volúvel, que lhe impede de reconhecer status de ciência ao modo pelo qual o direito se externa concretamente em uma decisão judicativa, pois se para ele não é tarefa da Ciência do Direito lidar com voluntarismos ou subjetivismos, lhe sobra apenas a tarefa de descrever (interpretar)¹⁸³ o direito.

Neste sentido assevera KELSEN que o único propósito da *teoria pura do direito* é o de conhecer o seu objeto e responder à “questão do que é o Direito, não do que deve ser. Esta segunda questão é uma questão da política, ao passo que a teoria pura do Direito é

¹⁷⁹ KELSEN, Hans, *What is Justice?*, Berkeley: University of California Press, 1957, citado na tradução brasileira: *O que é justiça?*, trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 211.

¹⁸⁰ “Destá forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”. KELSEN, Hans, *Reine...*, p. 245.

¹⁸¹ E é através da linguagem expressa na lei que o direito se auto-revela, pois segundo KELSEN um “ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica. Nisto reside uma particularidade do material oferecido ao conhecimento jurídico. (...) Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. (...) Assim, o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma auto-explicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete”. *Ibidem*, pp. 2-3.

¹⁸² Para KELSEN a *Teoria Pura do Direito* “quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”. *Ibidem*, p. 1.

¹⁸³ “(...) também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas”. *Ibidem*, p. 245.

uma ciência”¹⁸⁴ e, enquanto ciência que é, ela se declara “incompetente para responder tanto a questão de ser dado Direito justo ou não como à questão mais fundamental do que constitui a justiça (...) não pode responder essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente”¹⁸⁵.

KELSEN entende, por um lado, que o problema da interpretação do direito está limitado à verificação da validade dos enunciados jurídicos o que se dá através da verificação lógica (sintática e semântica) de uma compatibilidade vertical existente entre eles. Por outra banda, para o professor da Universidade de Viena, a aplicação do direito implica em um ato de vontade do julgador que se plasma na escolha de uma resposta para o problema concreto, dentre as múltiplas respostas possíveis que se encontram delineadas pela *moldura da norma*¹⁸⁶.

Melhor explicando, podemos dizer que há entre uma norma superior e uma inferior, por exemplo, entre a constituição e a lei ou entre a lei e o contrato, uma relação de determinação, isto é, a norma superior determina como será produzida e qual será a substância da norma inferior. Com base nesta regra, para que uma norma seja considerada válida, deverá encontrar em outra norma o seu *fundamento imediato de validade*¹⁸⁷.

Contudo, principalmente no que tange ao conteúdo, a determinação normativa não é absoluta, de sorte que sempre haverá um espaço a ser preenchido pela livre apreciação do intérprete¹⁸⁸. É que a norma superior funciona como uma moldura para o ato de produção normativa, cingindo seus limites, porém, não impede a atividade criativa do intérprete dentro destes limites, de sorte que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”¹⁸⁹.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans, *What...*, p. 258.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 259.

¹⁸⁶ “O Direito a aplicar forma, em todas estas 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, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. KELSEN, Hans, *Reine...*, p. 247.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 155

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 245-246

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 246.

Esta indeterminação que rodeia a aplicação do direito decorre não só das várias possibilidades do quadro normativo, mas também, da indeterminação semântica das palavras que compõem o texto legal, cuja plurivocidade permite àquele a quem incumbe aplicar a norma escolher, dentre vários sentidos possíveis, aquele que melhor solucionará a hipótese concreta¹⁹⁰.

O ato de interpretar o direito, que é realizado pela *ciência do Direito*, consiste na determinação da moldura normativa, isto é, no balizamento das possíveis soluções normativas que estão à disposição daquele a quem compete aplicar o direito para solucionar a hipótese concreta.

Em suma, para Kelsen, “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”¹⁹¹.

4.1. O contrato e sua interpretação no positivismo de Hans Kelsen

De acordo com o pensamento kelseniano, o contrato – figura de maior destaque dentre os negócios jurídicos¹⁹² –, ao consolidar as manifestações de vontade das partes (proposta e aceitação) faz emergir uma norma sinalagmática que, enquanto vigente, irá regular aquelas relações dos contratantes que guardem alguma pertinência com o vínculo contratual¹⁹³.

Embora vigente para as partes, a norma criada através do contrato, para ser válida, há de ser compatível com a norma jurídica geral com base na qual o contrato foi estabelecido¹⁹⁴, o que significa dizer que, enquanto norma, o contrato deve estar situado no âmbito da moldura da norma que lhe é verticalmente superior na ordem jurídica. Apenas depois de verificada esta compatibilidade vertical, é que o julgador estará habilitado a

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 246-247.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 247.

¹⁹² *Ibidem*, p. 180

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 179-180.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 179.

encontrar, dentro da moldura da norma contratual, uma norma concreta que regule a aplicação da sanção civil a ser imposta à parte que não cumpriu com as obrigações pactuadas¹⁹⁵.

Além das práticas que se consubstanciam em um descumprimento do pactuado, outra questão que gera problemas no âmbito contratual – e que não é ignorada por KELSEN –, é a falta de correspondência entre a vontade real do contratante e aquela que foi declarada quando da avença¹⁹⁶.

Para o filósofo em comento, já ressaltamos, à *ciência do Direito* incumbe apenas descrever a norma sem fazer qualquer juízo de valor (traçar a sua moldura), e, a toda evidência, a verificação de identidade entre a vontade de fato intencionada e a formalmente declarada em um contrato, transborda os lindes da mera descrição¹⁹⁷.

Por exigir a invocação de elementos que extravasam o que KELSEN considera como *ciência do Direito*, a relação de conformidade entre aquilo que a parte pretendia e o que de fato consta no contrato, não poderá ser examinada no âmbito de *Teoria Pura do Direito* e só será percebida quando da aplicação. Apenas nos domínios da aplicação, com a mobilização de *princípios de política jurídica* e respeitados os contornos traçados pela *ciência do Direito*, mais precisamente no bojo da moldura normativa, é que irão se assomar as possíveis soluções práticas para o caso concreto e onde, esta distinção, se existente, poderá ser visualizada. Só no momento da aplicação é que o julgador será capaz de verificar, a partir da norma contratualmente criada, se há alguma discrepância relevante entre a vontade declarada e a efetivamente querida e, conforme o caso, atribuir mais valor para a declaração em si ou à vontade real das partes¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Num contrato as partes contratantes acordam que devem se conduzir de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial, mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil. *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 180.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 180-181.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

5. A interpretação da linguagem como instrumento de revelação do Direito no *soft positivism* de Hebert Hart:

A importância para a ciência jurídica do estudo da filosofia da linguagem já havia sido anunciada por HART em sua primeira palestra como professor titular da cátedra de Teoria do Direito de Oxford¹⁹⁹, no entanto, foi em 1958 com a publicação na *Harvard Law Review* de *Positivism and the Separation of Law and Morals*²⁰⁰ e em seqüência, em 1959, de modo mais explícito, no artigo *Causation in the Law*²⁰¹, escrito em co-autoria com TONY HONORÉ, e mais adiante, em 1961, com a sua obra seminal *The Concept of Law*, que sua proposta de inteligência do Direito a partir da compreensão de instrumentos linguísticos ganhou seus contornos teóricos finais.

Na busca por uma resposta à pergunta: “o que é o direito?”²⁰² – embora o objetivo primacial de sua obra não seja dar uma definição do que é o direito, mas oferecer “uma análise aperfeiçoada da estrutura característica dos sistemas jurídicos internos e uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral(...)”²⁰³ –, a teoria do direito para HART fala essencialmente que a conduta humana segue certos padrões gerais e, por conta disso, o acesso à essência do Direito – a descrição sobre o que é o Direito –, apenas se faz possível através da linguagem comumente utilizada pelos indivíduos para descrever tais padrões²⁰⁴.

De fato, para HART, o direito estabelece-se como mecanismo de controle social pela linguagem que é utilizada na legislação ou nos precedentes, para descrever determinados padrões de conduta que são transmitidos e conhecidos pelas pessoas²⁰⁵.

Não descurando que a transmissão dos padrões de conduta através do uso da linguagem, não raras vezes, gera compreensões equívocas sobre o seu real sentido, propõe

¹⁹⁹ Ocupada até 1952 por ARTHUR GOODHART.

²⁰⁰ HART, Hebert L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, In: *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629, pp. 593-594.

²⁰¹ HART, Hebert L. A., *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1959.

²⁰² HART, Hebert L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1994, citado na tradução brasileira: *O Conceito de Direito*, 1ª ed., trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1.

²⁰³ *Ibidem*, p. 17.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 161.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 161-162.

HART, que eles sejam dados a conhecer através fórmulas lingüísticas explícitas, de sorte que, para se verificar se uma conduta está ou não em consonância com o que prescreve determinado padrão de conduta – que é alçado à categoria de Direito através da sua mobilização pela legislação ou pelo precedente judicial – basta testar se ela se amolda ou não a uma descrição lingüística preexistente²⁰⁶.

Não obstante, constata HART, que a certeza que as formulações lingüísticas conferem, nem sempre é absoluta, pois se é certo que nas hipóteses mais corriqueiras [*easy cases*] sua aplicação se dá sem maiores obstáculos – através de um exercício de lógica formal –, existirão casos duvidosos [*hard cases*] nos quais não será possível determinar, de maneira precisa, como é que uma fórmula geral prescrita pela legislação ou por um precedente deverá ser compreendida e aplicada²⁰⁷.

HART admite que muito embora a linguagem seja capaz de descrever uma considerável parcela da realidade jurídica e de oferecer a solução para um amplo espectro de problemas – sobretudo os mais corriqueiros – hipóteses haverá em que, por conta da *textura aberta da linguagem* – e porque o Direito para ele é linguagem se pode falar também em uma *textura aberta do direito*²⁰⁸ – que lhe confere uma índole por vezes ambígua, a análise lingüística e a interpretação semântica, descortinarão não uma, mas uma multiplicidade de respostas possíveis para o problema, colocando o intérprete em um dilema que é insolúvel em termos puramente lingüísticos²⁰⁹.

Ante tal questão, o eminente Professor de Oxford verifica que na comunicação as palavras possuem um núcleo significativo, há nelas um sentido padrão que não deixa margens para dúvidas semânticas. Porém, há também, um espaço de indeterminação onde reina a anfibologia²¹⁰, pois as palavras, em sua semiologia, quase nunca correspondem à tradução de um único fenômeno ou coisa²¹¹.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 163.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 163-164.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 175.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 166.

²¹⁰ “(...) a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais (...)”. *Ibidem*.

²¹¹ “Nesta altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta (...) cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplos facilmente reconhecíveis. A inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de

O exame autômato da linguagem nos conduz a absurdos, nos diz HART, um automóvel de brinquedo não nos pode falar, se é ele ou não um veículo, para os fins de uma determinada lei que proíbe a circulação de automóveis em um parque²¹². As situações fáticas são infinitas e a lei nunca conseguirá abarcá-las, de sorte que é tarefa a ser assumida pelo julgador, ao aplicar as regras legais a um caso concreto, cingir a amplitude dos termos que estão impressos nas regras²¹³.

Estas indeterminações significativas que estão para além do núcleo semântico das palavras – presentes em grande medida nas regras – criam, um espaço de indeterminação – uma *zona de penumbra* – dentro do qual não é possível ao julgador se valer do raciocínio lógico-dedutivo, e aí reside, segundo o autor, o grande erro de autores como BENTHAN e AUSTIN, que por desconhecerem esta *zona de penumbra* e por pensarem que a aplicação da lei somente se pode dar através da dedução, se limitam a realizar uma análise meramente descritiva do Direito, o que lhes conduz a defender um julgamento moral do caso²¹⁴.

Quando se está na zona de penumbra, diz HART, quando o *ser* do direito se confunde com o seu *dever-ser*, o julgador há de se valer, para dizer o direito, de um poder discricionário que é análogo àquele que tem o legislador ou as autoridades administrativas quando emitem atos infra-legais²¹⁵.

O exercício desta discricionariedade – que para HART longe está de implicar em uma junção do direito com a moral ou de se confundir com arbitrariedade –, possibilitado pela abertura semântica da linguagem e limitado pelos padrões gerais de conduta tipificados nas regras, permite, nos casos de indeterminação do Direito, que os tribunais, com suas decisões, exerçam uma atividade criativa, estabelecendo, justificadamente e tal como faria um legislador consciencioso, o conteúdo do Direito aplicável ao caso²¹⁶.

uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio em decidir qual é o procedimento correto.” *Ibidem*, p. 165.

²¹² *Ibidem*, p. 167.

²¹³ HART, Hebert L. A., *Positivism...*, p. 607.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 607-608.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 612-613.

²¹⁶ HART, H. L. A., *Postscript*, in: HART, H. L. A., *Concept of Law*, p. 352.

5.1. O contrato e sua interpretação jurídica no *soft positivism* de Hart

Para se compreender o modo pelo qual se processa a interpretação dos contratos civis na teoria hartiana, necessário se faz, que se entenda primeiro qual é para HART a natureza jurídica dos contratos e das normas que os regulamenta e, para tanto, é preciso ter em mente que um dos objetivos do autor ao escrever *The Concept of Law* é refutar a concepção imperativista, cujo maior expoente é JOHN AUSTIN com seu *Province of Jurisprudence Determined*²¹⁷.

De forma muito breve, podemos dizer que no imperativismo – do modo como HART o descreve²¹⁸ – o Direito é encarado como um conjunto de comandos, dirigidos por um soberano, que é aquele que habitualmente é obedecido por todos e habitualmente não obedece ninguém²¹⁹, a um súdito, identificado como o indivíduo que tem por hábito obedecer aos comandos que lhes são emanados por um soberano²²⁰, cujo cumprimento está estribado em ameaças²²¹.

Entende HART que o imperativismo conceitua o Direito como um simples fato, pois, tanto a ordem emanada pelo soberano e a ameaça que garante o seu cumprimento, quanto a identificação de quem ocupa as posições de soberano e de súdito, que se dão a partir de comportamentos habituais, são descritas em termos puramente factuais, sem se recorrer a qualquer elemento normativo, isto é, o Direito é relatado a partir de comportamentos concretos, sem se fazer qualquer valoração acerca, por exemplo, do que é justo ou injusto²²².

²¹⁷ Vide HART, H. L. A., *Concept of Law*, capítulos: II, III e IV.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ “Devemos supor que, qualquer que seja o motivo, a maioria das ordens são mais frequentemente obedecidas do que transgredidas pela maior parte dos afetados. Neste livro, seguindo o exemplo de Austin, chamaremos isso de “um hábito geral de obediência”(…)”. *Ibidem*, p.30.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 67 e ss.

²²¹ Segundo DWORKIN: “Hart rejected Austin’s account of legal authority as a brute fact of habitual command and obedience. He said that the true grounds of law lie in the acceptance by the community as a whole of a fundamental master rule (he called this a “rule of recognition”) that assigns to particular people or groups the authority to make law”. DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 34.

²²² Referindo-se à teoria de AUSTIN assevera HART que a “causa fundamental do fracasso é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças – não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma norma, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito”. HART, H. L. A., *Concept...*, p. 105.

Em rejeição ao pensamento de J. AUSTIN, o filósofo de Oxford argumenta que nem sempre as normas jurídicas podem ser reduzidas a comandos, isto é, a ordens que se sustentam em ameaças e que, se de um lado realmente existem normas que são obrigatórias, ou seja, que estabelecem determinadas obrigações ou proibições sob a ameaça de sanções, de outro, também existem normas que não estabelecem obrigações ou proibições e, tampouco, estão acompanhadas de sanções²²³.

Pertencem à categoria de normas cuja obediência não está fundada em uma sanção: aquelas que estabelecem procedimentos para determinados atos ou atividades jurídicas, as que atribuem poderes a alguns funcionários estatais e, também, as que conferem direitos e liberdades aos particulares para interagirem no âmbito privado²²⁴.

HART então verifica a existência de dois tipos de regras, chamando de primárias aquelas que proíbem ou obrigam a alguém que faça ou se abstenha de fazer algo sob pena de sofrer uma sanção, e de secundárias as que atribuem poderes, que estabelecem critérios ou procedimentos e as que outorgam direitos aos particulares²²⁵.

Com a descoberta desta segunda espécie de regra, HART coloca em cheque o modelo imperativista que apenas categoriza como regra aquelas normas que estivessem calcadas em uma ameaça e que, por esta razão, é incapaz de explicar os mandamentos legais que atribuem direitos, que estabelecem procedimentos ou que determinam certas atividades.

Nesta linha, HART compreende que as normas que estabelecem critérios para que o contrato seja válido, como por exemplo, aquelas que determinam quem tem capacidade para contratar, qual a forma que deve ser assumida pelo contrato, se são necessárias ou não testemunhas e quantas são necessárias, quais cláusulas podem ou não constar em um contrato etc., são normas que não dirigem a vontade humana, obrigando que um contrato

²²³ *Ibidem*, p. 43.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 103-104.

²²⁵ “As normas de um tipo (...) primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo (...) secundárias (...) estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas a sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes (...) as do primeiro (...) envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem (...) à criação ou modificação de deveres e obrigações”. *Ibidem*, pp. 105-106.

seja feito, mas que apenas autorizam aos contratantes realizarem o contrato, determinando-lhes, acaso queiram celebrá-lo, o modo como devem agir para contratarem validamente²²⁶.

Estas normas que permitem as pessoas contratarem e que estabelecem o modo como devem proceder quando decidem contratar, como não são daquele tipo que proíbem ou obrigam um determinado comportamento sob pena de sanção – as pessoas decidem livremente se desejam ou não contratar –, mas, ao contrário, como são normas que conferem e regulamentam o exercício de direito pelos particulares, HART as identifica como sendo regras secundárias²²⁷.

É em razão destas regras secundárias, cujo respeito se dá, não por medo de uma punição que é uma consequência factual, mas em virtude de um elemento contra-factual que é a probabilidade de sanção – quem contrata ao arrepio das regras de contratação pode até ver a promessa que lhe foi feita ser cumprida, mas também estará sujeito à declaração de nulidade do seu negócio jurídico – que os contratos são respeitados e cumpridos pelas partes.

Assim, o cumprimento da avença não se dá pelo fato do sujeito acreditar que o seu descumprimento implicará em uma consequência necessária caracterizada como uma sanção, mas ocorre em virtude de existir uma regra que determina como obrigatório aquele comportamento e que impele os contratantes a um juízo crítico de que é melhor cumpri-lo do que não cumpri-lo. Assim, não é porque o contrato *obriga a* – decorrente de um simples hábito acrítico de obediência revelado por um *aspecto externo da norma* –, mas é por ele fazer surgir uma *obrigação de* – que é uma atitude crítica e reflexiva do sujeito diante do padrão de comportamento que decorre de um *aspecto interno das normas* – é que as partes respeitam aquilo que foi pactuado²²⁸.

Estabelecidas estas premissas, verifica-se que para HART, o contrato – regra primária construída a partir do exercício de um poder análogo ao exercício de um poder legislativo limitado –, cuja validade está condicionada à sua consonância com as práticas

²²⁶ *Ibidem*, pp. 37-38 et 124-125.

²²⁷ Já que são “(...) normas que outorgam aos indivíduos o poder de alterar suas posições jurídicas iniciais sob a vigência das normas primárias (...) essas normas possibilitam a elaboração de (...) contratos (...)”. *Ibidem*, pp. 124-125.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 75-76. Vide, também, a distinção feita pelo autor entre *ser obrigado a* e *ter a obrigação de* feita nas pp. 107 e ss.

sociais que se consubstanciam na regra de conhecimento²²⁹, deve ser interpretado a partir da observância das regras secundárias que outorgam poderes aos indivíduos para criá-lo²³⁰ e através da análise lógica da linguagem em que suas cláusulas se exprimem, ou seja, a partir de um exame semântico das disposições de vontade nele inseridas e de sua aplicação puramente lógico-dedutiva.

Contudo, a linguagem utilizada pelos contratantes para exprimirem suas vontades, em razão de possuir uma *textura aberta*, pode estar impregnada de ambigüidades não intencionadas pelas partes, ou mesmo de indeterminações intencionadas que ocorrem através do uso cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, que colocam o contrato em uma *zona de penumbra*, onde linguisticamente um espectro de soluções possíveis se abre.

Estes diversos caminhos descerrados pela interpretação semântica revelam a incapacidade do modo silogístico de se resolver os problemas jurídicos e, é por conta desta debilidade, que HART busca uma válvula de escape na discricionariedade do julgador, que deverá dela se valer para, em substituição à vontade dos contratantes, respeitados os limites daquilo que foi contratado, criar o direito aplicável ao caso.

6. A experiência positivista e a inviabilidade da análise lógica da linguagem como método jurídico-interpretativo

Brevemente apresentadas estas facetas do positivismo jurídico, pinçadas dentre os diversos matizes que hodiernamente lhes são conferidos – para além das versões clássicas, fala-se hoje em positivismos inclusivos, exclusivos e normativos²³¹, cujas características não nos é permitido esmiuçar neste breve trabalho – percebe-se, inicialmente, que, não obstante a análise puramente semântica da linguagem permita ao positivista atribuir um

²²⁹ Segundo comentários feitos por DWORKIN, a *regra de reconhecimento* é uma regra-mestra que confere a certas pessoas a aptidão para criar o Direito e, a obediência das prescrições legais não decorre simplesmente de uma autoridade que certas pessoas possuem para criá-las, mas do fato destas proposições jurídicas estarem lastreadas em convenções sociais que consubstanciam a aceitação de uma comunidade que certas pessoas possam criar validamente o Direito. DWORKIN, Ronald, *Law's...*, p. 34.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 38, 51 e 124-125.

²³¹ WALUCHOW, Wilfrid, *Legal Positivism, Inclusive Versus Exclusive*, in: E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 2008.

significado linguisticamente inteligível para as cláusulas de um contrato, as sendas que se abrem a partir das tentativas de intelecção dos textos, muitas vezes levam, aqueles que por elas trilham, a hesitarem sobre qual o melhor caminho a seguir, de modo que, em certos casos, a opção por um ou outro sentido da linguagem, é resultado de uma singela conjectura, que o jurista é obrigado a fazer, a partir da observação dos enunciados linguísticos, o que se dá, por vezes, de modo meramente intuitivo, para não dizer discricionário, e, por conseguinte, com grandes chances de desaguar em conclusões “eminente-falíveis”²³².

De fato, ao se resumir a interpretação jurídica à identificação objetiva do nexo identitário que liga um símbolo à expressão lingüística que a ele é atribuída, tal como proposto pelo positivismo legalista, o que se traspassa é não mais do que a camada locucionária do ato comunicativo – “que equivale, grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez, equivale, grosso modo, ao "significado" no sentido tradicional do termo”²³³ –, não se podendo esperar outro resultado que não somente o seu sentido denotativo ou literal.

Apenas para ilustrar, perceba que quando se diz, por exemplo, “vai chover” o que se entende de maneira linear é que “haverá a precipitação da água atmosférica sob a forma de gotas”, todavia, de acordo com as circunstâncias, a mesma frase pode ser entendida como: “pegue o guarda-chuva!”.

Igualmente, também exigem uma verificação contextual, aqueles casos em que se faz necessária a ampliação da auréola conceitual de uma palavra para abarcar um seu casuístico sentido subtendido, tal como acontece, por exemplo, com o termo “cão” no contexto de um contrato de locação de imóvel, em que o locatário, atendendo as exigências do locador, se compromete a não manter animais desta espécie nas dependências do bem locado, contudo se percebe, a partir das regulamentações condominiais que a vontade externada pelo locador era não só proibir que o locatário mantivesse cachorros, mas

²³² PEIRCE, Charles Sanders, *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, 3ª ed, Cambridge: Harvard University Press, 2000, citado na tradução brasileira: *Semiótica*, trad. José Teixeira Coelho Neto, São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 45.

²³³ AUSTIN, John Langshaw, *How to Do Things With Words*, New York: Oxford University Press, 1962, citado na tradução brasileira: *Quando Dizer é Fazer*, trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho, Porto Alegre: Artes Médicas: 1990, p. 95.

também outros animais análogos, de modo que o âmbito conceitual do termo “cão” haverá de ser ampliado para abarcar, por exemplo, gatos, coelhos, ursos etc., mas a depender das circunstâncias, não abrangendo, por exemplo, peixes ornamentais e pássaros²³⁴.

Não é diferente o que ocorre com as hipóteses de homonímia – ou com os termos homófonos especificamente na linguagem falada –, vez que o significado dos termos que assim se caracterizam só poderá ser determinado a partir da verificação das circunstâncias em que eles são utilizados.

Percebe-se, assim, que a compreensão da linguagem não implica em um mero decifrar dos signos ou enunciados por intermédio dos quais ela se exprime – o entendimento da linguagem não se resume à sua simples análise estrutural –, é necessário compreender o contexto comunicativo em que ela se insere²³⁵, de sorte que para além do que lhe é locucionário é necessário identificar o que nela há de ilocucionário²³⁶, ou seja, os sentidos que a representação lingüística, ou os *jogos de linguagem* para falar com WITTGENSTEIN, adquirem em conformidade com a variação do contexto comunicativo.

É neste encarar a interpretação apenas como um estudo semântico – não pragmático – do discurso jurídico – muito embora, conforme adverte ANA GAUDÊNCIO, mesmo na Escola da Exegese, em alguns momentos e para alguns dos seus seguidores, a interpretação jurídica não se restringisse a uma simples aplicação do texto²³⁷ – é que parece residir um dos grandes equívocos do positivismo de oitocentos. Pois, ao tomar linguagem em sua literalidade como instrumento de revelação do jurídico – como se possível fosse condenar as palavras a exprimirem unicamente um sentido denotativo –, se olvida que para além da literalidade auferida com a semântica, há impregnado no texto uma axiologia que só nos é perceptível na dimensão pragmática da linguagem²³⁸.

²³⁴ Vide exemplos análogos em: NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 191.

²³⁵ “Às primeiras regras caberia (...) analisar o texto em si, nas suas virtualidades lógico-lingüísticas (...) tentar-se-ia de vencer as ambiguidades e as inconsistências fazendo uma leitura do «teor verbal» (...) orientada pelas comuns convenções lingüísticas (...) Num segundo momento (...) o objectivo seria superar as vaguidades com que o intérprete também se deparasse (...)”. *Ibidem*, pp. 176-178.

²³⁶ AUSTIN, John Langshaw, *How...*, pp. 85-103. RICOEUR, Paul, *Interpretation...*, pp. 25-31.

²³⁷ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O culto...*, p. 732.

²³⁸ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 182.

Em outros termos, o positivismo legalista não percebe que o texto da lei ou do contrato é senão um retrato hirto de um *frame* da existência, uma fotografia que já é lívida no instante seguinte ao que é tirada, pois mesmo que seja possível identificar a imagem que nela foi estampada, o que nos chegará aos olhos será, invariavelmente, uma representação do passado²³⁹, é que conforme o poema de RAUL BRANDÃO : “(...) Nós não vemos a vida – vemos um instante da vida. Atrás de nós a vida é infinita, adiante de nós a vida é infinita (...)”²⁴⁰.

Realmente, entender a interpretação jurídica como a singela correção de anfibologias, como um reles exercício de determinação de sentidos pretensamente jurídicos, para termos ou expressões contidos em um texto, implica em olvidar que a existência é senão um continuum vir a ser – um convergir de contrários, um eterno fluir, conforme bem diria Heráclito de Éfeso –, ignorar que a vida se movimenta impelida por uma *dýnamis koinonía*, para falar com PLATÃO, que incessantemente a transforma, que o direito, dentre tantas outras possibilidades, é a opção ética humana para a solução do problema mundano da convivência²⁴¹ e, tal quais os problemas que ele tenciona solver, não é estático, mas um *constituendo* que se revela ininterruptamente no devir histórico²⁴².

Este positivismo legalista “tributário como foi (nomeadamente) da epistemologia moderna, inucleada no cientismo físico-matemático”²⁴³, ignora que o contrato, ao largo de ser um simples fato – apreendido em termos probatórios e não particularmente jurídicos²⁴⁴ –, é uma norma autonomamente constituída a suscitar, em sua problematicidade, um sentido, não simplesmente factual²⁴⁵, mas jurídico-normativo²⁴⁶ e, nesta medida, a

²³⁹ “(...) petrificar a vida (fixando-a num quietismo paralisante), corresponde a negar a historicidade que a dinamiza e a validade que a anima(...)”.BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista: Pessoa ou Androide*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 31-79, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 56-57.

²⁴⁰ Excerto do poema *21 de Novembro*.

²⁴¹ NEVES, António Castanheira, *Direito...*, p. 297. E também: NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 65.

²⁴² “o direito não é pura e simplesmente (seja em que realidade for), *constitui-se*”. NEVES, António Castanheira, *Fontes do Direito*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 07-94, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 57.

²⁴³ BRONZE, Fernando José Pinto Bronze, *As margens...*, pp. 97-98.

²⁴⁴ NEVES, Castanheira, *Questão-de-facto, questão-de-direito...*, p. 335.

²⁴⁵ O positivismo legalista entende que a interpretação dos contratos se limita a ser uma investigação de fatos, pois que percebe as “prescrições negociais não como manifestações de uma jurídica normatividade, mas somente a expressão de um simples acto de vontade privada, também, por outro lado, a sua mais estrita fidelidade ao «dogma da vontade» no problema dos negócios jurídicos lhe implicava naturalmente concluir que interpretar o sentido negocial relevante não seria mais do que averiguar o efetivamente querido, da intenção psicologicamente real do autor ou autores da vontade comunicada”. *Ibidem*, pp. 335-336.

interpretação dos contratos nos é apresentada “como o constituir individualizante de um certo sentido e estrutura jurídico-negocial, em termos, pois, de se não tratar simplesmente de aprender cognitivamente um (...) mero *factum* (...) mas de compreender realizada uma unitária estrutura normativa (...)”²⁴⁷.

A compreensão do contrato como norma – “que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar”²⁴⁸ –, suscita para sua inteligibilidade que ele seja lido, *pari passu*, sob as lentes das demais normas já constituídas e à luz das essencialidades da norma, que se constituindo, consubstanciará, não a vontade dos contratantes – real ou manifestada –, mas a vontade normativa²⁴⁹.

Com a superação da semântica enquanto método jurídico-interpretativo, imperioso demonstrar, também, como a investigação pragmática, claramente presente em HART e ao que tudo indica encarada por KELSEN como algo transbordante da *ciência do Direito*, igualmente se mostra inábil para a solução do problema da interpretação dos contratos.

Consignou-se que, para além de sua inaptidão para a constituição normativa demandada pela interpretação contratual, a semântica seria incapaz de lidar com as contingenciais variações significativas da linguagem, o que não aconteceria com a pragmática.

Todavia, mesmo quando não nos esquecemos de uma dimensão contextual e histórica da linguagem²⁵⁰, ainda que não descuremos da existência de uma camada pragmática do discurso jurídico – e que levemos a sério em nível puramente linguístico as “(...) ponderações práticas suscitadas pelas controvérsias concretas (...)”²⁵¹ –, a identificação do Direito com o texto nos conduz à crença falaciosa de que a intencionalidade da norma pode corresponder também, para além daquilo que está

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 340.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 344.

²⁴⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 374.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 373-374.

²⁵⁰ “A definição só logrará conferir uma significação mais precisa ou uma pretensa univocidade aos signos expressivos no linguístico «contexto de significação», mas não poderá com isso eliminar os problemas de constitutiva concretização postos pelo «contexto de aplicação»”. NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 191.

²⁵¹ BRONZE, Fernando José Pinto Bronze, *As margens...*, p. 98.

expresso, a uma intencionalidade latente no texto, de modo que oculto naquilo que foi *dito* haveria um dizer que foi *intencionado*²⁵².

Nesta busca pelo subentendido, pelo não expresso, por aquilo que o *logos* jurídico não consegue dizer formal e literalmente, é que parece estar grande armadilha das teorias que confundem o direito com a linguagem, dentre as quais os positivismos. Pois, sobretudo naqueles casos, em que a porosidade²⁵³ aloca os termos em uma zona de indeterminação semântica, onde o texto, de per si, é incapaz de determinar-se significativamente, recorrem os positivistas ao arbítrio e à subjetividade do intérprete como forma de determiná-lo.

Este caráter ambíguo, vago e poroso da linguagem exige que o intérprete positivista lance mão de artifícios lingüísticos ou retóricos que, transcendendo o discurso, avançam sobre o terreno da discricionariedade e, acabam por colocar em cheque, não só as aspirações científicas que animaram o positivismo em priscos tempos, mas a própria credibilidade da interpretação da linguagem como método de revelação do direito²⁵⁴.

Não é por outro motivo que, embora exista o abando do exegetismo próprio do século XIX, em Kelsen a ciência do Direito fica ilhada, pois que, ao constatar que a linguagem é moldável – não só em razão da indeterminação significativa dos termos e expressões, mas também em razão do contexto comunicativo –, e ao admitir que as decisões judicativas sejam capazes de criar (discricionariamente) normas, ele é obrigado a sustentar que o problema da aplicação do Direito não é uma questão que deva ser tratada pela ciência do Direito, mas que há de ser resolvido pela política jurídica.

É nesta cisão entre interpretação e aplicação, que embora permita assunção de uma *teoria pura do Direito*, que parece residir o maior entrave da teoria kelseniana, pois assim fazendo, segundo LÊNIO STRECK, ele “amplia os problemas semânticos da interpretação,

²⁵² NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, pp. 112-113.

²⁵³ “Já no que toca à porosidade, se teria de reconhecer, justamente pela sua referência a uma experiência futura ineliminável e de momento não objectivável, que a semântica analítica a não poderia dominar (...) Nela encontraria, pois, a interpretação semântica um seu invencível limite metódico”. *Ibidem*, p. 114.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 114-115.

acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin”²⁵⁵.

É paradoxal como KELSEN vai além da miopia legalista, de um mecanicismo exegético, mas não consegue transcender a ideia que anima aquele entendimento que se reduz num encarar o Direito como fato passível de ser descrito pela linguagem.

Outra sorte não leva o *soft positivism* de H. L. A. HART que, ao reconhecer as imprecisões semânticas na linguagem em que a norma se expressa – porém acreditando que através da linguagem é possível resolver o problema da indeterminação –, é levado a sustentar que uma regra válida, isto é, uma regra devidamente validada como tal pela *regra de reconhecimento*, em casos limítrofes, se apresentará ambígua e de tal modo indeterminada significativamente, que não será possível subsumi-la lógico-dedutivamente ao caso concreto e, nestes casos situados em uma *zona de penumbra*, o intérprete, trabalhando com a *textura aberta da linguagem* e sob o argumento de estar infundindo na linguagem comum uma “intencionalidade especificamente jurídica”²⁵⁶, discricionariamente, irá criar o direito aplicável ao caso.

A questão é que a discricionariedade, em verdade, não pode ser vista como um recurso metodológico capaz de explicitar o direito que está em causa – a “aplicação do direito e a discricionariedade acabaram por confundir-se apenas porque aquela se foi mostrando insusceptível de reduzir-se a uma subsunção”²⁵⁷ –, ao revés, ela é um não-método²⁵⁸, cujo único mérito é revelar a inaptidão da análise linguística e, não menos, do processo lógico-substantivo, como instrumentos de revelação da juridicidade²⁵⁹.

Ante tais considerações, o que se percebe é que o problema jurídico-metodológico da interpretação dos contratos civis – e da interpretação jurídica em geral – não se resolve a

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz, Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito, Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 16.

²⁵⁶ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, pp. 180-181.

²⁵⁷ NEVES, António Castanheira, *O Problema da Discricionariedade*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 531-596, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 596.

²⁵⁸ Ensina CASTANHEIRA NEVES que “(...)o problema da discricionariedade não é um problema metodológico ou que em estrita sede metodológica se haja de resolver; antes é um problema de *poder político*, da política-jurídica repartição de poderes e funções entre a administração e a jurisdição (...)”. *Ibidem*, p. 531.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 596.

partir da análise lógica da linguagem, ou mesmo de um exame semântico-pragmático de índole empírico-tecnológica de seu conteúdo significativo, ao contrário, tal orientação, no afã de assegurar que a decisão do julgador esteja restrita aos lindes literalmente estabelecidos pelo instrumento contratual – ou de uma real manifestação de vontade externada pelas partes –, não raras vezes, se depara e é impelida, não só pela necessidade de fugir daquilo que está expresso, mas de ignorar uma lógica determinação de sentidos, o que a faz, ao fim e ao cabo, assumir o Direito, paradoxalmente, como aquilo que é discricionariamente dito pelo julgador.

CAPÍTULO III – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS: PROBLEMA HERMENÊUTICO OU PROBLEMA NORMATIVO?

«Das Recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche. Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst!»²⁶⁰

Rudolf von Jhering.

1. A interpretação jurídica como a hermenêutica indicação de sentidos jurídicos

Estabelecido que o direito emergente de um contrato não se confunde com o texto, ou melhor, com a linguagem através da qual ele foi elaborado, e que o problema de sua interpretação, e da conseqüente constituição normativa que sua dilucidação invoca, é insolúvel através da análise lógica da linguagem – não se traduzindo numa simples determinação factual²⁶¹ –, a indagação que agora se coloca, é de saber se a resposta para o problema em apreço, pode se reduzir numa hermenêutica determinação de sentidos jurídicos para os termos representativos das vontades dos contratantes e utilizados no instrumento contratual, ou se, a elucidação desta problemática, requer não apenas a indicação de significados hermenêuticamente estabelecidos, mas exige uma adequada recompreensão, que comina numa nova constituição, daquela normatividade primitivamente criada pelas partes através do contrato²⁶².

Pode a pergunta causar certa perplexidade, sobretudo aos olhos que, acriticamente, vislumbram entre interpretação e hermenêutica uma relação de sinonímia, como se tais expressões estivessem a indicar uma idêntica atividade²⁶³. É que, por um lado, esta arraigada na mente dos juristas, a ideia de que a interpretação jurídica se perfaz pela singela designação dos sentidos adequados para os textos jurídicos e, por outro lado, ainda prevalecer no senso comum, o sentido clássico de hermenêutica, que a identifica com “a

²⁶⁰ Tradução livre: “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito”.

²⁶¹ NEVES, Castanheira, *Questão-de-facto, questão-de-direito...*, p. 334.

²⁶² *Ibidem*, p. 329. Vide, também: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 372.

²⁶³ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 43.

arte de interpretar textos”²⁶⁴, tal como tratada no capítulo antecedente, isto é, como uma atividade destinada a extrair, lógico-analiticamente, os significados expressos através linguagem. Contudo, conforme se pretende demonstrar, não é desta hermenêutica e, nem tampouco, daquela interpretação jurídica que aqui se está referir.

Importa esclarecer, que a hermenêutica a que se alude, é aquela que segundo HABERMAS “teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente”²⁶⁵ e que é designada por CASTANHEIRA NEVES como *hermenêutica compreensiva*²⁶⁶. Trata-se, enfim, daquele método interpretativo que se consolida, não numa lógico-analítica indicação de significados, mas em um complexo mecanismo de determinação de sentidos jurídicos.

Feita esta ressalva, a resposta que se procura com a questão inicialmente formulada, é saber se a interpretação dos contratos se completa com a hermenêutica determinação de sentidos jurídicos²⁶⁷, para os termos ou expressões mobilizados pelos contratantes, ou se, para além de uma definição de sentidos, a interpretação jurídica ainda demanda uma ampla reflexão crítica, não só dos sentidos, mas dos pressupostos e das intenções com que o direito haveria de ser prático-normativamente construído, o que já implicaria, também, nesta sua constituição²⁶⁸.

Tantas são as teorias na linha de que o problema da interpretação jurídica seja resolvido em termos puramente hermenêuticos, que seria impossível, mormente em tão modesto trabalho, sequer tentar arrolá-las. Não obstante, embora se distinguindo por se valerem de métodos diversos, as várias propostas categorizadas no quadro geral da hermenêutica *compreensiva* se aproximam na medida em que partilham do objetivo comum que é a determinação de um sentido para o direito através da hermenêutica.

²⁶⁴ GRONDIN, Jean, *L'Herméneutique*, 2ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2008, citado na tradução brasileira: *Hermenêutica*, trad. Marcos Marcionilo, São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 12.

²⁶⁵ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung – Beiträge zu Diskurstheorie de Rechts und de Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992, citado na tradução brasileira: *Direito e Democracia: Entre a Facticidade e Validade*, v. 1, 2º ed., trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247.

²⁶⁶ A *hermenêutica compreensiva* que neste ponto é o objeto de nossa análise, segundo CASTANHEIRA NEVES se distingue da *hermenêutica analítica* ou interpretação analítico-linguística tratada no capítulo antecedente. NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 46.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 15.

Ora, se o que há de comum nos métodos em apreço é justamente aquilo que interrogamos, ou seja, se o problema jurídico-metodológico da interpretação dos contratos civis pode ser resolvido através da hermenêutica determinação de sentidos, espera-se que um diagnóstico da questão haverá de ser alcançado tomando-se apenas uma destas concepções como paradigma.

Neste desiderato, no quadro geral das teorias que encaram o problema da interpretação do direito e, por conseguinte, da interpretação dos contratos civis, como uma questão que deva ser hermeneuticamente resolvida, está aquela que foi desenvolvida por EMÍLIO BETTI, cuja adoção como referencial, parece justificar-se, não só, por demonstrar, com rigor teórico e de modo minucioso, a maneira como devem ser interpretados os contratos, mas também, em razão de ainda exercer considerável influência no pensamento jurídico-metodológico contemporâneo.

Por tais razões, espera-se que, divisado panoramicamente o método jurídico-interpretativo proposto por EMÍLIO BETTI, nos seja possível mensurar a viabilidade e suficiência da hermenêutica determinação de sentidos, pretensamente jurídicos, para resolver o problema da interpretação contratual.

2. A hermenêutica jurídica de Emílio Betti

Repelindo as teorias de BULTMANN e HEIDEGGER, que vislumbravam no pré-entendimento uma condição da interpretação – como se o entendimento precedesse à interpretação²⁶⁹ – e com contundentes críticas a GADAMER²⁷⁰ – para quem a compreensão, marcada que é pela historicidade radical, não pode ser determinada

²⁶⁹ GRONDIN, Jean, *L'Herméneutique*, p. 82.

²⁷⁰ Assevera GADAMER que “Emilio Betti, der in Heidegger, in Bultmann und in mir selber immer nur schwere Irrtümer zu sehen meinte”. GADAMER, Hans-George, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n.º 7, pp. 5-11, Milão: Giuffrè Editore, 1978, p. 05. PALMER, de modo resumido, aponta que as objeções de BETTI à hermenêutica gadameriana são as seguintes: “em primeiro lugar, que esta não serve como metodologia ou como auxiliar de metodologia dos estudos humanísticos e, em segundo lugar, que ela põe em risco a legitimidade de nos referirmos ao estatuto objectivo dos objectos de interpretação e que portanto torna discutível a objectividade da própria interpretação”. PALMER, Richard E., *Hermeneutics – Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, Evanston: Northwestern University Press, 1969, citado na tradução portuguesa: *Hermenêutica*, trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira, Lisboa: Edições 70, 1997, p. 63.

objetivamente, uma vez que do ponto de vista do participante da história sempre estará a se referir ao presente²⁷¹ –, EMÍLIO BETTI, legatário de DILTHEY e SCHLEIERMACHER²⁷², propõe-se o hercúleo trabalho de elaborar uma teoria geral da interpretação jurídica, a partir de uma metódica pautada em conceitos claros e precisos, que seja capaz promover o ajustamento das normas às constantes mudanças da realidade social²⁷³.

Atento às limitações das concepções hermenêuticas de meados do século XX que, por não possuírem um método sistemático, eram incapazes de desenvolver uma interpretação de maneira prática; pressupondo a autonomia do objeto a ser interpretado e admitindo ser possível interpretar validamente a partir de uma objetividade histórica²⁷⁴, BETTI – com influências da Jurisprudência dos Interesses de PHILIPP HECK, através da qual lhe será possível conciliar o formalismo com uma abertura sociológica – procura sistematizar metodologicamente como a interpretação jurídica deve se desenvolver a fim de alcançar, não um sentido presente daquilo que se interpreta – o que conduziria ao subjetivismo²⁷⁵ –, mas a reconstrução e a aplicação prática de um sentido que corresponda a uma versão atual da *ratio*²⁷⁶ originariamente presente no objeto interpretado²⁷⁷.

Seguindo de perto a teoria hermenêutica de SCHLEIERMACHER, desenvolvida para ser aplicada na interpretação de textos bíblicos e literários, BETTI pressupõe que a lei e os atos jurídicos são senão uma concretização da vontade daquele que os criou, uma objetivação do espírito humano [*Geist*]²⁷⁸. Sustenta, então, que interpretação jurídica deve

²⁷¹ *Ibidem*, p. 55.

²⁷² GRONDIN, Jean, *L'Herméneutique*, p. 82.

²⁷³ “As normas, uma vez postas, tendem a se enrijecer na sua objetividade: eis a razão para o perigo de que elas se tornem, distanciando-se da atualidade, estranhas às exigências da vida. Percebe-se, assim, a necessidade de reagir a um enrijecimento estático, oferecendo instrumentos que assegurem a elasticidade e a capacidade dinâmica da ordem jurídica (...) para satisfazer tal necessidade, entram em ação tanto o progresso da legislação (...) quanto a interpretação jurídica com a sua eficácia evolutiva (...)” BETTI, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1971, citado na tradução brasileira: *Interpretação da lei e dos atos jurídicos (teoria geral e dogmática)*, trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 198.

²⁷⁴ PALMER, Richard E., *Hermeneutics...*, p. 55.

²⁷⁵ GRONDIN, Jean, *L'Herméneutique*, p. 82.

²⁷⁶ BETTI, Emilio, *Interpretazione...*, pp. 96-97.

²⁷⁷ “A interpretação aqui não tem uma função meramente cognitiva do pensamento (de um pensamento concluído em si na sua peculiaridade histórica, mas a função de desenvolver diretivas para a ação prática ou para uma opção (...))” *Ibidem*, p. 7.

²⁷⁸ Ao tratar das leis como possível objeto da interpretação jurídica afirma BETTI que elas “(...) são colocadas em formas representativas (ou seja, objetivações do espírito), que as tornam prontamente

ser capaz de, a partir da reconstrução da vontade originariamente objetivada na norma²⁷⁹, revelar uma sua *ratio* que seja consentânea com as exigências do momento histórico em que a interpretação é realizada²⁸⁰.

Constata o jurista italiano que, em cada uma das diversas teorias do espírito, emergiu – dentro do quadro geral da hermenêutica como teoria geral das ciências do espírito²⁸¹ – uma peculiar teoria hermenêutica com aptidão para tratar adequadamente das especificidades inerentes a cada uma delas. Partindo desta percepção – e aqui se afastando de SCHLEIERMACHER –, o autor sustenta que a interpretação poderá assumir um objetivo diferente conforme o propósito para o qual ela tenha sido convocada a atender²⁸².

Poderá a interpretação ter assim, apenas uma função puramente cognitiva, quando sua meta se limitar à compreensão de um objeto – “à pura reconhecimento de um sentido fechado em si”²⁸³ no objeto –, sem preocupações dogmáticas. Poderá, também, assumir um escopo reprodutivo, quando além de permitir que se compreenda o objeto, a interpretação possibilitar que se explique ao outro este entendimento, através de um intermediário, que irá mediar o destinatário da explicação e o objeto a ser interpretado, substituindo este último por “uma forma representativa equivalente, dotada de uma eficácia comunicativa idônea que permita a compreensão do seu sentido”²⁸⁴.

Afora o alcance de um fim cognitivo ou reprodutivo, é possível, igualmente, valer-se da interpretação, para atingir um objetivo normativo, o que ocorrerá quando se objetivar, não só entender o objeto – identificando-o, por exemplo, com a intenção que subjaz a lei ou

reconhecíveis e notórias no mundo social (...)” *Ibidem*, p. 197. Em outra passagem sustenta o autor que: “(...) a tarefa do sujeito consiste em voltar a conhecer, em reconhecer nessas objetivações, o pensamento animador, em reconsiderar sua concepção ou em evocar a intuição que nela se revela (...)”. *Ibidem*, p. XCVII

²⁷⁹ “A interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a (...) fontes de avaliações jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objeto” *Ibidem*, p. 5. Adiante, o autor explica que: “(...) a atividade interpretativa pressupõe e contém em si tanto o momento meramente cognitivo, quanto um momento reprodutivo ou representativo (...) o intérprete precisa reconstruir, antes de mais nada, a ideia originária da fórmula legislativa ou o sentido inicial do ato jurídico, mesmo que, com ele, não tenha terminado de cumprir sua tarefa(...)”. *Ibidem*, p. 7.

²⁸⁰ “Se, por outro lado, considerarmos a norma como expressão atual de uma exigência perene, ou seja, não exaurida (...) que se enquadra num ordenamento e requer observância, então a *ratio* é dada por seu fundamento atual (...) a *ratio* é a conformidade da norma, não com o fim já proposto, mas com as exigências sociais historicamente determinadas, avaliadas pela ordem jurídica de que se trata, segundo a sua lógica e coerência intrínsecas”. *Ibidem*, p. 97.

²⁸¹ *Ibidem*, p. XCIX.

²⁸² *Ibidem*, p. XCVIII.

²⁸³ *Ibidem*, pp. XCVIII-XCIX.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. XCIX.

ato jurídico –, mas também, formular uma máxima de decisão ou de conduta através da qual seja possível determinar uma resposta historicamente adequada para o caso concreto.

Por alto, poderíamos exemplificar a utilização prática destas funções hermenêuticas, dizendo que o intérprete de uma obra literária, cujo objetivo é apenas compreender o que o texto tem a lhe dizer, mobiliza a função cognitiva da interpretação. O historiador, por seu turno, ao intentar reconstruir um momento histórico para explicá-lo, vale-se da função reprodutiva. Já o jurista, que precisa decidir com espede na interpretação, apela para a função normativa da hermenêutica.

Na esteira de HECK, sustenta o jurista de Camerino que a interpretação jurídica se processa em dois momentos, num instante inicial de cognição, dedica-se a entender o seu objeto, já na fase seguinte se volta para uma adequação²⁸⁵, através da qual a compreensão inicialmente obtida é corrigida e adaptada às necessidades sociais coevas ao momento da aplicação. Aduz, também, que a norma não se exaure na sua formulação originária, de modo que o intérprete não pode dar por concluída a sua tarefa, com a reconstrução da ideia primitiva da disposição normativa, “mas deve, depois disso, colocar essa ideia de acordo com a presente atualidade”²⁸⁶.

Visando resgatar a hermenêutica do relativismo que, segundo o autor, lhe fora impingido por GADAMER e HEIDEGGER, garantindo-lhe resultados objetivos – independentes da subjetividade daquele que julga²⁸⁷ – e materialmente consentâneos com a realidade vivida, BETTI defende que o jurista, ao interpretar, deve se pautar por quatro cânones interpretativos, quais sejam: autonomia do critério hermenêutico, totalidade e coerência, atualidade do entendimento e adequação hermenêutica²⁸⁸.

²⁸⁵ A adequação do entendimento consiste em conciliar “(...) ambos os termos do processo interpretativo: o objeto (...) e o sujeito, na atualidade da qual aqui confluem as múltiplas exigências da vida social, a cuja disciplina o direito se destina”. *Ibidem*, p. 21.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

²⁸⁷ Vale ressaltar, conforme aponta PALMER, que BETTI de “(...) modo algum pretende omitir da interpretação o momento subjectivo ou mesmo negar a sua necessidade em toda a interpretação humana. Mas o que pretende afirmar é que, qualquer que seja o papel da subjectividade na interpretação, o objecto mantém-se objecto e podemos tentar fazer dele e realizar com ele uma interpretação objectivamente valida. Um objecto fala, e pode ser ouvido de um modo correcto ou incorrecto, precisamente por que nele há um significado objectivamente verificável. Se o objecto não é diferente do seu observador, e se não fala por si mesmo, para que então escuta-lo?”. PALMER, Richard E., *Hermeneutics...*, p. 65.

²⁸⁸ BETTI, Emilio, *Interpretazione...*, pp. XLIII-LVII, 23 e ss.

Para blindar o resultado da interpretação do arbítrio do intérprete, BETTI institui o cânone da autonomia ou da imanência do critério hermenêutico, através do qual a interpretação jurídica não deve se prestar a atribuir um sentido autônomo para a norma – “(...) o sentido de que se trata não deve ser introduzido de modo indevido e sub-reptício (...)”²⁸⁹–, mas lhe impõe desvendar o sentido que já está representado no objeto interpretado, ou seja, o objeto deve ser entendido “na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e sua racionalidade interiores (...) e não segundo a sua idoneidade para servir a este ou aquele objetivo extrínseco(...)”²⁹⁰.

Em sequência, BETTI, valendo-se novamente das lições de SCHELEIERMACHER, propõe o cânone da totalidade e coerência, a implicar que a em toda interpretação seja observado um critério sistemático, segundo o qual, as partes devem ser interpretadas em função do todo e o todo deve ser descrito a partir de um arranjo coerente das partes²⁹¹.

A terceira regra interpretativa, nomeada de cânone da atualidade do entendimento, exige que o intérprete se valha de um *processo criativo*²⁹² com o intuito de adequar a interpretação ao momento histórico em que ela é realizada, para tanto, em face do objeto a ser interpretado, é possível, tanto proceder à sua integração por intermédio da analogia, quanto determinar a ampliação ou limitação do seu conteúdo significativo através, respectivamente, da interpretação extensiva ou da restritiva²⁹³.

Por último, com o cânone da adequação do entendimento, também chamado de cânone da correspondência ou adequação hermenêutica, BETTI orienta que o intérprete deve não só identificar o sentido que está na gênese do texto, mas precisa assimilá-lo de tal modo que seja capaz de adaptá-lo às necessidades sociais de seu tempo, ou seja, “deve se esforçar para colocar a atualidade que está vivendo em íntima adesão e harmonia com o

²⁸⁹ *Ibidem*, p. XLIV.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. XLIV.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. XLV-L.

²⁹² *Ibidem*, p. LII.

²⁹³ *Ibidem*, p. LI.

incitamento que (...) lhe provém do objeto, de modo que uma e outro vibrem em perfeito *uníssonos*²⁹⁴.

2.1. A interpretação dos contratos através da hermenêutica de Emílio Betti

Entende BETTI que os contratos civis, por constituírem atos de autonomia privada, ou melhor, que se destinam a colocar em prática uma regra construída no âmbito da autonomia privada – e que dizem respeito a interesses atinentes especificamente a esta órbita –, muito embora, ocasionalmente, possam implicar em uma ampliação da ordem jurídica²⁹⁵, não podem ser qualificados como preceitos jurídicos, na medida em que não representam uma manifestação direta da lei e, nem tampouco, constituem uma fonte de normas²⁹⁶.

Para autor em comento, embora os contratos civis não sejam produzidos com base em uma competência normativa exercida no âmbito da soberania estatal²⁹⁷, a sua existência, validade e eficácia encontram-se reguladas em tipos normativos, de sorte que embora não sejam considerados preceitos jurídicos, qualificam-se como preceitos que possuem relevância jurídica²⁹⁸.

De toda sorte, BETTI arrola como objetos da interpretação jurídica, tanto os preceitos jurídicos vigentes em uma ordem jurídica, quanto àqueles que possuem relevância para o direito²⁹⁹ e, dentre os últimos, estão os contratos. Deste modo, ao interpretar um contrato, o intérprete também deverá se valer dos quatro cânones hermenêuticos acima expostos, não só para compreender o seu conteúdo, como para revelar a forma por ele assumida ao se adequar à realidade histórica do momento da interpretação.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. LVI.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 200

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 343

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 195

²⁹⁸ BETTI, Emilio, *Teoria Generale Del Negozio Giuridico*, Torino: Utet, 1943, citado na tradução brasileira: Teoria Geral do Negócio Jurídico, tomo II, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003, pp. 171-172.

²⁹⁹ BETTI, Emilio, *Interpretazione...*, pp. 195-196

Há nos contratos – e nos negócios jurídicos em geral – o que BETTI chama de *tipicidade social*³⁰⁰ que, embora limite e oriente o exercício da autonomia privada, não se imiscui nos motivos que levaram às partes a celebrarem o negócio jurídico da forma como celebraram, mas cinge-se, apenas, a indicar tipicamente as causas representativas da função econômico-social da autonomia privada que merecem ser tuteladas juridicamente³⁰¹.

Afirma BETTI que na interpretação de um contrato, não importam os motivos que levaram as partes a contratarem, pois o que deve ser considerado, em consonância com o que dispõe o cânone da autonomia ou imanência, é o interesse objetivamente manifestado por elas. Contudo, por estar fora da esfera do direito, a intenção revelada pelos contratantes, está sujeita, apenas, a uma verificação de compatibilidade com as funções da autonomia privada, que tipicamente encontram-se previstas na ordem jurídica³⁰².

Portanto, o objeto da atividade interpretativa, não será a vontade interna das partes³⁰³ contratantes, mas as declarações que objetivamente foram inseridas no instrumento contratual que, de acordo com o cânone da atualidade do entendimento, podem ser criativamente integradas pela analogia e/ou ter sua cognição ampliada ou restringida, para que delas emane um sentido que se identifique com a sua intencionalidade prática, o qual, pela aplicação do cânone da adequação do entendimento, há de ser assimilado pelo interprete de tal modo, que lhe seja possível adaptá-lo às contingências históricas do momento da interpretação.

Ressalte-se, ainda, que a reconstrução do sentido contido nos dispositivos contratuais haverá de se processar, não só a partir do seu conteúdo literal, mas também, tendo em conta o cânone da totalidade e coerência. Impende considerar, que o sentido extraído de cada cláusula contratual, haverá de ser logicamente compatível com contrato

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 345

³⁰¹ BETTI, *Teoria...*, p. 174.

³⁰² BETTI, Emilio, *Interpretazione...*, p. 346.

³⁰³ “(...) deve-se ter por assente que objeto da interpretação jurídica (...) podem ser apenas comportamentos exteriores reconhecíveis no mundo social, e não uma “vontade” que tenha permanecido como mero fator psicológico, sem, se dar uma objetivação adequada que a torne objetivamente reconhecível (...)” *Ibidem*, p. 350. Vide, também, BETTI, *Teoria...*, pp. 175-176.

considerado como um todo unitário e, também, com a forma como as partes se portaram durante toda negociação³⁰⁴.

2.2. A insuficiência da hermenêutica para a resolução do problema da interpretação em Emílio Betti

Haure-se do exposto, que há uma acentuada preocupação em BETTI – o que se repete, de modo geral nos autores que seguem a tradição de DILTHEY e SCHLEIERMACHER³⁰⁵, como é o caso de HELMUT COING³⁰⁶ – em comprovar que, através de um método de compreensão do texto normativo, comprometido formalmente com a observância de cânones interpretativos gerais pré-estabelecidos, seja possível se chegar, hermeneuticamente, a uma adequada decisão do caso concreto³⁰⁷.

Muito embora seja possível vislumbrar em BETTI, para além de um desígnio cognitivo consubstanciado na formulação de princípios voltados para compreensão e integração do texto, uma preocupação normativa, que se desvela pelo compromisso, teleologicamente vinculado, em corrigir historicamente o entendimento extraído do texto, adequando-o às necessidades sociais vigentes; o que se verifica é que sua metódica resulta apenas no estabelecimento de um critério normativo de decisão – em uma máxima de decisão –, que longe está de ser uma norma jurídica concreta³⁰⁸, da qual possa emergir uma correta solução prática para hipótese em julgamento³⁰⁹.

Percebe-se que a teoria de BETTI é incapaz de levar a termo a proposta de resolver problemas substancialmente normativos através de uma metodologia puramente formal, pois tal concepção conduz o autor ao mesmo impasse a que chegaram todas as teorias formalistas que, por aceitarem com HUME que não há qualquer valor que seja racional,

³⁰⁴ BETTI, Emilio, *Interpretazione...*, p. 347-348

³⁰⁵ PALMER, Richard E., *Hermeneutics...*, p. 55.

³⁰⁶ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, pp. 53-55.

³⁰⁷ “Todas as visões metodologizantes da modernidade, das quais a teoria de Betti é apenas um exemplo, buscam estabelecer um parâmetro hermenêutico *a-histórico*, ou seja, uma série de critérios cuja validade não dependa dos valores culturais historicamente determinados (...)”. COSTA, Alexandre Araújo, *Hermenêutica Jurídica*, disponível na internet em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>, acesso em 10/02/2018, p. 185.

³⁰⁸ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 60.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 57, nota 185.

não dispensam a racionalidade formal-metodológica e tentam objetivar a realidade, mas, ao fim e ao cabo, acabam por abrir margem para valorações subjetivas daquele que julga³¹⁰.

Um dilema deste matiz, já se resolveria, acaso não houvesse uma confrontação entre aquele que julga (sujeito) e a decisão por ele prolatada (objeto), o que se daria pela consideração das complexidades que envolvem ato de julgar em sua unidade de significação, como uma *experiência vivida* – na expressão primeiramente utilizada por DILTHEY e depois retomada por HEIDEGGER –, de modo que, não seria o julgador, com sua subjetividade, quem daria um sentido para a sentença. Em verdade, o sentido sempre lá estivera, contudo, apenas se mostrou para ser conhecido num particular contexto significativo que foi posto pelo julgador³¹¹.

Assim, a conciliação entre segurança jurídica e justiça e o fim da tensão entre formalismo e subjetivismo, ocorre a partir de uma ampla consideração da interpretação jurídica que deverá não só abarcar em sua unidade, uma prática cognitiva do objeto e mecanismos de auto-integração sistemática e de correção histórica, mas também, a partir do problema que lhe é dado a resolver e re-compreendendo tal problemática, constituir normativamente a sua solução³¹².

3. A interpretação dos contratos como um problema normativo e não apenas hermenêutico

Ordinariamente – autorizem uma alígera excursão –, são as próprias partes contratantes que, executando aquilo que pactuaram, interpretam as disposições contidas no contrato e realizam o direito nele contido. Contudo, não são raros os casos, em que os contratantes divergem sobre o modo como as prestações estampadas na minuta contratual

³¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo, *Hermenêutica...*, p. 186.

³¹¹ SCHMIDT, Lawrence K., *Understanding Hermeneutics*, Stocksfield: Acumen, 2006, citado na tradução brasileira: *Hermenêutica*, 3ª ed., trad. Fábio Ribeiro, Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 80-81.

³¹² NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, pp. 59-60.

deverão ser adimplidas e assim, não conseguem de maneira consensual, dar cumprimento àquilo que avençaram³¹³.

Quando o desacordo impede que os contratantes obtenham, sozinhos, a resolução do contrato, abre-se a possibilidade de se chamar um terceiro intérprete (juiz, arbitro, etc.) que, judicativamente, dará uma solução para o caso³¹⁴. Tradicionalmente, tem-se entendido que a resposta a ser dada pelo terceiro intérprete, haverá de estar pautada em um dos elementos integrantes das declarações negociais exaradas pelos contratantes, quais sejam: declaração e vontade³¹⁵.

Longo é o debate historicamente travado entre subjetivistas e objetivistas, entendendo os primeiros que através da interpretação do contrato dever-se-ia revelar a vontade real e interna dos contratantes [*intentio auctoris*]³¹⁶ e, afirmando os últimos, que a interpretação haveria de estar confinada à indicação do sentido objetivamente externado pelas declarações de vontade das partes³¹⁷.

Todavia – já voltando à questão que aqui se interroga –, o problema que interpretação jurídica dos contratos suscita não se resolve apenas com a hermenêutica determinação de sentidos jurídicos para um texto e, tampouco, com a aplicação lógico-dedutiva de tais sentidos a um caso decidendo³¹⁸, mas – sem negar a importância de um momento hermenêutico que se dá no âmbito de uma pré-compreensão metodológica –, implica em constituir, a partir de um problema concreto, um apropriado critério normativo³¹⁹ que consubstancie a sua satisfatória resolução prática³²⁰.

³¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado...*, p. 456.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 372.

³¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado...*, p. 459.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 59.

³¹⁹ No ponto, distinguindo “critério” de “fundamento” conforme a seguinte orientação de CASTANHEIRA NEVES: “Falamos de *critério* em sentido próprio, a distinguir de fundamento: «fundamento» refere sempre o substantivo, se não o último elemento justificativo da conclusão racional de um discurso problemáticamente judicativo; e «critério» antes um disponível operador técnico que pré-esquematiza a solução. Pelo que em qualquer metodologia visam-se primeiro os critérios e só depois, e pela mediação destes, os fundamentos”. NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 142.

³²⁰ “O problema jurídico-normativo da interpretação não é de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um *critério prático normativo adequado* de decisão dos casos concretos”. *Ibidem*, p. 84.

Parece que a hermenêutica, embora consiga superar o mecanicismo da análise lógica da linguagem, e deixe de considerar o contrato como um fato lógico-dedutivamente interpretável, não consegue afastar por completo aquela dimensão factual presente nos positivismos, pois ainda que calcada em juízos de valor e não em juízos de fato, conclui o processo interpretativo, não com uma norma constituída, mas, com uma espécie de “norma de decisão” que, embora não seja só fato, ainda não é direito, e traduzindo-se como *tertium genus*, só consegue se incorporar à problemática concreta através da subsunção³²¹.

Em verdade, não há como querer compreender o que os contratantes declararam, sem que imbriquemos às suas declarações de vontade os critérios normativos já constituídos e ordenados sistematicamente, e as condições imanentes ao critério normativo que será constituído com a judicativa solução do problema³²². Apenas por intermédio da prático-normativa constituição de um “*critério prático normativo adequado de decisão*”³²³, expandindo-se o sistema já constituído, é que se produzirá um *decisum* justo – afinal, o valor último da interpretação não é a verdade, mas a justiça³²⁴ –, vez que visceralmente jurídico e certificado com o pedigree do direito.

Ao se tomar o contrato como norma autônoma manifestada perante “uma juridicidade concreta e concretamente constituída”³²⁵e, ao se assumir as prescrições negociais como manifestações de uma jurídica normatividade³²⁶, deve a sua interpretação dar a conhecer, não aquelas vontades literalmente declaradas pelos contratantes – que podem ser linguisticamente aferidas –, nem tampouco, há de indicar hermeneuticamente o sentido daquilo que efetivamente foi querido pelas partes quando da celebração do

³²¹ NEVES, Castanheira, *Questão-de- factu, questão- de- direito...*, pp. 338-339.

³²² “(...) nunca conseguiremos compreender sequer a própria relevância jurídica das declarações das partes se não as referirmos ao sistema jurídico já constituído e às exigências constitutivas do sistema a constituir, na medida em que este sistema, tal-qualmente o concebemos hoje, é um sistema aberto, que se reconstitui constantemente pela mediação do caso concreto”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 373.

³²³ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 84.

³²⁴ NEVES, António Castanheira, *Interpretação...*, p. 349.

³²⁵ NEVES, Castanheira, *Questão-de- factu, questão- de- direito...*, p. 328.

³²⁶ *Ibidem*, p. 335.

contrato, mas, enquanto norma faz-se necessário que indique a vontade normativa³²⁷ aferida e constituída a partir da problemática concreta.

Tanto os contratos, quanto as leis e tudo o mais que se designe como fonte do direito, não só podem como deve ser interpretados, entretanto, nem o contrato, nem as demais fontes do direito e, tampouco, um seu significado hermeneuticamente extraído, já se pode considerar como direito. É que o direito não é algo posto para que conheçamos, ele é enquanto construído e apenas se deixa entrever, quando da convergência das suas fontes, em uma prática judicativa, predestinada a alcançar e reafirmar, através da resolução de uma problemática concreta, o seu propósito normativo.

³²⁷“Hoje entendemos que o contrato constitui, por si só, uma normatividade concreta que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 374.

CAPÍTULO IV – COROLÁRIOS DA ASSUNÇÃO DO DIREITO COMO A DEVENIENTE E PRÁTICO-NORMATIVA CONSTITUIÇÃO DE NORMAS

«Todas as palavras tomadas literalmente são falsas. A verdade mora no silêncio que existe em volta das palavras. Prestar atenção ao que não foi dito, ler as entrelinhas. A atenção flutua: toca as palavras sem ser por elas enfeitiçada. Cuidado com a sedução da clareza! Cuidado com o engano do óbvio!»

Rubem Alves.

1. Da obsolescência da tese *in claris non fit interpretatio*

O problema da interpretação, conforme demonstramos, não é daqueles que se resolve em termos linguístico-factuais, ou através de uma análise lógica da linguagem, e, nem tampouco, se contenta com uma hermenêutica determinação de significados, mas exige para sua dilucidação que, referenciando-se no aberto sistema de normas já constituídas, se constitua prático-normativamente uma novel normatividade que se integrará e alargará aquele sistema. Definida esta questão, a interrogação que agora nos é colocada, é de saber se a inteligibilidade de um contrato, necessariamente, está jungida à sua interpretação, ou se, em alguns casos, mormente naqueles de singela dilucidação, ainda se poderá falar na aplicação do vetusto aforismo *in claris non fit interpretatio* e, por conseguinte, ainda será possível se pensar em hipóteses em que estará dispensada qualquer atividade interpretativa.

A formulação em latim levou alguns a defenderem que a gênese da parêmia *in claris non fit interpretatio* está no direito romano, todavia, já em Roma, ULPIANO, em D.25.4.1.1³²⁸, defendia que a interpretação se mostrava necessária mesmo quando o texto fosse claro. O equívoco, que por certo teve início com os juristas medievais e com os do direito comum³²⁹ – que viam no brocardo em apreço uma garantia de segurança contra o arbítrio do julgador³³⁰ – e que, a partir deles, grassou ao longo dos séculos, parece se alicerçar no fragmento estampado em D.32.25.1³³¹, que embora se refira especificamente à intenção do testador nas disposições de última vontade, teve sua compreensão

³²⁸ “*Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio eius*”.

³²⁹ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 14.

³³⁰ NEVES, António Castanheira, *Interpretação...*, p. 338.

³³¹ “*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*”.

indevidamente estendida, para dar amparo à equivocada tese de que todo o direito do Lácio estaria orientado pela máxima *in claris non fit interpretatio*³³².

Sem prejuízo, foi na escola da exegese, onde clareza e interpretação sempre caminharam em direções contrárias³³³, que o adágio ganhou especial relevância, de tal sorte que já em 1801, por ocasião do *discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, PORTALIS propôs que as leis claras haveriam de ser diretamente aplicadas e, apenas as obscuras, é que reclamariam por uma interpretação³³⁴. Dando vazão a esta ideia, no projeto do Código Civil Frances de 1804, nos lembra MAZEAUD³³⁵, havia um dispositivo que, embora não tenha sido reproduzido na versão final, assentava a impossibilidade de se fugir da letra da lei com o pretexto de se estar a respeitar o seu espírito³³⁶.

Por óbvio, aceitar a tese que subjaz o axioma *in claris non fit interpretatio*, implica na necessária admissão de que há textos que são claros e de que existem textos que são obscuros, contudo, não só razão assiste a DEGNI ao afirmar que *la chiarezza di um texto di legge è una cosa tutta relativa*³³⁷, como PERELMAN estava certo ao dizer que um texto é considerado claro apenas quando “não é possível discordar sobre sua interpretação e seu alcance”³³⁸. Desta maneira, não é propriamente a ausência de interpretação que a clareza esta a se referir, mas, à falta de controvérsia acerca de uma determinada interpretação assumida como incontroversa para o texto.

De fato, “não só não existe nenhum critério certo que nos permita determinar quando é que a vontade expressa no contrato é clara, como a própria clareza da declaração

³³² MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

³³³ PERELMAN, Chaïm, *Logique Juridique*, Paris: Éditions Dalioz-Sirey, 1979, citado na tradução brasileira: *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 50.

³³⁴ “Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions”. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, acessado em: 11/06/2018, p. 22.

³³⁵ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, Leon, *Leçons de Droit Civil*, tomo 1º, vol. 1º, Paris: Montchrestien, 1970, p.43.

³³⁶ *Ibidem*, p. 138.

³³⁷ DEGNI, Francesco, p. 64, *L'interpretazione della legge*, 2ª ed., Napoli: N. Jovene, 1909, p. 64.

³³⁸ PERELMAN, Chaïm, *Logique...*, p. 50.

(...)”³³⁹ já é um resultado da interpretação, o que nos leva a crer que o cânone interpretativo em comento não é mais do que uma falácia.

Partindo do pressuposto de que não só a compreensão – conforme determina uma concepção calcada na hermenêutica gadameriana³⁴⁰ –, mas, a própria realização concreta do direito indicado em um contrato, somente é possível por intermédio da interpretação jurídica, necessário se faz que afastemos, sob todos os prismas, a sombra do vetusto *in claris non fit interpretatio*.

1.1. Primeiras considerações para a superação da tese *in claris non fit interpretatio*

Irrefragavelmente, não há no uso da linguagem jurídica em geral e, de igual forma, naquela empregada nos contratos civis, a presença de “situações de isomorfia”³⁴¹, pois, sem prejuízo das ambiguidades e das imprecisões semânticas das palavras, a escolha por uma linguagem jurídica já está a exigir que os termos utilizados na urdidura do instrumento contratual sejam tomados não em uma acepção ordinária, mas em um sentido jurídico³⁴², fato este que, de per si, já está a demandar uma interpretação.

Aliás, mesmo para aqueles que entendem que não há diferenças entre a linguagem comum e a linguagem jurídica³⁴³, não há como se pensar na intelecção dos símbolos linguísticos nos quais se plasmam as cláusulas de um contrato sem que se lhes dê uma interpretação semântica, de sorte que mesmo a literalidade, em alguma medida, está a depender da interpretação.

³³⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 370.

³⁴⁰ KIRCHNER, Felipe, *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: Juruá, 2016, p. 35.

³⁴¹ “(...) ainda quando se trate de situações de *isomorfia*, o exercício de determinação do sentido das palavras e expressões se impõe(...)”. GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 74.

³⁴² Explica CASTANHEIRA NEVES que o texto legal e, para nós, aqui também estaria abrangido o texto contratual, “não é uma entidade puramente textual ou um texto puro, é um texto em que se comunica um sentido jurídico (...) e que o sentido jurídico (...) e o sentido linguístico-gramatical comum (...) se não identificam, nem devem confundir-se (...)”. NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, pp. 23-24

³⁴³ Neste sentido, AHARON BARAK diz que: “In principle, there is no difference between determining the semantic meaning of a legal text and determining the semantic meaning of any other (nonlegal) text”. BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, traduzido do hebraico por Sari Bashi, Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 28.

Acrescente-se que a compreensão da linguagem, não se esgota numa dimensão semântica, para além, sua inteligibilidade sempre estará a exigir uma verificação contextual, pois que os termos, sejam eles jurídicos ou não, podem, conforme a situação em que venham a ser empregados, assumir funções significativas diversas, as quais, somente podem ser determinadas, a partir de uma interpretação pragmática³⁴⁴.

Não se quer negar, com a assunção do carácter normativo-constitutivo da interpretação jurídica, que ela não tenha, também, vocação para desvelar os mais sutis significados da linguagem e, tampouco, que ela não sirva para, hermeneuticamente, indicar o sentido jurídico das fontes que se colaciona. Ocorre que tais desígnios, se dão no âmbito de pré-compreensão – de cada problema jurídico e constituem apenas condições de possibilidade para o seu real desiderato que é a práctico-normativa realização do direito – e a clareza, na expressão de PERLINGIERI, nunca será um *prius*, mas sempre se apresentará como um *posterius*³⁴⁵, cuja percepção só é possível na esfera da judicativa solução da problemática concreta. Conforme bem anota CASTANHEIRA NEVES, “o problema do pensamento jurídico em geral não é de um correto compreender, mas de um justo decidir (ou judicar), o seu ponto de vista decisivo não é o ponto de vista gnoseológico para uma função cognitiva, mas um ponto de vista práctico para uma função normativa, o seu valor último não é a «verdade», mas a «justiça»”³⁴⁶.

1.2 A imprescindibilidade da interpretação para a práctico-normativa realização do direito e a definitiva superação da tese *in claris non fit interpretatio*

Não obstante já tenhamos por justificada a imprescindibilidade da interpretação jurídica, seja para evidenciar o significado subjacente à linguagem, seja para externar um seu específico sentido jurídico; necessário se faz pontuar – lançando uma definitiva pá de cal sobre qualquer esperança de aplicação da máxima *in claris non fit interpretatio* – que a

³⁴⁴ “(...) o sentido das palavras é função do seu «uso», da sua função num determinado «jogo de linguagem» (...) numa determinada *práxis*, num determinado contexto ou sistema significante (...)”.NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, p. 17.

³⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro, *Profilli del Diritto Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, citado na tradução brasileira: Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 72.

³⁴⁶ NEVES, António Castanheira, *Interpretação...*, p. 349.

razão de ser da atividade jurídico-interpretativa, já não é a necessidade de se apontar um significado linguisticamente inteligível para a fonte interpretada, nem tampouco, de indicar hermeneuticamente um seu desígnio jurídico, mas, tomando como *prius* interpretativo os casos problemáticos concretos e com referência aos critérios apresentados pelo sistema normativo já constituído, o escopo da interpretação está num continuum constituir, a partir dos casos concretos que são resolvidos, soluções normativas originais que passarão, de modo *autopoiético*, a integrar sistema³⁴⁷.

De fato, o que impende pela via da interpretação jurídica é a adequada mobilização, a partir de um caso concreto, de critérios histórico-comunitariamente reconhecidos como fontes normativas – “que, aliás, não tem de ser necessariamente oferecido num texto prescritivo”³⁴⁸ – com os quais seja possível construir metodologicamente a adequada solução normativa para o problema³⁴⁹.

2. Da inexistência de distinções entre a interpretação da lei e a interpretação dos contratos

Concebendo-se a interpretação jurídica como a prático-normativa constituição do direito que se realiza a partir do problema concreto, não faz sentido qualquer tentativa de se tentar distinguir interpretação da lei e interpretação dos contratos, pois, em ambos os casos, estamos diante senão de “um problema normativo e em que se pretende cumprir uma específica intenção normativa”³⁵⁰ operacionalizada através constituição concreta desta normatividade³⁵¹.

Apresentadas como problemas de índole jurídico-normativa, uma vez que, tanto na interpretação das leis quanto na interpretação dos contratos, é a constituição de um sentido juridicamente relevante³⁵² o que se almeja, ou mais especificadamente, não a procura de uma “solução cognitiva teoréticamente mais verdadeira, ou a apreensão objetivo-

³⁴⁷ NEVES, António Castanheira, *O Actual...*, pp. 27-28.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ NEVES, Castanheira, *Questão-de-facto, questão-de-direito...*, p. 348.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 329.

³⁵² *Ibidem*, p. 340.

existencial (de um objeto existente) mais exacta e rigorosa, mas a solução *juridicamente mais justa*” do problema concreto que se pretende resolver³⁵³.

Destarte, a perspectiva aqui assumida, ao defender que há uma identidade de fins entre a interpretação da lei e a interpretação dos contratos, incompatibiliza-se com aquela visão, enraizada na *summa divisio* entre direito público e direito privado que, por entender que a interpretação dos contratos e a interpretação da lei possuem objetivos diferentes, defende que elas deveriam ser orientadas por distintos métodos interpretativos³⁵⁴.

Embora seja tradicionalmente aceita, sem maiores objeções, a concepção que coloca de um lado o direito público, entendido como aquele formado por normas cogentes que disciplinam o modo de ser estatal, e de outro, o direito privado, que compreende as normas dispositivas que visam garantir o exercício livre da autonomia privada, na sociedade contemporânea esta separação torna-se, a cada dia, mais difícil e anacrônica. Cada vez mais, se impõe ao jurista de nosso tempo que se conscientize que se “em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autonomia do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público”³⁵⁵.

Concebida a ordem jurídico-normativa em sua unidade sistemática, validada pelo seu reconhecimento histórico-comunitário e voltada à realização dos valores comunitariamente aceitos, através constituição normativa que espelha senão a melhor solução para o problema concreto, necessário reconhecer que o contrato, não somente se presta a exprimir interesses privados, mas tal como ocorre com todas as fontes do direito, deve, sobretudo, consubstanciar os valores histórico-comunitários que guiam todo o ordenamento³⁵⁶.

³⁵³ *Ibidem*, p. 341.

³⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula, *Interpretação dos Contratos, Interpretação da Lei e Qualificação: Superando Fronteiras*, in: *Scientia Iuris*, v. 19, n.º 1, pp. 47-62, Londrina, 2015, p. 48.

³⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro, *Profilli...*, p. 53.

³⁵⁶ Ao tratar dos direitos subjetivos, dentre os quais o direito de contratar, afirma HABERMAS que eles “não estão referidos, de acordo com o seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros (...) eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e

O contrato – como ocorre com o direito em geral – apresenta-se como uma das possíveis respostas para os problemas mundano-existenciais da convivência, de modo que a exigibilidade da obrigação nele estampada deve ser compreendida, não como mero resultado da vontade das partes, mas como o pontual e axiológico reconhecimento comunitário de sua condição de fonte vigente do direito e, como tal, necessário para a realização e reafirmação dos valores que histórico-comunitariamente são compartilhados.

Do mesmo modo que a interpretação da lei não deve se resumir a uma prospecção da vontade do legislador ou daquela textualmente declarada, também a interpretação dos contratos não pode se traduzir pela reconstituição do que foi querido originariamente pelas partes, nem tampouco por uma semântica extração de sentidos do texto contratual, mas deve se dirigir, em ambos os casos, para a busca de uma solução normativa para o problema concreto³⁵⁷.

Podemos dizer, então, que a proverbial separação entre interpretação da lei e interpretação dos contratos possui hoje “apenas valor descritivo, não configura duas atividades que possam ser separadas com base na finalidade, no método ou no tempo”³⁵⁸.

3. O problema da integração das lacunas contratuais

Tradicionalmente tem se entendido que interpretação e integração dos contratos correspondem a conceitos distintos que implicam em diferentes momentos do processo de cognição das disposições contratuais. Enquanto a integração é mobilizada naquelas hipóteses de omissão dos contratantes, que deixam de regulamentar alguma questão imprescindível para a normal resolução do contrato, e visa preencher aquele vazio³⁵⁹

iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente”. HABERMAS, Jürgen, *Faktizität...*, p. 121.

³⁵⁷ “Pelo que, da mesma forma que urge interpretar as normas legais e outros critérios que o sistema nos disponibiliza para a concreta realização do direito, importa determinar o sentido das declarações de vontade dos contraentes quando celebram um negócio jurídico, dado que são elas que nos vão oferecer a concreta disciplina jurídica aplicável, na medida em que se considera o conteúdo do acordo das partes o primeiro nível regulativo do contrato”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p.370.

³⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, citado na tradução brasileira: O Direito Civil na Legalidade Constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 650.

³⁵⁹ REALE, Miguel, *Lições...*, p. 211.

deixado pela partes; a interpretação é invocada como meio para indicar semanticamente um significado ou para determinar hermeneuticamente um sentido, que possa ser extraído das vontades que foram manifestadas pelas partes e que se encontram plasmadas num contrato³⁶⁰.

Contudo, tendo como pedra angular o Jurisprudencialismo de Coimbra, percebemos que, para a correta assimilação da questão, não só se faz necessário que seja superado aquele modelo que compreende a urdidura do jurídico através da análise lógica da linguagem, mas também que se caminhe para além daquela concepção que se resigna a identificar a realização do direito com uma hermenêutica determinação sentidos³⁶¹.

Vencidos estes paradigmas, mormente pela assunção de uma privilegiada posição que, ao permitir que o problema seja vislumbrado em toda sua amplitude, autoriza-nos a concluir que através da metonomologia o que se busca não é um significado ou sentido para as vontades dos contratantes e a verificação de sua compatibilidade com alguma das normas postas, mas a própria judicativo-decisória constituição do direito.

Uma vez engendrada a interpretação jurídica como capaz de gerar, a partir de um caso problemático, uma específica norma que, não só trará consigo o problema, mas também implicará numa sua particular solução, deixa de ter sentido a tradicional distinção entre interpretação e integração, uma vez que ambas irão comungar indistintamente daquele singular e original momento de constituição normativa³⁶².

Apenas para ilustrar, repare que ao resolver o problema da integração de maneira estanque, apartado da interpretação, o julgador se fiava apenas naqueles critérios de correção que ainda são arrolados positivamente pela lei, conforme se vê, por exemplo, no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁶³ que diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, ou nos artigos 236 e 239 do Código Civil Português³⁶⁴, onde se lê,

³⁶⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 380.

³⁶¹ Não há que se falar aqui em integração pelo singelo motivo de inexistirem lacunas a serem integradas “(...) pois estas omissões contra o sistema assentavam na absolutização da respectiva – e afinal falaciosa! – pré-definibilidade”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 963.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ BRASIL, Decreto-Lei n.º 4657, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, 1942.

³⁶⁴ PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 47344, *Código Civil Português*, 1966.

respectivamente que “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele” e que na “falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”, ou ainda, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 113 e 114 do Código Civil Brasileiro³⁶⁵: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

Ora, sem querer entrar no exame dos critérios citados, os quais, inegavelmente, haverão de ser mobilizados na medida em que inscritos no sistema normativo constituído – todos como normas e alguns deles alcançando até o superior estrato de princípio normativo, como é o caso da boa-fé – e desde que não afrontem concretamente algum valor comunitário que lhes seja normativamente superior, o fato é que, independentemente da lei dizer ou não como deverão ser resolvidas as omissões contratuais, elas sempre haverão de se resolver a partir do problema concreto, com referência ao sistema constituído e à luz das exigências do sistema que se constituirá³⁶⁶, enfim, o problema das lacunas sempre se resolverá através da interpretação jurídica!

Aliás, parece-nos até dispensável querer se definir previamente como deveria ser reconstruída a “vontade” dos contratantes, o que conduz o intérprete a perscrutar acerca de uma “vontade hipotética das partes”³⁶⁷, pois conforme já disse, o que se buscará através da interpretação da norma contratual³⁶⁸, para longe de ser uma vontade psicologicamente querida pelos contratantes, é senão uma constituenda vontade normativa³⁶⁹.

³⁶⁵ BRASIL, Lei n.º 10.403 de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*, 2002.

³⁶⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 373.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 378.

³⁶⁸ NEVES, Castanheira, *Questão-de-facto, questão-de-direito...*, pp. 328 e 335.

³⁶⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 374.

CAPÍTULO V – ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO JURÍDICA EPISTEMOLOGICAMENTE AUTÔNOMA DOS CONTRATOS CIVIS A PARTIR DE UMA DIALÓGICA RELAÇÃO ENTRE SUUM E COMMUNE

«Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité. Être libre, rien n'est plus grave: la liberté est pesante, et toutes les chaînes qu'elle ôte au corps, elle le ajoute à la conscience; dans la conscience, le droit se retourne et devient devoir»³⁷⁰

Victor Hugo.

1. O direito como resultado de uma intersubjetiva relação de bilateralidade atributiva

Já tivemos a oportunidade de acentuar que, para se pensar em uma ordem de direito é preciso, antes de tudo, pensar-se na opção por uma específica condição ética. Não há como se falar em direito sem que vislumbremos primeiro os homens como que, ligados, umbilicalmente, por uma axiológica mutualidade relacional, a implicar, invariavelmente, num paritário ver e ser visto no e pelo *outro* como sujeito ético, portador do mais elevado *status* de dignidade e que, por isso, se reconhece e é reconhecido no e pelo outro, não como objeto, mas como sujeito *de direitos e do direito*.

Ao acolhermos o direito como uma opção do homem pelo homem em sua dignidade, somos obrigados a afastar, desde logo, a concepção de semblante positivista que vê na coerção a marca distintiva da juridicidade e, ainda na trilha aberta por CASTANHEIRA NEVES e pelo Jurisprudencialismo de Coimbra, por certo, com alguma influência, do que já fora tratado por ARISTÓTELES como *relação*, por SÃO TOMÁS como *alteritas*, por CHRISTIAN THOMASIIUS como *exterioridade*, por KANT como *heteronomia* e por STAMMLER como *querer entrelaçante*³⁷¹, mas já se distanciando destas concepções clássicas, todas calcadas numa relação de alteridade³⁷² – que “existe mesmo que o outro seja visto unilateralmente só no ponto de vista do agente que se lhe dirige, apenas pela perspectiva da autonomia desse agente para que o outro seria “objecto”

³⁷⁰ Tradução livre: “Tudo o que aumenta a liberdade aumenta a responsabilidade. Para ser livre, não há nada mais sério: a liberdade é pesada e todas as correntes que ela retira do corpo aumentam a consciência; na consciência, o direito se revolve e torna-se dever.

³⁷¹ REALE, Miguel, *Lições...*, p. 49.

³⁷² Numa relação de alteridade “(...)a ampliação, ainda que não *absolutização*, da responsabilidade pelo Outro implicaria uma radical aproximação, se não mesmo uma parcial diluição, do jurídico na ética, acarretando inevitavelmente a perda de *autonomia* da juridicidade que esta opção jurisprudencialista toma como pilar crucial da afirmação do direito”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 197.

passivo, para o bem ou para o mal”³⁷³ – para fundar-se numa intersubjetividade – que consiste numa reciprocidade relacional, “num fazer compartilhado, isto é, o acto de alguém, enquanto está ou impedido ou permitido por outra pessoa, que põe estas duas pessoas como participantes dele e em um acto conjunto de ambos” –, somos levados a crer que o critério último de determinação do direito e o fator que o distingue das demais experiências sociais é a bilateralidade atributiva, que se estabelece entre os sujeitos, por intermédio de uma opção ética e que os imerge em numa ordem com a índole do direito³⁷⁴.

Assim, analisar uma questão sob o prisma do direito, sempre resultará numa sua observação sob as lentes da bilateralidade atributiva³⁷⁵, o que significa inserir o objeto de análise no intersubjetivo³⁷⁶ contexto comunitário, onde os sujeitos, não só são tratados como livres e iguais – em razão de se reconhecerem uns nos outros e no todo em sua dignidade –, mas também, onde lhes seja exigido o respeito pelos limites estabelecidos às liberdades individuais, que apenas haverão de ser reconhecidas como válidas, quando exercidas de maneira responsável para com as obrigações comunitárias³⁷⁷.

Para que o direito se desvele através de um contrato, é necessário, por um lado, que o acordo de vontades que nele se plasma, seja resultado da autonomia privada e da liberdade de contratar, exercidas de maneira desembaraçada numa sinalagmática relação onde se exige o reconhecimento de um compartilhado *status* de dignidade entre as partes contratantes. Lado outro, necessário se revela que os contratantes se comportem de maneira responsável, não só um para com a contraparte, mas também, com relação ao todo comunitário, o que deles demanda uma atuação de forma consentânea com a boa-fé (subjéctiva e objectiva) e com a função ético-comunitária dos contratos.

³⁷³ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 14.

³⁷⁴ REALE, Miguel, *O Direito...*, p. 118.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 15-16.

³⁷⁷ “A ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstracção do mundo (...) O direito, de modo diferente, postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo (...) Pelo que se poderá dizer que o princípio da moral está nos *deveres* (...) e o princípio do direito está simultaneamente nos *direitos* (no ponto de vista do eu) e nos *deveres* (no ponto de vista do outro e dos outros) pela mediação do comum mundanal da existência social”. *Ibidem*.

2. Dimensão do *suum*: o direito como manifestação da liberdade e da igualdade:

No pólo do *suum*, compreende-se o direito a partir do princípio *suprapositivo* da igualdade³⁷⁸, como um “obstinado esforço do homem através da história, no sentido de dar a cada um o que é seu e ao todo o que é do todo”³⁷⁹ ou, para falar com AROSO LINHARES, a implicar na “igualdade entre os sujeitos-pessoas e no todo comunitário”³⁸⁰, que desde já indica também, uma exigência de liberdade, pois só o sujeito que é livre pode ser correlacionado em sua igualdade com o outro e com o todo³⁸¹.

De fato, constitui a igualdade um requisito essencial para o exercício da liberdade em comunidade, pois “a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade”³⁸², de modo que só há que se falar estritamente em liberdade se todos forem igualmente livres.

2.1 A dimensão do *suum*: o contrato enquanto manifestação da liberdade e da igualdade

Tradicionalmente, com espeque no paradigma voluntarista, considerou-se que a autonomia privada, donde eflui a liberdade de contratar – a representar não só a aptidão para decidir entre contratar ou não, mas também, de escolher com quem contratar, de definir o objeto do contrato e, também, de optar entre solicitar ou não a tutela jurisdicional acaso o contrato seja inadimplido³⁸³ –, seria o elemento determinante de um contrato. Por muito tempo se defendeu e hoje ainda há quem defenda que a liberdade contratar,

³⁷⁸ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução...*, p. 98.

³⁷⁹ REALE, Miguel, *O Direito ...*, p. 118.

³⁸⁰ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento Jurídico Contemporâneo – Sumários desenvolvidos*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2009, p. 102

³⁸¹ Vide: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Estudos...*, pp. 45-65.

³⁸² NEVES, António Castanheira, *A Revolução e o Direito*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito*, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 51-239, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 216.

³⁸³ SCHREIBER, Anderson, *Princípios Fundamentais do Direito dos Contratos*, in: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.), MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.), *Direito Civil*, pp. 201-221, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 202.

ontologicamente, se confunde com o próprio contrato³⁸⁴. Sob este enfoque, radicado na “absolutização do indivíduo como um “eu” metafísico sem vínculos históricos”³⁸⁵, o contrato não passa de um mero instrumento do qual se valem os contratantes, em sua autonomia privada, para veicularem as regras que, de comum acordo, criam para disciplinar as relações que entabulam³⁸⁶.

Ainda sob o ponto de vista clássico, a igualdade é discutida num viés apenas negativo e se traduz pelo formal tratamento igualitário de todos pelo direito. Trata-se da igualdade na lei e só na lei – ou no contrato, que neste entendimento faz lei entre as partes –, que ao submeter todos ao império da lei geral e abstrata, reduz os indivíduos ao seu *ser* ontológico, reputando-lhe como sua “única e suficiente qualidade”³⁸⁷ e, como consequência, despreza o que há de peculiar e idiossincrático em cada um.

Todavia, esta lógica de matiz individualista que encara os homens como entes essencialmente abstratos e que, sofisticadamente, os afirma livres e iguais num plano ontológico, não se sustenta perante um direito que aflora como opção ética pelo homem em sua dignidade e que se enrobustece na medida em que as exigências axiológicas deste elevado status que o caracteriza vão sendo atendidas.

Sobretudo nos dias atuais, é inócuo querer entender a liberdade de contratar e a necessária igualdade que deve haver entre os contratantes apenas sob uma perspectiva meramente formal³⁸⁸. É que hodiernamente a deliberação por contratar deixou de ser um simples ato de escolha da pessoa e agora se afigura como condição de sobrevivência numa sociedade radicalmente baseada em contratações, que se dão, sobretudo, através de contratos massivos e impessoais, potestativamente redigidos por apenas um dos contratantes, tendo a outra parte, tão somente, a opção de aderir ou não, ordinariamente através de um clicar de botão, com cláusulas pré-formatas³⁸⁹.

³⁸⁴ NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ SCHREIBER, Anderson, *Princípios...*, p. 202.

³⁸⁷ NEGREIROS, Teresa, *Teoria...*, pp. 04-05.

³⁸⁸ “(...)a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências *trascendens* que nos realizem na nossa humanidade(...)”.NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo”...*, p. 35.

³⁸⁹ SCHREIBER, Anderson, *Princípios...*, p. 202-203.

Inegavelmente, a liberdade diz respeito à autodeterminação do homem perante si mesmo e exige que ele se coloque não como absorto pela realidade, mas transcendendo-a e fazendo-a um seu objeto, dela conheça e se aproprie. É só deste modo, tomando a realidade para si que o homem se assumirá como ser responsável pela sua própria existência³⁹⁰. Na mesma linha, a igualdade, implica na não sujeição às determinações do outro, de modo que tudo aquilo que distingue concretamente um sujeito-pessoa do outro, apenas será legítimo perante o outro e desde que com apoio nos mesmos critérios que justificam as diferenças destes outros³⁹¹.

Sucede que, da condição ética, em que se assenta o direito, emanam certas exigências axiológicas, que não nos permite caracterizar a liberdade, como a singela inexistência de proibição para que o homem se conduza conforme seus desejos (HOBBS). Nem tampouco, nos é dado reduzir a igualdade ao reles nivelamento, em abstrato, daqueles que compõem uma comunidade³⁹².

Para além destes conceitos puramente formais, pelos quais, a liberdade e a igualdade, são compreendidas através de conceitos pré-formatados, importa-nos pensá-las sob os auspícios de uma perspectiva material, substancialmente consentânea com o problema que estiver em causa. É que somente a partir das peculiaridades inerentes à problemática concreta – e na a efetiva constituição do direito –, que haveremos de encontrar os significados que deverão ser assumidos pela liberdade e pela igualdade, pois tal como acontece com direito e com a condição ética em que ele está fundamentado, tais sentidos “não são puros inteligíveis, mas exigências axiológicas de efectiva realização”³⁹³.

Impõe-se, ante tal compreensão, que a concepção de *suum*, que já em Roma indicava uma dimensão objetiva do direito, na medida em que trazia à lembrança o objeto que era devido³⁹⁴ – o que pode ser visualizado na máxima eternizada por ULPIANUS,

³⁹⁰ “(...) a realidade enquanto objectivada adquire como que substância própria perante o homem que a transcende; e ao ser assim susceptível de ser analisada, conhecida e interrogada, o homem reconhece simultaneamente a sua *autonomia* perante ela nesses mesmos actos de análise, conhecimento e interrogação (...) torna-se um “sujeito” perante um “objeto”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 17.

³⁹¹ NEVES, António Castanheira, *A Revolução...*, p. 216.

³⁹² *Ibidem*, pp. 216-217.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ Essa acepção do termo "direito", entendido como "o seu" (*suum*), "o que é devido", "o justo" "o que corresponde a alguém" é o sentido primeiro da palavra, o "genuíno" aquele com o qual nasceu entre os juristas romanos. E o Direito em sentido "objetivo", que os juristas medievais, desenvolvendo o pensamento

segundo a qual, o direito se perfigura como uma “*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”³⁹⁵ –, mas que já não corresponde propriamente àquele conceito assumido pela experiência romana³⁹⁶ e, por isso, haverá de ser ampliada para abarcar, não só uma justa distribuição entre as partes *do que é devido*, mas também, o irrestrito respeito, tanto por parte dos indivíduos, quanto pelo todo comunitário, dos preceitos que efluem de uma particular aceção jurídica de dignidade humana³⁹⁷.

2.2 À procura de um conceito jurídico de dignidade humana

Desde KANT, mas já antes de forma rudimentar e difusa, passeia pelas mentes dos juristas a preocupação em encontrar o elemento que assinala as pessoas e as alça a uma categoria distinta das dos objetos. Para o filósofo prussiano esta particularidade é a dignidade.

Em sua *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*³⁹⁸, IMMANUEL KANT desenvolveu um conceito moral de dignidade tendo por base o que chama de princípio da autonomia da vontade³⁹⁹. Por este princípio, impõe-se aos indivíduos, sob os quais pesa o dever moral de suplantar os próprios instintos e interesses, a obrigação de atuar em

clássico, irão definir como a *ipsa res insta*: a própria coisa devida. "Objetivo" por que evoca "objeto" ou seja por que diz respeito à própria coisa (*res*), àquilo que é devido ou corresponde. POVEDA VELASCO, Ignácio Maria, *Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)*, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, pp. 21-32, São Paulo, jan/dez 2006, disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67697> (acesso: 15/12/2016), p. 25.

³⁹⁵ D. 1,1,10pr.: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"; na mesma linha: I.1,1pr.: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*".

³⁹⁶ LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito Como Mundo Prático Autônomo: "Equívocos" e Possibilidades – Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013, p. 179.

³⁹⁷ "Levada a sério nesta relação constitutiva com a invenção do *homo humanus sui iuris*, a tarefa de *ius suum cuique tribuere* expande significativamente as suas possibilidades, na mesma medida, no entanto em que, sem paradoxo, as especifica. Mais do que admitir que o *respondere* juridicamente relevante nos reconduz invariavelmente a uma experiência (reflexivamente assimilada) de *justeza* prática ou de *justo concreto* (...) trata-se, com efeito, muito simplesmente, de concentrar numa prática de identificação-comparação de sujeitos *comparáveis*. Concentração que nos autoriza a reconstruir a controvérsia jurídica (enquanto *núcleo* do mundo prático do direito) partindo de uma estrutura elementar(...)" *Ibidem*, p. 180.

³⁹⁸ KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, Berlim: Riga, J. F. Hartknoch, 1786 citado na tradução portuguesa: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

³⁹⁹ "O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal." *Ibidem*, p. 85.

consonância com a exigência interna de expressar uma vontade legisladora universal, ou seja, uma determinação a que se possa reconhecer como adstrita ao dever moral de expressar-se “(...) segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal”⁴⁰⁰.

Neste sentido – num “reino de fins”⁴⁰¹ – o agir do ser dotado de razão deve estar calcado em uma moralidade, plasmada na correspondência entre a ação e a legislação, imanente a cada ser racional e formada a partir de uma ação comprometida com a finalidade de poder sempre ser considerada como uma lei universal⁴⁰².

KANT afirma que no mundo existem duas categorias que expressam valor: o preço e a dignidade. O preço é uma unidade de medida que permite a atribuição de valor a todas aquelas coisas que podem ser substituídas por outras equivalentes. Já a dignidade, por exclusão, se presta a mensurar todos aqueles outros entes, cuja natureza singular, lhes torna resistentes a toda e qualquer tentativa de precificação ⁴⁰³.

Neste diapasão, podemos dizer com CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA que, para KANT, o ser humano sempre haverá de ser considerado como “um fim, nunca um meio; como tal sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro”⁴⁰⁴.

Sem prejuízo da importância do conceito kantiano de dignidade, necessário reconhecer que tal ideia denota certa ambigüidade, adquirindo nuances distintos conforme se lhe vislumbre sob o ponto de vista da moral ou do direito⁴⁰⁵. Tendo em vista os objetivos que colimamos, necessário se faz, ainda que de maneira muito sucinta, que tentemos precisar o sentido jurídico de dignidade, o que, só nos parece ser possível, a partir de uma análise das já enunciadas condições de emergência do direito.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁰¹ “Por esta palavra *reino* entendo eu a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns”. *Ibidem*, p. 75.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 76.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁰⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 2, n. 2, pp. 49-67, 2001, p. 51.

⁴⁰⁵ WALDRON, Jeremy, *Dignity, Rank, and Rights*, In: *The Tanner Lectures on Human Values*, Berkeley: University of California, 2009, p. 209.

Na companhia privilegiada de CASTANHEIRA NEVES, pensamos que o direito existe para além da norma posta e emerge no mundo como uma prática eminentemente humana, que resulta, primeiro da necessária e inescapável existência mundana – uma condição mundano-existencial – a impor ao homem que coexista com o outro numa relação de intersubjetividade, suplantando a unilateralidade decorrente da simples relação de alteridade, para se afiançar num vínculo de bilateralidade atributiva⁴⁰⁶.

Além do fardo que é existir no mundo coexistindo através de uma mediação social⁴⁰⁷, aos homens é também implacável uma condição antropológico-existencial. É que para eles – seres indeterminados e abertos às contingências que se desvelam no devir histórico –, a convivência só é possível a partir do momento em que se lançam a arrostar “as dificuldades postas (...) através da criação cultural de uma como que segunda natureza em que essas dificuldades sejam correlativamente superadas (...)”⁴⁰⁸.

Além destas duas condições inexoráveis e comuns a todas as ordens, o direito, em particular, se assenta numa terceira exigência que resulta da manifesta opção por uma ordem social. Porém, não se trata da assunção de qualquer ordem social, mas de uma ordem que traga consigo o gene do direito⁴⁰⁹. Enfim, para que o direito surja e se afirme, impõe-se que seja assumida uma condição ética, que significa uma opção pelo homem em sua dignidade. Como decorrência desta opção ética, a constituenda e institucional padronização comportamental, que rege a vida em comunidade, só haverá de ser considerada como normativamente válida se estiver em consonância com aqueles valores comunitariamente compartilhados que estejam pautados no respeito da dignidade humana⁴¹⁰.

A opção pelo direito e, por conseguinte, a sua emergência no mundo, advém da necessária admissão do humano em sua dignidade como valor fundamental do jurídico. Destarte, todo o sentido e substância que se queira qualificar como proveniente do direito deve estar fundado na dignidade humana.

⁴⁰⁶NEVES, António Castanheira, *Direito...* p. 297.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 298.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 289.

Pensar a dignidade a partir das três condições de emergência do direito, necessariamente implica em entendê-la como inserida numa relação de intersubjetividade, onde as interações dos participantes estejam sempre condicionadas à manutenção de uma relação de paridade entre eles⁴¹¹.

Em outros termos, pensar juridicamente a dignidade implica em reconhecê-la como que fundada no princípio da igualdade, o que significa encará-la como um mecanismo de equilíbrio das relações intersubjetivas, que confere prerrogativas às pessoas conforme a circunstancial condição humana intersubjetivamente vivenciada por cada uma delas⁴¹². Assim, em sua originalidade⁴¹³, a pessoa – e a dignidade enquanto atributo inerente a esta condição –, sempre estará aberta ao devir, em um *continuum* processo de construção, não se sujeitando a quaisquer determinações, mas se autodeterminando no vir a ser, como um fim em si mesmo em sua mundividência e ipseidade.

2.3 A dignidade humana como fundamento e expressão da igualdade em Jeremy Waldron

Na esteira do que já expusemos e consoante o entendimento de AROSO LINHARES, é seguro sustentar que, juridicamente, a dignidade se traduz como uma posição de paridade que é ocupada pelas pessoas nas relações interpessoais. Neste sentido, JEREMY WALDRON⁴¹⁴ afirma que a dignidade representa um *status* de elevada nobreza que é inerente à condição humana, de modo que a cada indivíduo são devidas as mais elevadas deferências, como se todos fossem pertencentes à classe mais nobre da comunidade⁴¹⁵.

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft Der Menschlichen Natur: Auf Dem Weg Zu einer Liberalen Eugenik?* – *Glaube Und Wissen*, Frankfurt : Suhrkamp Verlag, 2001, cit. na tradução brasileira: O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal ?, trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

⁴¹² WALDRON, Jeremy, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, In: *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 374, 2013, p. 26.

⁴¹³ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 33.

⁴¹⁴ LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito...*, p. 179, nota 704.

⁴¹⁵ “(...) the modern notion of human dignity involves an upwards equalization of rank, so that we now try to accord to every human being something of the dignity, rank, and expectation of respect that was formerly accorded to nobility”. WALDRON, Jeremy, *Dignity...*, p. 229.

Partindo das duas concepções clássicas de dignidade: a advinda da *dignitas* romana e aquela de matriz kantiana, WALDRON propõe que, estas noções de dignidade não só podem coexistir, mas devem permanecer aglutinadas em um conceito unitário, através do qual seja possível garantir um status de elevada nobreza para todas as pessoas, que passarão a ser destinatárias das mesmas deferências e do mesmo respeito que são dirigidos às pessoas pertencentes à mais alta nobreza⁴¹⁶.

Pressupondo que o conteúdo conceitual do que se entende hoje por dignidade, preserva uma relação de identidade semântica com a noção erigida ao longo da história, conclui o filósofo neozelandês, que a noção contemporânea de dignidade, se traduz pela exigência de que todas as pessoas sejam tratadas como que se ocupassem, igualmente, o mais elevado status social⁴¹⁷.

Adverte, porém, o autor, que esta composição conceitual longe está de ser uma descoberta nova, o erudito professor de filosofia antiga GREGORY VLASTOS já havia notado que a sociedade se organiza de forma a compor uma aristocracia sem estratos, onde há apenas uma casta de reconhecida superioridade em que todo humano é considerado como um brâmane, um rei ou rainha e, como ocupante desta posição superior, deve ser respeitado⁴¹⁸.

Em caráter elucidativo, afirma WALDRON que aquele que assiste a um roubo como uma violência corriqueira quando praticado contra uma pessoa comum, muda de postura e encara o mesmo fato de forma diferente acaso praticado contra uma pessoa socialmente importante. Contudo, em ambas as hipóteses, o crime deveria ser considerado como um ultraje praticado contra alguém que goze da mais elevada consideração social. Por conta disto, impõe-se que a noção de pessoa receba um novo significado, de modo que, haja um respeito pelo outro, da individualidade e a integridade de cada um, não como um mero exercício de tolerância, mas como algo sagrado⁴¹⁹.

⁴¹⁶Diz WALDRON que “ the modern notion of human dignity involves an upwards equalization of rank, so that we now try to accord to every human being something of the dignity, rank, and expectation of respect that was formerly accorded to nobility”. *Ibidem*.

⁴¹⁷*Ibidem*, p. 210.

⁴¹⁸*Ibidem*, pp. 229-230.

⁴¹⁹*Ibidem*, p. 230.

Repisando esta ideia, e de modo a demonstrar como um privilégio reconhecido apenas à casta socialmente mais elevada deveria ser ampliado e garantido a todas as pessoas, WALDRON traz à colação o vetusto adágio inglês segundo o qual “*an Englishman’s home is his castle*”, para dizer que a garantia da inviolabilidade do local de residência de cada um, que antes era um privilégio garantido apenas aos nobres, hoje foi estendida a toda e qualquer pessoa que, independentemente de morar em um palácio ou em uma choupana, terá no imóvel onde habita o seu asilo inviolável⁴²⁰.

Há assim uma democratização do status de nobreza que pode ser vislumbrado, com maior nitidez, através de outro exemplo com que WALDRON nos brinda. Trata-se de um episódio ocorrido em Londres nos idos de 1606, quando uma condessa renitente em pagar uma dívida, foi presa a pedido do seu credor. Na ocasião, a condessa permaneceu encarcerada até que seu débito fosse adimplido. Todavia, passados alguns dias, o credor é quem foi preso por ter pedido a prisão da condessa, pois, conforme se entendeu à época, a condição de nobre implica em uma presunção de riqueza que obsta que os membros da nobreza sejam presos por dívida⁴²¹.

Trazendo este caso ao contexto social contemporâneo, percebe-se que a regra que antes impedia a prisão dos nobres em razão de uma dívida, hodiernamente se generalizou para dignificar a todas as pessoas com aquela condição, que antes era reconhecida apenas a uma casta considerada como superior⁴²².

Ainda seguindo o pensamento de WALDRON e, encampando com ele a defesa de uma sociedade onde todos ocupem um elevado e idêntico status de dignidade, necessário que consignemos, ainda que de forma muito breve, a importante distinção entre *conditional-status* e de *sortal-status*⁴²³.

O *conditional-status* diz respeito a algumas situações ou etapas que são vislumbradas ao logo da vida humana em razão de escolhas ou de particulares contingências que, embora gerem conseqüências legais, não revelam nada de específico em

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 240-241.

⁴²² *Ibidem*, p. 241.

⁴²³ *Ibidem*, p. 242.

relação à pessoa a que se refere. É o caso do nascimento, da morte, do casamento, do serviço militar, da loucura, da falência, etc.⁴²⁴

Já o *sortal-status* parte de uma categorização que não leva em consideração as ações de alguém, mas indica uma posição que lhe é impingida pelo direito e que acaba por definir o seu destino na sociedade. É o caso do status de escravo e de servo, além dos sistemas que atribuem uma posição peculiar para os sujeitos conforme a raça, o sexo, etc.⁴²⁵.

O *sortal-status* traduz a ideia de que existem diferentes categorias de pessoas – é como se existissem cidadãos de primeira e segunda categoria – e é justamente contra esta possibilidade de existir humanos de classes distintas que a ideia de dignidade humana se insurge, pois só há um único tipo de pessoa⁴²⁶.

Pois bem, se há um único tipo de pessoa, que é aquele marcado por um *status* de dignidade, necessário se faz que mensuremos o quão extensa deve ser esta dignidade para que a pessoa deixe de ser vista apenas a partir de sua individualidade, enquanto categoria antropológica, e passe a ser encarada, a partir do seu valorativo reconhecimento comunitário, como categoria ético-axiológica, o que nos conduz a uma pergunta necessária: que único tipo de pessoa é este que existe?

Ora, embora possa parecer paradoxal afirmar-se que há um tipo único de pessoas e, ao mesmo tempo, dizer que é preciso identificá-lo dentre outros – afinal a ideia de “tipo”, de per se, já implica em uma multiplicidade – o que se procura é, dentre as diversas categorias (tipos) de pessoas que historicamente existiram: escravos, libertos, nobres,

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 242-243.

⁴²⁵ “Sortal-status categorizes legal subjects on the basis of *the sort of person* they are. One’s sortal-status defines a sort of baseline (relative to condition-status). Modern notions of sortal-status are hard to find, but earlier I mentioned a few historical examples: villeinage and slavery”. *Ibidem*, p. 243.

⁴²⁶ “Now it is precisely this last claim that the principle of human dignity denies. There are not different kinds of person, at least not for human persons. We once thought that there were different kinds of human—slaves and free; women and men; commoners and nobles; black and white—and that it was important, from a social point of view, that there be public determination and control of the respective rights, duties, powers, liabilities, and immunities associated with personhood of each kind. We no longer think this. There is basically just one kind of human person in the eyes of the law, and condition status is defined by contrast with this baseline”. *Ibidem*.

plebeus, vassalos etc., verificar qual é aquele que podemos eleger como um arquétipo um universal.⁴²⁷

Ressalte-se que um padrão de dignidade, longe de constituir um conjunto de condições sociais mínimas necessárias para a sobrevivência – ou para falar com JOHN RAWLS de um *social minimum*⁴²⁸ ou de um “mínimo existencial”⁴²⁹ como prefere a doutrina brasileira –, deve ser erigido a partir do *status* de mais alto nível⁴³⁰, “alto o suficiente para ser chamado de “dignidade”. O status padrão para as pessoas agora é mais como um conde do que como o status de um camponês; Mais como um cavaleiro do que um escudeiro (...) é mais como o status de um homem livre do que como um escravo (...) É o status de um portador do direito (...) É o status de alguém que pode exigir ser ouvido e levado em consideração (...) É mais como o status de alguém que emite comandos do que como o status de alguém que simplesmente os obedece”⁴³¹.

Ressalte-se que este *status* de dignidade, não constitui uma relação ilógica e arbitrária de prerrogativas e restrições inerentes a uma pessoa, mas, ao contrário, se plasma em específicos direitos e obrigações que só fazem sentido em relação às condições individuais de uma determinada pessoa. Deste modo, o fato de alguém ser qualificado

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ “To this end, together with the other social policies it regulates, the difference principle specifies a social minimum derived from the Idea of reciprocity. This covers at least the basic needs essential to a decent life, and presumably more. We suppose citizens to view themselves as free and equal, and to regard society as a fair system of social cooperation over time (...) We then say: if those who view themselves and their society in that way are not to withdraw from their public world but rather to consider themselves full member of it, the social minimum, whatever it may provide beyond essential human needs, must derive from an idea of reciprocity appropriate to political society so conceived”. RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 130.

⁴²⁹ Por “mínimo existencial” entenda-se como manutenção de certas condições para se assegurar um determinado padrão de dignidade e que pode ser tomado, tanto “numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultural (precisamente o entendimento aqui adotado e que corresponde à concepção consagrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e ao que tudo indica na doutrina e jurisprudência brasileira), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais*, in: Revista de Investigações Constitucionais, vol. 3, n. 2, p. 115-141, Curitiba, 2016, p. 133.

⁴³⁰ Mesmo para RAWLS este *social minimum* é insuficiente para se alcançar a justiça com equidade em sua plenitude, diz ele: “While a social minimum covering only those essential needs may suit the requirements of a capitalist welfare state, it is not sufficient for what in Part IV I call a property-owning democracy in which the principles of justice as fairness are realized”. RAWLS, John, *Justice...*, p. 130.

⁴³¹ *Ibidem*, tradução livre.

como menor impúbere, por exemplo, se por um lado lhe assegura o direito de ser assistido materialmente pelos seus pais ou responsáveis, por outro lhe impede de praticar aqueles atos para os quais se lhe exija capacidade civil, tais como celebrar alguns contratos⁴³².

Pensar-se no direito a partir da igualdade e com a assunção da pessoa em seu mais elevado *status* de dignidade, representa não encará-lo como um instrumento nivelador que confere às pessoas idênticas prerrogativas e obrigações, mas como mecanismo capaz de conferir a estas pessoas as prerrogativas que sejam consentâneas com a circunstancial condição humana intersubjetivamente vivenciada por cada uma delas em sua subjetividade⁴³³.

2.4 O sentido jurídico de dignidade humana: a dignidade como um *status concept*

Compreendida juridicamente como um *status*, a dignidade não se identifica como uma característica particular do indivíduo ou como algo que se possa atribuir ou não a alguém, mas se apresenta como uma *intangibilidade* – que se distingue da mera *indisponibilidade* – cujo sentido só é revelado no âmbito das “relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas”⁴³⁴.

A percepção da dignidade humana como dotada de um *status-concept* nos permite transpassar o âmbito de sua noção moral, para entendê-la como um conceito puramente jurídico. É que a indicação de um *status* já resulta numa necessária normatividade, pois se consubstanciando numa posição ocupada pela pessoa na sociedade e ostentada por ela nas

⁴³²WALDRON, Jeremy, *Is Dignity...*, pp. 24-26.

⁴³³ “In the example of infancy, propositions (a) and (b) are not arbitrary legal propositions. Each of them makes sense in terms of the underlying idea that human children are much less capable of looking after themselves and much more vulnerable to depredation or exploitation by others than adults are. And they make sense together, as a package, in response to that idea— i.e., they make sense jointly as well as severally. The underlying idea—that being an infant (in the ordinary-language meaning of that term) requires special solicitude from society—is what makes sense of infancy in its technical legal meaning. We can say something similar about bankruptcy, alienage, royalty, being a prisoner, and all the other *status*-terms I mentioned. Each of them is not just an abbreviation of a list of legal “if-then” propositions; it packages a list of propositions deemed to make sense, jointly and severally, in virtue of a certain underlying idea about a particular circumstance or vicissitude of the human condition”. *Ibidem*, p. 26.

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft...*, p. 47.

relações que mantém com as demais pessoas⁴³⁵, sua aferição só poderá ser feita no âmbito da intersubjetividade que se estabelece em uma comunidade – numa *comunidade de seres morais*, segundo HABERMAS –, que é o único local onde o humano pode, não só se afirmar perante o outro, conduzindo a si próprio de maneira autônoma e idiossincrática, mas também exigir que o outro lhe respeite em suas particularidades⁴³⁶.

3. Dimensão do *commune*: o direito como responsabilidade

Ao lado da igualdade, donde advém o reconhecimento, não só da liberdade de cada sujeito, mas de uma dignidade que lhe é inerente e o alça à condição de sujeito-pessoa⁴³⁷, necessário também considerar, agora no pólo do *commune* – que diz respeito ao “horizonte universal, o universo unitário de que todos os objectos e nós fazemos parte, enquanto vivemos uns com os outros no mundo”⁴³⁸ –, o direito deve ser assinalado, também, pelo princípio suprapositivo da responsabilidade – que é “a expressão normativa da indefectível integração comunitária”⁴³⁹ –, que “(...) não se reduz a um *neminem laedere* (...)”⁴⁴⁰, mas resulta na assunção das obrigações e encargos ínsitos ao inexorável coexistir em comunidade⁴⁴¹.

Vale, aqui, a ressalva no sentido de que a comunidade não se coloca como um ente autônomo entre os sujeitos que lhes compõem, mas se afigura como um projeto sempre inacabado que “vai se constituindo pelos actos de participação naqueles valores comuns que vão se revelando no sentido dos actos da comunicação espiritual. A comunidade, pois, daquela comunhão axiológica, em que cada um de nós se compreende como *pessoa numa*

⁴³⁵ WALDRON, Jeremy, *How Law Protects Dignity*, In: Public Law & Legal Theory Research Paper Series & Working Paper n.º 11-83. New York: New York University School of Law, 2011, p. 2.

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 2-3.

⁴³⁷ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 36-37.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁴⁰ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 199.

⁴⁴¹ “o homem não existe só: e isto não apenas no sentido de que, vivendo numa pluralidade, não *está* só, mas essencialmente no sentido de que, sendo a sua uma existência comunitária, ele não *é* só (...) o “ser com outros” se manifesta materialmente (...) com um certo conteúdo material, histórico-espacialmente determinado) sempre em função comunitária, sempre em referência a uma comunidade concreta”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp. 19-20.

comunidade de pessoas”⁴⁴². Tão originárias quanto às prerrogativas que o *status* de pessoa confere ao sujeito, são as obrigações que a ele são incumbidas⁴⁴³.

No rol destas responsabilidades comunitárias, está uma inderrogável exigência de *solidariedade* para com o outro e com o todo, que resulta na equitativa distribuição dos encargos necessários para a sobrevivência da comunidade⁴⁴⁴ e, por conseqüência, num *suum quique tribuere*⁴⁴⁵. Como decorrência deste dever de solidariedade, é preciso que se considere que a formulação e o cumprimento dos contratos não ocorrem apenas em atenção aos interesses individuais das partes, mas se dão em razão de uma imprescindível necessidade comunitária.

Não obstante, ao sujeito-pessoa, impõe-se também, como decorrência da enunciada responsabilidade, a observância de um dever de *corresponsabilidade* pela preservação da comunidade perante a qual lhe é resguardado aquele *status*. Tal dever, lhe obriga a abster-se de todo e qualquer comportamento que possa, efetiva ou potencialmente, violar os valores que historicamente foram eleitos como fundamentais para a sobrevivência comunitária. Logo, impõe-se que, cada indivíduo, viva de maneira honesta [*honeste vivere*]⁴⁴⁶, comportando-se de acordo com os preceitos socialmente aceitos⁴⁴⁷, o que, sobretudo na esfera dos contratos, resulta na observância dos ditames da boa-fé.

⁴⁴²NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, p. 39.

⁴⁴³ “A pessoa, pela simples razão de o ser, se vê investida não só em *direitos*, mas igualmente em *responsabilidade* (...) pelo que *os deveres* são para ela tão originários como os *direitos*”. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas ...*, p. 38.

⁴⁴⁴ Também, de acordo com o que afirmou CASTANHEIRA NEVES ao citar SCHELER, a comunidade é tão originária quanto a pessoa, uma vez que “o ‘nós’ não resulta de um acordo entre os vários ‘tu’ é-lhes contemporâneo”. *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴⁵ O princípio da responsabilidade tem na solidariedade “a sua implicação jurídica positiva, já que como tal se traduz quer na actuação jurídica dos sujeitos pela mediação dos quadros institucionais do todo comunitário, quer na actuação jurídico-institucional do todo comunitário perante os sujeitos (...)”. NEVES, António Castanheira, *O Princípio da Legalidade Criminal*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito*, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 349-474, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 415. Como dever jurídico advindo desta solidariedade cite-se a necessidade de se pagar tributos. LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento...*, p. 104.

⁴⁴⁶*Ibidem*, p. 103.

⁴⁴⁷ A corresponsabilidade é o lado negativo do princípio da responsabilidade, já que “refere os sujeitos ao todo comunitário numa intenção de responsabilizante preservação e encontra a sua expressão jurídica na proibição dos comportamentos que violam ou ponham em perigo os valores e bens que se reconhecem como fundamentais elementos constitutivos da ordem jurídica”. NEVES, António Castanheira, *O Princípio...*, p. 415.

3.1 Dimensão do *commune*: o dever de solidariedade no âmbito dos contratos

A existência do homem no mundo é, inexoravelmente, uma coexistência comunitária (é estar submerso num *commune* ou, falando com HUSSERL, num *Lebenswelt*). Inarredavelmente, estar no mundo é para o homem *estar com os outros* e existir é *ser com os outros*. Todavia, se por um lado o existir compartilhado é estruturalmente o que possibilita o homem permanecer no mundo, por outro, é ele fonte de uma tensão problemática que pode, numa situação extrema, acaso não contida, gerar a própria defunção da comunidade.

Desta feita, a realização de um *ser com o outro* está condicionada à adoção de uma estratégia que nos permita contornar as multifárias tensões entre o *eu* e o *outro*, equalizando as subjetividades, idiosincrasias e mundividências, não numa superação abstrata das individualidades em favor dum hegeliano coletivismo radical – com todas as suas disfuncionalidades, conforme nos ensina KARL POPPER⁴⁴⁸ –, mas numa harmonização concreta dos *relata* individuais que potenciando o liame comunitário, enrobustece as liberdades individuais.

Afinal, fala-se aqui numa verdadeira *comunhão*, que é transcendental à própria juridicidade e que, nesta medida, faz com que a dimensão individual não possa ser pensada como dissociada da dimensão comunitária⁴⁴⁹. Conforme já enunciamos, a existência comunitária, ou melhor, uma existência comunitária que esteja pautada no direito – onde os sujeitos se afirmem livres e iguais em seu elevado status de dignidade – tem por pilares os deveres *corresponsabilidade* e de *solidariedade*.

Como decorrência do dever de solidariedade – que mais de perto nos interessa neste tópico –, é imperioso considerar que a formulação e o cumprimento dos contratos não ocorrem apenas como forma de atender aos interesses das partes contratantes, mas –

⁴⁴⁸ POPPER, Karl Raimund, *The Open Society and its Enemies*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1957, citado na tradução brasileira: *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*, v. 2, trad. Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 33-88.

⁴⁴⁹ “(...) o homem é *pessoa* na comunidade e *em confronto* com a comunidade, sua condição *vital, existencial e ontológica*, não é *pessoa* senão em comunidade, mas não se dissolve nela, coloca-lhe múltiplas exigências, decorrentes da sua autonomia, na tensão dialéctica *suum/commune* (...)”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 200.

alçados os contratos a um plano transindividual⁴⁵⁰ –, apresentam-se de importância tão fundamental para o todo comunitário, que não é demasiado se afirmar que na sua interpretação – na realização do direito que tenha como *prius* metodonomológico uma concreta problemática surgida num contrato – para além do respeito ao exercício desembaraçado da autonomia privada, enquanto decorrência da liberdade/igualdade –, obrigatoriamente deve ser ponderada a responsabilidade, numa dimensão de solidariedade, para com o outro contratante e com todo comunitário.

Nesta medida, o contrato que, conforme a tradição, sempre se afigurou como o acordo celebrado por pessoas determinadas que assumem entre si obrigações, agora, concebido a partir de um direito que se afirma epistemologicamente autônomo e que se realiza enquanto *nomos*, *ex vi* das exigências da solidariedade comunitária, tem seu objeto expandido.

É objetivamente hipertrofiado, que o contrato passa a abarcar, não só a prestação principal avençada – donde se pode falar numa sua dimensão positiva – mas também, se torna abrangente de outra prestação que, embora de carácter acessório, mas não menos importante, se conforma com a exigência de os contratantes, seja antes (momento pré-contratual), durante ou depois (momento pós-contratual) de celebrado o contrato, mas em razão dele, de se absterem de todas as condutas que sejam prejudiciais à convivência em comunidade – apresentando aqui uma faceta negativa.

Não parece haver propriamente uma desconsideração do *pacta sunt servanda*, uma vez que o contratante ainda pode exigir que a contraparte cumpra com aquilo que foi pactuado (prestação principal)⁴⁵¹. É que em razão do conceito de direito que se adota, torna-se necessário considerar que há também uma expansão no sinalagma obrigacional, que deixa de se perfazer apenas *inter partes*, para obrigar os contratantes a cumprir com um dever de solidariedade que, além de recíproco, se dirige ao todo comunitário (prestação acessória).

⁴⁵⁰ REALE, Miguel, *Função Social do Contrato*, disponível em: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm, acesso em: 05/08/2016.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

Por conta destas considerações, somos levados então a dizer que o contrato deve cumprir com uma *função social*, porém, esclareça-se, quando falamos em função não estamos a defender propriamente uma funcionalização do instituto a um *telos* social definível como uma estratégia política-social ou de uma *social engineering*, mas estamos a retomar aquela pergunta essencial do *para quê o direito?*⁴⁵², que aqui pode ser muito bem enunciada como: *para quê o contrato?*, a importar na indicação da função jurídica que haverá de ser exercida pelo contrato diante da “situação histórica concretamente em causa”⁴⁵³.

Em razão do dever solidariedade, ao direito e, por conseqüência, aos contratos, incumbe o exercício de uma atividade de integração comunitária, uma vez que sua existência esta jungida não só à proteção dos interesses das partes contratantes, mas à proteção os bens jurídicos fulcrais de uma comunidade, que haverão de ser determinados, a cada caso, através de uma resposta jurídica que solucione de maneira adequada os conflitos de interesses que, porventura, exsurgirem⁴⁵⁴.

Falar-se, então, que na esfera contratual, as partes deverão observar e pautar suas condutas por uma *função social dos contratos*, significa dizer que elas deverão “perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relaciona com o contrato ou são por ele atingidos”⁴⁵⁵. Nesta esteira, consubstancia-se a *função social* dos contratos, em um agir solidariamente responsável das partes contratantes para com o todo comunitário, o que implica em prestigiar diretamente o fundamento último do direito que é a dignidade da pessoa humana e, também, em reafirmar os princípios da liberdade, igualdade substancial e, sobretudo, solidariedade social⁴⁵⁶.

À primeira vista, é bem verdade que este comportamento solidariamente responsável para com a comunidade, pode soar como uma restrição ou condicionante externo à liberdade de contratar, todavia, o agir responsável (de maneira solidária e

⁴⁵² Vide: NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, pp. 42-46.

⁴⁵³ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 274.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, cit. pp. 97-98.

⁴⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a Função Social dos Contratos*, disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/, acesso em: 20/10/2018, p. 5.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

corresponsável) é uma condição imanente ao próprio exercício daquela liberdade, situando-se, tal como a obrigação civil veiculada, no âmbito interno do contrato. Por tal razão, a estrutura de poder dos contratantes e a validade das cláusulas contratuais, devem ser sempre lidas através das lentes deste dever de solidariedade⁴⁵⁷.

3.2 Dimensão do *commune*: o dever de corresponsabilidade pela preservação da comunidade e a boa-fé

Decorrência da (cor)responsabilidade que cada sujeito-pessoa assume, perante o outro e para com o outro, pela manutenção da ordem de direito que lhes possibilita estar e compartilhar do mundo⁴⁵⁸, a boa-fé, cujo substrato é, na expressão de DAVID-CONSTANT, tão amplo quanto *une mer sans rivages*⁴⁵⁹, tal como o direito e a dignidade humana em que ele se sustém, é avessa a um conceito pré-formatado.

Realmente, uma definição de boa-fé só poderá ser encontrada através do continuado exercício de reflexão, que haverá de ser repetido pelo intérprete em cada caso concreto. É apenas a partir dos indicativos axiológicos que problemática concreta nos fornece e da específica resposta jurídica por ela convocada, que seremos capazes de determinar o exato sentido normativo que valores tais como honestidade, lealdade e correção vão assumir na prático-judicativa solução dos problemas.

3.2.1 O dicotômico tratamento da boa-fé: boa-fé em subjetiva x boa-fé objetiva

Embora pareça assentar raízes na *bonae fides* do Direito Romano⁴⁶⁰, os estudos sobre a boa-fé no âmbito do pensamento jurídico ocidental só vão acontecer, primeiro, de

⁴⁵⁷ *Ididem*, pp. 8-9.

⁴⁵⁸ NEVES, António Castanheira, *O Princípio...*, p. 415.

⁴⁵⁹ DAVID-CONSTANT, Simone, *La bonne foi: une mer sans rivages*, in: DAVID-CONSTANT (org.), *Bonne foi – actes du colloque organisé le 30 mars par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège* –, pp. 7-16, Liège: A.S.B.L. Editions Du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 7.

⁴⁶⁰ A *Fides*, na mitologia romana, era personificação da palavra empenhada, a Deusa que representava a lealdade, a guardiã da honestidade, cuja intervenção era necessária para que as pessoas pudessem acreditar umas nas outras. Idêntico é o sentido adquirido pelo substantivo feminino *fides* no período arcaico do direito romano, que dele se valia para traduzir a idéia de respeito à palavra dada. Posteriormente, já no período

forma muito singela, com a sua positivação no *code civil* de Napoleão de 1804 e, em sequência, de modo mais contundente, através duma exigência objetiva de “lealdade e confiança” [*Treu und Glauben*] trazida pelo § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900, a partir de quando ela passou ser examinada como que artificialmente cindida em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva⁴⁶¹.

Aferida com base na intenção do sujeito, que age desconhecendo o defeito que inquina seu ato, a boa-fé subjetiva ou psicológica⁴⁶² está presente no comportamento daquele que, por ignorar a existência de um vício que macula sua ação, acredita estar atuando de forma proba e virtuosa, quando em verdade está agindo ao arrepio de preceitos de ordem moral⁴⁶³. Assim, a boa-fé em seu espectro subjetivo, consiste em uma atitude psicológica⁴⁶⁴ que se traduz pela convicção de que se está atuando de maneira leal e lícita⁴⁶⁵.

Neste diapasão, entende-se que a boa-fé subjetiva, cuja substância é engendrada por postulados éticos e por cânones morais que animam o indivíduo da vontade de atuar de

clássico, os juristas do Lácio acresceram ao termo *fides*, o adjetivo *bonae*, dando origem à expressão *bonae fides* que, em grosso modo, traduz a ideia segundo a qual a palavra empenhada pela parte sempre teria valor maior do que o texto do contrato. Assim, entendia-se naquele tempo, que as promessas feitas deveriam ser cumpridas, não propriamente segundo a letra do contrato, mas conforme a intencionalidade que havia impellido as partes a contratarem. MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: RT, 1999, p. 115.

⁴⁶¹ “A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a idéia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as idéias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”. *Ibidem*, p. 124.

⁴⁶² AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.420.

⁴⁶³ FERNANDO NORONHA, sob a inspiração do que escreveu OTÁVIO GUIMARÃES, trata a boa fé-subjetiva de boa-fé crença, destacando que há boa-fé subjetiva na conduta daquele que acredita ser titular de um direito e, por conseguinte, atua imbuído da justa expectativa de estar por ele amparado, na *confiança* de que esta se portando de acordo com a norma, quando em verdade não possui tal direito, já que sua existência cinge-se ao âmbito da mera *aparência*. NORONHA, Fernando, *O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

⁴⁶⁴ REALE, Miguel, *A boa-fé no código civil*, disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso: 03/05/2016. ALVES, José Carlos Moreira, *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro*, in: *Revista Roma e América*, n. 7, Roma: Mucchi Editore, 1999, p. 187.

⁴⁶⁵ AMARAL, Francisco, *Direito...*, p.420

forma reta e honesta, não constitui propriamente uma questão-de-direito, mas se apresenta como uma mera questão-de-fato, desprovida de exigibilidade⁴⁶⁶.

Lado outro, a boa-fé em seu viés objetivo representa uma exigência geral de lealdade, um o modelo objetivo de conduta, ou como preferem os alemães, um comportamento social típico [*sozialtypische verhalten*]⁴⁶⁷, que traça a atuação dos contratantes impondo-lhes que se portem de forma reta, proba e com respeito aos “interesses do *alter*, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”.

A compleição da boa-fé, enquanto regra de conduta, é delineada pelo comportamento esperado do homem médio diante de uma situação concreta singularmente considerada, do qual deflui a justa expectativa de que todos, em iguais circunstâncias, procederão da mesma forma; já que “não seria seguro nem razoável que, sob o olhar complacente do Direito, pairasse entre as pessoas um eterno ponto de interrogação sobre a conduta dos outros, num hobbesiano cenário de desconfiança generalizada”⁴⁶⁸.

Não se analisa a boa-fé objetiva a partir do estado de animo do sujeito, mas como uma regra de conduta dotada de exigibilidade jurídica. Assim, enquanto a boa-fé sob o prisma subjetivo se refere á titularidade de um direito, a boa-fé objetiva se traduz na confiança recíproca entre as partes contratantes de que agem com lealdade e honestidade⁴⁶⁹.

Em suma, de ordinário, a civilística, ainda com algum ranço juspositivista, trata o que chama de boa-fé objetiva como uma norma jurídica, que se revela sob a forma de princípio jurídico e cujo contorno é traçado por um conceito jurídico indeterminado. Assim, aquele que age em desacordo com o arquétipo de boa-fé objetiva, ainda que destituído de dolo ou de culpa, dá azo a uma prática antinormativa.

⁴⁶⁶ COMTE-SPONVILLE, André, *Petit Traité des Grandes Vertus*, Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1995, citado na tradução brasileira: *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 105. *Vide também*: DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Editorial 45*, Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/> . Acesso: 27/04/2016.

⁴⁶⁷ SILVA, Jorge César Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46.

⁴⁶⁸ LEWICKI, Bruno, *Panorama da boa-fé objetiva*, in: *Problemas de Direito Civil Constitucional*, Coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57.

⁴⁶⁹ AMARAL, Francisco, *Direito...*, p.420.

3.2.2 Da inocuidade da distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva na esfera da metodológica realização do direito

Estabelecido, ainda que muito sucintamente, o modo como a tradição tem dividido a boa-fé, a impressão que nos fica é que, em essência, a categorização da boa-fé em subjetiva e objetiva, ao fim e ao cabo, não é mais do que um reflexo da tradicional distinção entre questão-de-fato e questão-de-direito que, embora defensável em termos puramente dogmáticos – com fundamento e “(...) critério decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas”⁴⁷⁰ –, parece perder seu sentido quando pensada sob o enfoque jurídico-metodológico.

Tomado o direito como opção do homem pelo homem em sua dignidade e que – tal como acontece com homem – se afigura como um projeto inacabado, cuja metodológica realização e autopoietica expansão se perfaz pelo continuum diálogo entre o sistema normativo e o problema concreto – que são as suas categorias de inteligibilidade –, um tratamento dicotômico da boa-fé em objetiva e subjetiva parece não mais fazer sentido na prático-normativa realização do direito, onde eles serão invocados de igual maneira.

3.2.3 Deveres anexos à boa-fé

É corrente o entendimento que traduz *obrigação* como a “relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse”⁴⁷¹. Todavia, para além de um simples liame entre credor e devedor, através do qual ela é compreendida pelos seus elementos externos (credor/devedor/vínculo), a obrigação deve ser encarada como um processo cujas fases, embora guardem entre si certa interdependência, quando consideradas globalmente conferem a ela uma feição de totalidade⁴⁷².

⁴⁷⁰ NEVES, António Castanheira, *A distinção entre questão-de-facto e a questão-de-direito*, p. 499.

⁴⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Teoria Geral das Obrigações*, 8 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31.

⁴⁷² Conforme a teoria proposta em: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, *A Obrigação Como Processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

Decorrencia desta visao da obrigacao como um processo, e a necessidade de ela passe a ser encarada de um modo holistico, de modo que, a prestacao principal se imbrigue diversas outras pretensoes que de algum modo sejam pertinentes e contribuam para que se alcance aquele objetivo juridico global em razao do qual as partes se obrigaram⁴⁷³.

Assumida esta concepcao sistemica de obrigacao, o contrato que tradicionalmente tem como dever principal o cumprimento de uma das modalidades de obrigacao – dar, fazer ou não-fazer –, tem seu objeto ampliado para abarcar, também, prestações acessórias à obrigacao principal, cuja função é senão assegurar o cumprimento efetivo do prestação principal de dar, fazer ou não-fazer⁴⁷⁴.

Podemos dizer então, que a realizacao da prestacao avençada pelas partes em um contrato, não mais é suficiente para que consideremos como adimplida a prestacao contratada. Para o efetivo cumprimento da obrigacao será exigido, igualmente, que sejam cumpridos aqueles outros deveres que, calcados na concepcao sistemica de obrigacao, são fundamentais para o completo cumprimento do que foi acordado, ainda que não estejam – e ordinariamente não estão – previstos no instrumento negocial.

Comumente referidos como deveres anexos [*Nebenpflichten*], laterais⁴⁷⁵ ou secundários, estas prestações circundantes da obrigacao principal não se apresentam como comandos normativos que nos são dados de antemão, mas se só se revelam em cada caso concreto⁴⁷⁶, através do judicativo ato de constituicao pratico-normativa do direito e a partir da dialogica relacao entre o caso concreto e o constituendo sistema de normas.

Como estão condicionados às peculiaridades do caso concreto, seria impossível arrolar todos os deveres em apreço, de modo que, apenas a título ilustrativo, a seguir, pinçamos algumas das situações mais corriqueiras em que eles aparecem.

⁴⁷³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 586.

⁴⁷⁴ ROSENVALD, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204.

⁴⁷⁵ POPP, Carlyle, *A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 196.

⁴⁷⁶ PAVELSKI, Ana Paula, *Funções da Boa-fé Objetiva no Contrato Individual de Trabalho*, Revista TRT – 9ª Região, a. 31, n.º 56 Jan/Jun. Curitiba, 2006.

O dever de lealdade e confiança recíproca é comumente chamado de dever anexo geral, uma vez que o comando que dele emana, qual seja: que as partes devem ser fieis àquilo que pactuaram, está subentendido em qualquer avença que se possa vir a estabelecer. É da essência do ato de contratar que aquele que se obriga a uma prestação tenha a intenção de cumprir com aquilo que se obrigou. Do contratante não se pode esperar comportamento outro senão aquele que seja voltado para o adimplemento das suas respectivas obrigações, não sendo condizentes com a boa-fé aqueles atos destinados a desequilibrar as prestações ou travestir o objetivo do negócio⁴⁷⁷.

Ademais, as partes de uma relação jurídica devem adotar comportamentos que inibam a ocorrência de danos à pessoa ou ao patrimônio da contraparte. É o caso, por exemplo, da empresa de transporte que deve tomar os cuidados necessários para que as pessoas transportadas e suas bagagens não sofram nenhum dano. A regra segundo a qual o credor na cobrança de dívidas deve se valer dos meios menos lesivos e onerosos para o devedor, igualmente pode ser citada como outra decorrência do dever de proteção⁴⁷⁸.

Fala-se, também, de um dever de cooperação entre credor e devedor, pelo qual se espera que ambos laborem para que seja alcançado o objetivo comum que é adimplemento da obrigação em sua máxima extensão. Igualmente, existe entre os contratantes um dever de informação, a exigir que cada uma das partes municie à outra de todas as informações que possui, de modo a garantir que relação jurídica que estão entabulando se mantenha equilibrada. Há entre os contratantes, também, um dever de sigilo, pelo qual as informações confidenciais por uma parte à outra não poderão ser, em regra, divulgadas⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa-fé...*, pp. 605 e ss. PAVELSKI, Ana Paula, *Funções...* STOLZE, Pablo Gagliliano, *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: teoria geral*, v. IV, t. I, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 109 e ss. PAVELSKI, Ana Paula, *Funções...*, pp. 16-32.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

3.2.4 Figuras parcelares da boa-fé

As figuras parcelares da boa-fé objetiva consistem em violações específicas do comportamento que deveria ser adotado e acarretam conseqüências jurídicas que variam conforme o caso concreto. Na seqüência, trataremos respectivamente do *venire contra factum proprium*, da *supressio*, da *surrectio*, do *tu quoque* e da *exceptio doli*; figuras estas que, pautadas pelos deveres de lealdade, honestidade e cooperação, na prática irão limitar o exercício de direitos subjetivos, evitando-se, assim, o abuso de direito.

O *venire contra factum proprium*, cujo significado literal é “*vir contra um fato próprio*”, consiste na proibição da prática de comportamentos contraditórios. Veda-se através do *venire contra factum proprium*, que a parte responsável por um ato que fez nascer na outra parte uma justa expectativa, venha, posteriormente, a se comportar de modo frontalmente contrário à sua postura inicial, frustrando o que a contraparte dela esperava⁴⁸⁰.

Ordinariamente, entende-se que para a caracterização do *venire contra factum proprium* faz-se necessário que exista: 1) um *factum proprium*, que é a conduta inicial apta a gerar expectativa de conduta em um determinado sentido; 2) que a conduta inicial gere na contraparte a confiança de que os demais atos que vierem a ser praticados dela não destoarão; 3) a prática pelo autor da conduta inicial de um comportamento que a contradiga e, por conseguinte, frustre a confiança da outra parte; 4) a existência de um dano, efetivo ou potencial, produzido em razão da frustração da legítima expectativa de uma parte causada pelo comportamento contraditório da outra⁴⁸¹.

A *supressio* foi aplicada pela primeira vez, logo após a Primeira Guerra Mundial, na Alemanha, quando se verificam os primeiros casos de aplicação da *verwirkung*⁴⁸², que em tradução livre significa “perda”, “sofrer uma perda” ou “prejuízo” [*einen Verlust erleiden*]. A *supressio* é consubstancia-se na situação em que o não exercício de um direito por lapso temporal extenso gera na contraparte a crença de que o

⁴⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo, *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, São Paulo: THESIS, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007, pp. 45-54.

⁴⁸¹ SCHREIBER, Anderson, *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 271-272. NORONHA, Fernando, *O direito...*, p. 184.

⁴⁸² SCHREIBER, Anderson, *A proibição...* p. 178.

seu titular não mais o exercerá. Para a caracterização da *supressio*, isto é, da perda do direito, não basta que haja um atraso no exercício do direito, mas que a inação perdure por tempo suficientemente idôneo para gerar na outra parte a confiança de que tal direito não mais será exercido⁴⁸³. Em contrapartida, pela *surrectio* [*Erwirkung*] – correlata da *supressio* –, há o surgimento de direitos exigíveis para uma das partes em razão do seu não exercício pela parte adversa⁴⁸⁴.

Pelo *tu quoque* caracteriza-se como abuso de direito a situação em que um dos contratantes, após violar uma norma jurídica tenta auferir benefícios com tal situação. Um bom exemplo é do incapaz para celebrar contratos civis em razão da idade e, só ocultando-a dolosamente consegue levar a termo um contrato, mas, posteriormente, invoca sua menoridade para tentar se eximir das obrigações assumidas⁴⁸⁵.

Por fim, a *exceptio doli*, ou em vernáculo a exceção dolosa, consiste na defesa de uma parte contra ações intencionalmente contrárias à boa-fé da outra. Trata-se de uma figura argumentativa da boa-fé pela qual se impede que a parte atue dolosamente de modo a alçar-se a uma posição jurídica abusiva em detrimento da contraparte⁴⁸⁶.

3.3 Limites à responsabilidade comunitária

Sem prejuízo desta faceta positiva da responsabilidade, marcada pela solidariedade e pela corresponsabilidade, não podemos olvidar que ela também possui um viés negativo, que resulta das limitações formais ou materiais que são impostas em atenção às exigências comunitárias⁴⁸⁷.

No plano material – *quod substantiam*⁴⁸⁸ – fala-se de um *Princípio do Mínimo*, que é um “limite aos limites”⁴⁸⁹ segundo o qual uma determinada proibição só haverá de ser

⁴⁸³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menzes. *Da boa-fé...* p. 809. STOLZE, Pablo Gagliliano, *Novo...*, p. 122. PENTEADO, Luciano de Camargo, *Figuras...*, pp. 58-60.

⁴⁸⁴ STOLZE, Pablo Gagliliano, *Novo...*, p. 124. PENTEADO, Luciano de Camargo, *Figuras...*, pp. 60-61.

⁴⁸⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo, *Figuras...*, pp. 54-56.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁴⁸⁷ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento...*, p. 103.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁸⁹ LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito...*, p. 189, nota 738.

considerada como legítima quando ela se revelar imprescindível para o harmônico convívio em comunidade dos diversos sujeitos-pessoas e, também, para a realização pessoal de cada um deles⁴⁹⁰.

Já no tocante ao aspecto formal – *quoad modum*⁴⁹¹ – verifica-se a presença de um *Princípio da Formalização*, que traduz a necessidade de se formalizar institucionalmente aquele mínimo material acima enunciado, traçando-se objetivamente os lindes daquelas limitações materialmente impostas⁴⁹².

4. O direito enquanto intenção última fundamental continuamente construída através da dialética *suum/commune*

O direito, já se falou por outras vezes, não nos é dado, mas continua e reflexivamente construído por intermédio do permanente diálogo que se estabelece entre os pólos do *suum* e do *commune* – “do homem de liberdade-autonomia e de responsabilidade que esta constrói”⁴⁹³ – adquirindo, de acordo com as possibilidades que lhes são abertas pelo devir histórico, as mais variadas feições e sentidos⁴⁹⁴.

Enquanto elementos fulcrais do direito e do particular sentido que ele assume, a liberdade, que eflui da igualdade material, conquistada pelos sujeitos que são elevados à categoria de pessoas em razão da admissão de um status de dignidade a eles inerente, e a

⁴⁹⁰ “há que reconhecer um *princípio do mínimo*, pois só serão legítimos os impedimentos de realização que se reconheçam como indispensáveis condições de realização de todos, i. é, que sejam condição necessária tanto da coexistência como da convivência comunitárias para a realização pessoal de cada um”. NEVES, António Castanheira, *O Princípio...*, p. 416.

⁴⁹¹ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento...*, p. 103.

⁴⁹² “não há menos a reconhecer um *princípio de formalização*, ou seja, a exigência de uma institucionalização formal dos limites materialmente intencionados em obediência ao princípio do mínimo, porquanto sem essa institucionalização formal (...) abrir-se-ia a possibilidade de um *continuum* de impedimento que não só frustraria o princípio do mínimo como tenderia igualmente à já referida hipertrofia da responsabilidade”. *O Princípio...*, p. 416.

⁴⁹³ LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento...*, p. 104.

⁴⁹⁴ “Se quisermos caracterizar o sentido decisivo desta orientação do pensamento jurídico, diremos que nele o imediato ontologismo, a manifestar-se num directo objectivismo, cede lugar a uma intenção fundamentante de carácter axiológico (...) enquanto significa isto que no Direito deixou ele de ver (...) o ser objectivo que aí está no mundo das objectivações culturais e sociais, cujo ser descreve e cujo conteúdo se apreende, para o ver como uma intenção regulativa, um transcender de validade assumido nos autônomos problemas normativos de instituir sentidos (...) problemas em que as soluções de juridicidade se não obtém num impessoal deduzir, antes impõem um esforço de fundamentado constituir”. NEVES, António Castanheira, *O Papel...*, pp. 49-50.

responsabilidade, que implica em limitações formais e materiais que, traspassando as individualidades, incessantemente haverá de se plasmar nas exigências *transpessoais* que, contingencialmente, são imprescindíveis para a manutenção da convivência comunitária e para a afirmação intersubjetiva das diversas subjetividades⁴⁹⁵.

Neste sentido, o direito – que não se identifica com a ética, mas possui uma dimensão ética – se confunde com a própria intencionalidade ética dos sujeitos-pessoas que compõem a comunidade, “pois é ele aquela intencionalidade que a pessoa, situada axiologicamente na realidade da convivência ética, assume ao transcender-se numa intenção comunitária, e enquanto é essa intenção comunitária condição real da existência da pessoa como pessoa”⁴⁹⁶.

Esta intencionalidade comunitária dos sujeitos-pessoas que formam uma comunidade, tal como eles, haverá de estar axiologicamente aberta para as incertezas do devir e, neste ponto, difere de uma simples intencionalidade política, contingencialmente assumida como uma particular estratégia ou programa político que, objetivando a consecução de certos fins, impõe concretamente um determinado modo de vida⁴⁹⁷.

Para dar vida ao direito, conforme já antevemos, uma intenção comunitária haverá de ser o resultado de uma relação dialógica e mediada pelo mundo que se estabelece entre duas dimensões axiológicas, uma de viés pessoal – ponto de vista do eu –, que dá forma ao estrato dos direitos (pólo do *suum*), e outra de cariz comunitário – ponto de vista do outro – a compor os deveres exigíveis de cada um (pólo do *commune*)⁴⁹⁸.

Não obstante, vale destacar que muito embora a qualidade de pessoa só possa ser reconhecida no âmbito comunitário, não pode a dignidade, em hipótese alguma, ser restringida pela esfera comunitária, de modo que não são defensáveis quaisquer sacrifícios à dignidade, ainda que pensados em favor do bem-estar geral comunitário. Neste sentido,

⁴⁹⁵ “Efectivamente, não se opta pela estrita neutralidade e igualdade formalmente compreendida pelas concepções neoliberais, que presumivelmente garantirá a igualdade de tratamento, liberdade e autonomia. Pelo contrário, essas neutralidade, igualdade, liberdade e autonomia são compreendidas materialmente, e sempre numa dialéctica *suum/commune* que implica a respectiva *responsabilidade comunitária(...)*”. GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça...*, p. 207.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁹⁷ NEVES, António Castanheira, *A Revolução...*, pp. 214-215.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 215. NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, pp.15-16.

CASTANHEIRA NEVES assevera que: “o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade (...) não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos seus membros considerado pessoalmente (...)”⁴⁹⁹ afinal, “o homem é o ser superior a si mesmo e ao mundo”.

Destarte, os valores comuns a que referimos na pergunta preambularmente formulada – “que são aqueles que se vão constituindo e revelando nas relações e nos atos da comunicação das nossas existências (da nossa coexistência) num certo espaço e num certo tempo”⁵⁰⁰ –, consubstanciam-se e tomam forma justamente nesta plenitude do ser e do seu transcender perante a realidade, como a miríade de possibilidades que se abrem no caminho da existência ao homem e que implicam em pontuais revelações de como ele “compreende e assume os projectos da sua realização histórica, e enquanto são antecipações de uma plenitude a que ele se abre no seu transcender”⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ NEVES, António Castanheira, *A Revolução...*, p. 215.

⁵⁰⁰ NEVES, António Castanheira, *Coordenadas...*, p. 37.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 19.

CAPÍTULO VI – O PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO

«Le sens des choses... n'est point à trouver mais à créer»⁵⁰²

Antoine de Saint-Exupéry.

1. A fenomenológico-normativa constituição do direito enquanto norma vigente

As exigências do contemporâneo pensamento jurídico ocidental, não mais se resignam com o sistema formal de fontes postulado pelo positivismo jurídico que, calcado na concepção de que só ao Estado é dado o poder de criar o direito⁵⁰³, se estrutura a partir de soluções exaustivamente pré-concebidas que são cimentadas, conforme a tradição a que se esteja a seguir, na lei ou na jurisprudência⁵⁰⁴.

Em antagonismo à visão positivista, a proposta fenomenológico-normativa⁵⁰⁵ que aqui se encampa – arraigada, não na afirmação de um poder, mas na vigência⁵⁰⁶ –, está orientada no sentido de que as fontes do direito não constituem um sistema de respostas apriorísticas para os problemas que contingencialmente possam vir a surgir⁵⁰⁷, ao contrário, a fonte, que não se traduz em uma solução previamente estabelecida, consubstancia-se no próprio problema cuja resolução se procura e, ao indicar as respostas

⁵⁰² Tradução livre: “O significado das coisas não é para ser encontrado, mas para ser criado”.

⁵⁰³ Para o positivismo o problema das fontes se resume em “saber quem teria poder para criar normas jurídicas obrigatórias no âmbito de um determinado sistema político-constitucional. Mas não é concludente esta apresentação do problema – que verdadeiramente o ignora! Postulando-se (como faz o positivismo) que só a legislação cria direito, é óbvio que as respectivas fontes seriam as... legislativamente consagradas”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 687.

⁵⁰⁴ REALE, Miguel, *O Direito...*, p. 168.

⁵⁰⁵ “a mencionada questão não é um problema de afirmação de um poder, mas de constituição de uma específica vigência, razão por que dissemos a perspectiva que no-la há-de desocultar “fenomelógico-normativa” e não “político-constitucional”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 714.

⁵⁰⁶ “lembraremos não ser correta a perspectiva do “poder” – pois há direito para além do legislativamente prescrito”. *Ibidem*, p. 715.

⁵⁰⁷ Pois se o problema pudesse se resolver “(...) com fundamento num certo direito pressuposto, só se trataria de saber, interpretativamente, qual a solução que esse direito lhe prescreveria – quais as fontes por ele expressa ou tacitamente admitidas – e, portanto, fontes seriam aqueles factos ou actos normativos que as suas normas, ou algumas das suas normas, interpretativo-substantivamente qualificassem como tal”. NEVES, António Castanheira, *As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 51, pp. 115-204, Coimbra, 1975, p. 129.

normativas procuradas confere vigência, em cada caso, a um específico sistema jurídico apto a desvelar metodologicamente o direito⁵⁰⁸.

A fenomenológico-normativa determinação do direito considera-o em sua vigência, “na sua normativamente vinculante existência histórico-social, sendo certo que o direito consiste num «dever-ser que é»⁵⁰⁹, e condiciona a sua constituição, por meios diferentes da simples imposição legislativa, à observância de quatro momentos distintos, senão vejamos⁵¹⁰:

Em sua dimensão material, o direito não se constitui de modo abstrato, mas se referido, concretamente, a uma realidade comunitária, historicamente⁵¹¹ determinada, no seio da qual só terá vigência se for capaz, não só de dar uma resposta que possa resolver os problemas jurídicos que nela afloram, mas também, que consiga com proficiência oferecer uma solução idônea e consentânea àqueles valores histórico-comunitários⁵¹².

Já no tocante ao momento da validade – que não se confunde com a legalidade⁵¹³ ou com um “*dever-se ideológico-político*”⁵¹⁴ – o que se destaca é que para viger, o direito haverá de reclamar por uma específica intencionalidade, isto é, deve assumir um particular sentido que emana dos valores comunitários historicamente determinados. Nestes termos, uma vez que esteja em consonância com os tais valores, o direito poderá se manifestar das mais variadas maneiras, o que implica em dizer que outras fontes normativas válidas poderão existir, para além daquelas autorizadas pela lei, de sorte que “estaremos perante

⁵⁰⁸ “o referido problema é (...) meta-positivo, pois o que importa é saber como advém a juridicidade àquele sistema, como se constitui ele enquanto sistema autenticamente de direito (...) como se constitui a normatividade jurídica vigente que nuclearmente o predica (...)” BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 688.

⁵⁰⁹ CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, p. 115

⁵¹⁰ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 715. CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, p. 144.

⁵¹¹ “O que se não pode hoje ignorar – digamo-lo de outro modo – é aquela social historicidade do direito, eliminando-a dos dados fundamentais do problema ou deixando de enunciar o problemático através dela”. CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, p. 122.

⁵¹² BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 719.

⁵¹³ CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, pp. 115-116, nota 1.

⁵¹⁴ “Nesta perspectiva identifica-se a *auctoritas* dogmático-jurídica com a autoridade política (*imperium*) ou o poder, e o nosso problema vem a reduzir-se em saber quem é o titular do poder de prescrever (decretar e impor) o direito – de criar, como em geral se diz, regras de direito obrigatórias. O que no fundo se vê a traduzir no perguntar por quem é titular do poder legislativo (...)”. *Ibidem*, p. 133.

tantos actos constitutivos de direito quantos os actos, modos ou processos, que possamos discriminar no processo global da constituição do direito positivamente vigente”⁵¹⁵.

Deste modo, tendo em conta que o reconhecimento do direito como direito não depende das formas mobilizadas pelo poder político para prescrevê-lo, nos é autorizado dizer que as fontes do direito não são reveladas através de uma *potestas*, mas provém da *auctoritas* que emana do continuum e deveniente reconhecimento comunitário de sua vigência normativa⁵¹⁶.

Impende reconhecer como direito vigente, tanto os atos normativos cuja observância é determinada pela autoridade estatal, como é o caso da lei, quanto os que, embora não tenham sido prescritos pelo poder político, assumem-se histórico-comunitariamente como direito, como é o caso da jurisprudência, do costume, da doutrina e, também, do contrato⁵¹⁷.

De outra banda, é inexorável também a conclusão no sentido de que haverá prescrições que, embora formalmente positivadas como direito, não deverão ser reconhecidas em sua vigência e, por conseguinte, não serão admitidas como direito, por não gozarem de aceitação histórico-comunitária⁵¹⁸, donde é possível se concluir que a validade“(…) havemos de encontrá-la na normativa fenomenologia da experiência jurídica – perante a qual todos os actos constitutivos, sem excluir a legislação, hão-de justificar os seus títulos e na qual terão de comprovar a sua efectiva capacidade constitutiva”⁵¹⁹.

A concordância entre o “momento material” e o “momento de validade” cria as bases de legitimidade para a constituição do direito – no “momento constituinte” – o que pode ocorrer através da intermediação de diferentes atores. Seja o legislador, no exercício do mister legiferante, a sociedade, através dos costumes, o judiciário, com a jurisprudência, os estudiosos do direito, pela via da doutrina⁵²⁰ e, também, pensamos nós, que os particulares – no âmbito reservado à autonomia privada através da regulamentação dos

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 137.

⁵¹⁶ CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *Fontes...*, especialmente o quanto consta nas páginas 54-94.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, p. 137.

⁵²⁰ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 721-722 e 742.

seus próprios interesses –, que entabulando negócios jurídicos, nomeadamente contratos, estão habilitados a elaborar respostas aos problemas jurídicos que poderão ser consideradas válidas e eficazes.

Por fim, em um “momento de objetivação” a normatividade revelada pela resolução de problemas jurídicos é objetivada, material ou formalmente, como “realidade histórico-cultural normativa”, passando a integrar de forma autônoma a pluralidade de fontes de um sistema normativo uno, sejam na qualidade de princípio, normas (gerais ou individuais) ou na dogmática⁵²¹.

2. O contrato como fonte do direito

Ordinariamente é aceita a ideia de que o contrato, conceituado por ORLANDO GOMES como “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam”⁵²², constitui-se a partir de um direito subjetivo, legalmente reconhecido pelo Estado aos indivíduos, para, quando lhes aprouver, no exercício da autonomia privada, obrigarem-se reciprocamente através da celebração de acordos que, também por força de lei, haverão de ser cumpridos⁵²³.

Todavia, parece-nos que tal compreensão é equivocada e que o seu desacerto reside na assunção da falsa teoria que – por confundir o *iuris* com a *lex* – afirma que só há direito nos estritos lindes da lei e que, por isso, apenas seria dado às pessoas contratarem entre si em virtude da existência de um dispositivo legal que lhes franqueasse esta possibilidade.

A ideia de que as pessoas podem contrair obrigações recíprocas cujo cumprimento, de algum modo, possa vir a ser exigido, é imanente à própria natureza gregária da humanidade e parece aflorar intuitivamente, sem qualquer mediação exterior, como “um

⁵²¹ *Ibidem*, p. 744. CASTANHEIRA, NEVES, António Castanheira, *As Fontes...*, p. 145.

⁵²² GOMES, Orlando, *Contratos*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 10.

⁵²³ É o que entende, por exemplo, BOBBIO, que embora confirme que os particulares possuem capacidade satisfazerem seus interesses através da celebração de contratos, vincula esta aptidão ao que denomina chama de “poder negocial”, ou seja, a um poder que é “delegado pelo Estado aos particulares para regulamentarem seus próprios interesses num campo estranho ao interesse público”. p. 204.

dado imediato da razão humana”⁵²⁴, como uma exigência capital da inescapável experiência de estar com o outro a que fomos perpetuamente sentenciados.

Aliás, apenas a título ilustrativo, acaso reconheçamos que a existência dos contratos está jungida à sua tipificação legal e, assim, relegássemos a ele a condição de fonte mediata do direito – leia-se, fonte a que nenhum tribunal está formalmente obrigado a acatar⁵²⁵ – que, claudicante haveria de procurar a lei para perfazer sua normatividade, como é que poderíamos explicar, por exemplo, aqueles contratos, encetados, “*praeter legem* que, no vazio da lei, inovam e estabelecem como premissa verdadeiras regras gerais com caráter de norma”⁵²⁶?

Ora, não é verdade que “(...) pelo contrato, as partes estabelecem autonomamente a disciplina jurídica das suas relações (...)”⁵²⁷, não é fato que por ele se cria “(...) uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social (...)”⁵²⁸ que “dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar”⁵²⁹? Pois se todas estas assertivas são plausíveis, como então podemos deixar de reconhecer ao contrato a qualidade de fonte do direito, ainda que “fonte de normas individuais vinculantes”⁵³⁰ ?

E que não se venha falar que o caráter individual dos contratos constitui um obstáculo para o seu reconhecimento como fonte do direito, pois há muito está superado o entendimento segundo o qual, apenas seria possível qualificar como normas jurídicas, aquelas regras de conduta que se distinguissem pela generalidade. De encontro com este pensamento de viés legalista e reducionista, consente-se hoje que, ao lado das *normas genéricas*, subsistam as *normas particulares*, que são aquelas impostas a um número restrito de pessoas, tal como ocorre com os contratos, com os negócios jurídicos em geral e

⁵²⁴ REALE, Miguel, *Lições...*, p. 114.

⁵²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução...*, p. 247.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 246.

⁵²⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema...*, p. 369.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 370.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 374.

⁵³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução*, p. 247.

com as leis aplicáveis a casos determinados, e, também as *normas individualizadas*, como é o caso, por exemplo, da sentença judicial e das resoluções administrativas⁵³¹.

De toda sorte, nos contratos de adesão, conceituados na esfera das relações de consumo como aqueles “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁵³², é possível se vislumbrar alguma generalidade, não só em razão de ser elaborado de maneira previa à própria constituição do sinalagma obrigacional, de modo que não há uma especificação prévia da contraparte, que só vem a ser identificada no exato momento em que o contrato é firmado, mas também, em virtude de ser elaborado e dirigido à uma pluralidade de sujeitos.

Tais asserções, corroboradas com a perspectiva fenomenológico-normativa com que enfrentamos o problema das fontes⁵³³, enfocada não em responder quem tem o poder de criar o direito em uma dada comunidade, mas em dizer como ele singularmente se constitui como direito vigente⁵³⁴, nos habilita a afirmar, com certa segurança, que o contrato pode vir a ser uma fonte do direito, desde que nele seja possível observar os quatro momentos que habilitam a normatividade jurídica a se manifestar como direito vigente, vejamos:

Longe de ser uma resposta abstrata e antecipada para os problemas que possam vir a surgir entre as partes, o contrato haverá de se exteriorizar em referência a um problema real e concreto, indicando-lhe a melhor solução⁵³⁵.

Ainda que não encontre base legal para a sua existência – ou mesmo que esteja em conflito com o teor de alguma lei que não reflita os valores comunitários⁵³⁶ –, o contrato deve ser considerado em sua validade desde que, além de se apoiar na realidade do caso

⁵³¹ REALE, Miguel, *Lições...*, p. 106.

⁵³² BRASIL, Lei 8.078/90 de 11 de setembro de 1990, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*, 1990, art. 54.

⁵³³ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 714.

⁵³⁴ “(...) lembraremos não ser correta a perspectiva do “poder” – pois há direito para além do legislativamente prescrito (...)”. *Ibidem*, p. 715.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 719.

⁵³⁶ NEVES, António Castanheira, *Fontes...*, p. 55.

problemático, apresentando-lhe uma resposta, que esta resposta constitua um retrato fiel dos valores aceites comunitariamente⁵³⁷ no exato momento histórico em que o problema é resolvido⁵³⁸.

Tendo por base a resolução de um problema concreto para o qual apresentará a solução que melhor espelhe os valores tomados como seus em dado momento da existência, o contrato se constituirá pela ação de sujeitos privados que, no vazio normativo que lhes foi deixado para regulamentar seus próprios interesses, estabelecerão as regras que orientarão aquela específica relação jurídica entre eles estabelecida⁵³⁹.

No último estágio, os critérios jurídicos que foram esquadrihados, pelo esforço da resolução o problema concreto por intermédio das regras contratuais, passam a fazer parte da realidade histórico-normativa comunitária e, por conseguinte, são cooptados pelo sistema normativo, na qualidade de norma individual, onde subsistem como fonte do direito⁵⁴⁰.

⁵³⁷ RAISER ressalta o sentido intersubjetivo dos direitos subjetivos – dentre os quais está o direito de contratar –, que foram desfigurados por uma leitura individualista e acentua que eles devem se apoiar “no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito que cooperam”. Apud HABERMAS, Jürgen, *Faktizität...*, p. 120.

⁵³⁸ NEVES, António Castanheira, *Fontes...*, p. 137.

⁵³⁹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 721-722 e 742.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 744. NEVES, António Castanheira, *Fontes...*, p. 145.

CAPÍTULO VII – A METODONOMOLÓGICA REALIZAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA DIALÉTICA ENTRE SISTEMA NORMATIVO E PROBLEMA CONCRETO POR INTERMÉDIO DE UMA RACIONALIDADE DE MATRIZ ANALÓGICO

«All perception of truth is the detection of an analogy»⁵⁴¹

Henry David Thoreau.

1. Nótulas sobre o sistema normativo

O sistema normativo, que ao lado do problema concreto compõem as categorias de inteligibilidade do direito, em sua prático-normativa constituição, surge e incessantemente se expande com a alusão aos valores que vão sendo assumidos no devir histórico numa comunidade⁵⁴², os quais se plasmam num corpo uno, donde é possível entrever o enfeixe de uma pluralidade de elementos que se atraem em razão de uma particular pertinência⁵⁴³.

Remontando o pensamento de PLATÃO, a ideia de sistema traduz uma harmônica disposição de partes no interior de um todo, que não apenas se imbricam, mas se sinapticamente se relacionam⁵⁴⁴, donde podemos extrair que o sistema jurídico haverá de ser coerente e unitário⁵⁴⁵, ou seja, deverá, a um só tempo, se guiar no sentido de que seja preservado o liame de intencionalidade normativo-material⁵⁴⁶ – não lógico⁵⁴⁷ – que une

⁵⁴¹ Tradução livre: “Toda percepção da verdade é a detecção de uma analogia”.

⁵⁴² NEVES, António Castanheira, *Teoria...* p. 48.

⁵⁴³ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 609.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ NEVES, António Castanheira, *A Unidade do Sistema Jurídico: o Seu Problema e o Seu Sentido*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 95-180, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 166.

⁵⁴⁷ “Pelo que se trata de uma unidade de intencionalidade normativo-material – não já unidade de identidade (lógica) (...) e que só o é porque os valores, princípios e critérios normativos, não sendo embora um só ou redutíveis a um só, se conjugam numa relação de compatibilidade de realização concreta, ou encontram nesta realização uma qualquer possibilidade. O que não quer dizer que exista entre eles, seja ao princípio seja ao fim, perfeita coerência lógica ou que não se enfrentem mesmo muitas vezes em antinomias, quando tomados apenas em si ou em abstrato. Mas tão-só que acabam por encontrar, através das relações que vêm estabelecer na dialética da sua realização prática, uma certa compatibilidade intencional de ordenação e integração totalizantes”. *Ibidem*, p. 166.

seus elementos integrantes e primar para que eles nunca deixem de refletir os particulares valores comunitários que historicamente são compartilhados.

Ressalte-se que esta unidade reclamada pelo sistema não é daquelas que se possa definir de maneira apriorística, mas resulta de uma intenção de normativa constituição, ou melhor, o sistema em sua unidade não “é um dado (pressuposto) e sim uma tarefa (objectivo)” e, neste passo, haverá de ser aberto para que possa incorporar as devenientes normatividades que vão se constituindo a partir no contínuo influxo dos problemas concretos⁵⁴⁸.

Estabelecida rapidamente a sua noção nuclear, como modo de melhor especificá-la, podemos dizer que o sistema se desenha como uma convenção que se sobreleva a dialética imanente ao direito e que é estabelecida entre os pólos basilares da juridicidade, quais sejam: ordem (que se afigura como uma intenção sistemática) e o problema (que representa as mutáveis exigências normativas da realidade social)⁵⁴⁹.

A “ordem” antecede o próprio direito e é por seu intermédio, ou melhor, é encarando o direito como uma ordem que se torna possível resolver os problemas que inexoravelmente surgem em razão da condição mundano-existencial que nos é imanente, particularmente da inescapável convivência com o outro a que fomos sentenciados⁵⁵⁰.

Também com referência à ordem, o direito deve exprimir um congruente equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica⁵⁵¹ e, por conta disso, há de ser afastada qualquer pretensão de se instituir um sistema normativo prévio e fechado⁵⁵², que sob os auspícios de garantir uma solução que é justa e segura – porque é pré-formatada abstratamente como a mais adequada e aplicável sempre que a aquela específica hipótese se repetir –, acaba por

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁵⁴⁹ NEVES, António Castanheira, *A Unidade...*, p. 168. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 610.

⁵⁵⁰ “O direito é ordem porque só como ordem se revela capaz de resolver o incontornável problema que o justifica – o problema da integração comunitária”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 611.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² “Dá-se com o sistema, adverte Hartmann, o que se dá com o ponto de vista: ele não deve ser concebido de antemão, mas deve resultar da essência mesma das coisas. Quem fixa para si, *a priori*, um sistema encontra-se na impossibilidade de focalizar imparcialmente os problemas; quem vai às coisas com um sistema diante dos olhos, para ele a pesquisa é supérflua. Não nos é dado prevenir contra as exigências de um sistema: elas se imporão sempre muito cedo”. REALE, Miguel, *O Direito...*, pp. 136-137.

engessar e mecanizar a atividade do intérprete que, quase sempre, não será capaz de dar uma resposta adequada para os casos problemáticos⁵⁵³.

Por fim, resulta também da ideia de ordem, a necessidade de que as decisões judicativas possam ser seguramente analisadas e controladas o que implica na necessária existência de uma ordem normativa, que em devenida constituição, lhes confira alicerce⁵⁵⁴.

Feitas estas sucintas observações sobre a ordem que é o direito, cumpre que não olvidemos que o direito, para longe de se resumir ao sistema de normas, ele é tem no problema “o seu núcleo metodológico de realização normativa”⁵⁵⁵ – “o direito é necessariamente ordem, mas não é menos necessariamente problema”⁵⁵⁶ – de modo que a sua constituição sistemática resulta do congraçamento entre estes dois pólos de modo, que implica na movimentação do sistema e na contenção da volubilidade dos problemas⁵⁵⁷.

Desta dialógica relação onde a controvérsia prática (representando um momento material), mediada por uma *práxis* judicativa, está sempre a desafiar a constituição de uma solução válida que lhe possa ser oferecida pelo contituendo sistema jurídico (momento de validade consubstanciado na dialética entre valores e princípios), que constituída se integra, circularmente, àquele sistema, ampliando-o⁵⁵⁸.

Multidimensional, o sistema jurídico congloba diversas feições de exigibilidade que o direito se apresenta e as dispõe em diversas camadas conforme a específica intencionalidade normativa que é dispensada a cada uma.

No primeiro nível do sistema encontramos o próprio sentido de do direito, que é senão o reflexo daqueles valores historicamente assumidos e partilhados por uma comunidade que se objetivam numa consciência jurídica geral, que se irradiam e

⁵⁵³ PERELMAN, Chaïm, *Logique...*, p. 113.

⁵⁵⁴ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 611.

⁵⁵⁵ NEVES, António Castanheira, *A Unidade NEVES*, p. 168.

⁵⁵⁶ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 612.

⁵⁵⁷ A imposição do direito “como sistema visa, em última análise, compossibilitar harmonicamente aqueles pólos categoriais irreduzíveis, activando o tendencial quietismo do primeiro e estabilizando o incontornável dinamismo do segundo”. *Ibidem*, p. 612.

⁵⁵⁸ *Vide*: LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito...*, p. 40. VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia...*, p. 103.

traspassam todos os estratos do sistema constituído e identificando “nos fundamentos (nos princípios normativos) a tradução da sua problemática identidade, e nos critérios (nas normas jurídicas legais, nos precedentes jurisdicionais...) a expressão da sua dogmática operatividade (...)”⁵⁵⁹.

Na segunda dimensão do sistema estão os princípios normativos, que não são simples intenções regulativas, ou sentidos mais gerais e abstratos que são extraídos do direito positivado⁵⁶⁰, mas se revelam como intenções práticas “que se deve reconhecer como fundamento normativo e momento constitutivo do direito”⁵⁶¹ e que, enquanto momento normativo por excelência, impede que a existência do direito seja reduzida a um simples conjunto de leis escritas e estáticas, conferindo vitalidade para transforma-se constitutivamente e mantendo-o sempre em consonância com as particulares exigências do problemas que incessantemente se irrompem no devir histórico.

Cuida-se aqui, daqueles princípios que enunciam e nos permite compreender o próprio sentido do direito e que, na medida em que revelam constitutivamente o “direito como direito”, são assimilados sistematicamente em sua normatividade e fagocitados por um núcleo duro de valores de que não se pode abdicar⁵⁶².

Os princípios normativos, na expressão de FORSTHOFF⁵⁶³, no que é acompanhado por CASTANHEIRA NEVES⁵⁶⁴, não são dotados da índole de um *ius normatum*, mas caracterizam-se por ser uma *iustia normans* e, nesta esteira, o direito, que neles validamente se funda e se constitui, nunca poderá ser tomado apenas como um objeto, mas que sempre haverá de figurar como sujeito da sua prático-normativa constituição⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 627.

⁵⁶⁰ Vide: LINHARES, José Manuel Aroso, *Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, pp. 395-421, organizadores: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 627-628.

⁵⁶¹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 629.

⁵⁶² NEVES, António Castanheira, *A Unidade CASTANHEIRA*, p. 176.

⁵⁶³ FORSTHOFF, Ernest, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, vol. I, 3ª ed., München: Beck, 1953, p.61.

⁵⁶⁴ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...* p. 156.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

No terceiro nível encontramos as normas – “disponíveis operadores técnicos que pré-esquematizam uma solução”⁵⁶⁶ – que são prescritas positivamente pela autoridade politicamente competente, se fundam, ou melhor, validam-se normativamente pela referência aos princípios normativos e consubstanciam opções político-estratégicas⁵⁶⁷.

Outro patamar do sistema jurídico é formado pela jurisprudência judicial, através da qual não só se realizam prático-normativamente as normas já constituídas e dispostas sistematicamente, mas também, através da qual são constituídas, judicativamente, novas normas que serão assimiladas sistematicamente⁵⁶⁸.

Apreendida pela jurisprudência judicial, a problemática concreta, judicativamente realizada em referência ao sistema, adquire feição de norma que, segundo CASTANHEIRA NEVES, lhe confere uma presunção de justeza, de modo que para tirar-lhe a credibilidade que a normatividade lhe confere, faz-se necessário que àquele que assuma tal pretensão se desincumba de “um infirmante «ônus de contra-argumentação»”⁵⁶⁹

Numa quarta camada do sistema encontramos a dogmática através da qual se revela livremente uma normatividade⁵⁷⁰ por intermédio da *opinio doctorum*, incumbindo-lhe não só esmiuçar descritivamente o direito vigente, mas também, antevendo os problemas que possam vir a surgir, prognosticar suas repostas práticas⁵⁷¹.

Vale registrar que a dogmática, enquanto elaboração livre do direito, apenas se valida indiretamente através dos fundamentos que invoca, de sorte que “não possui directa vinculação da validade, como os princípios, nem autoridade político-prescritiva, como as normas legais, ou sequer a *auctoritas* da jurisprudência”⁵⁷².

⁵⁶⁶ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 642.

⁵⁶⁷ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, pp. 155-156.

⁵⁶⁸ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 658.

⁵⁶⁹ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 156.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁵⁷¹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 660-661.

⁵⁷² NEVES, António Castanheira, *Metodologia...* p. 157.

2. O problema concreto como *prius* metodológico da judicativa realização do direito

A experiência positivista nos mostrou que qualquer tentativa de se levar a termo uma interpretação que parta de um sistema previamente instituído – “posto *ab extra* como abstrata unidade lógico-dedutiva”⁵⁷³ –, irrefragavelmente estará fadada ao fracasso, uma vez que, ao invés de auxiliar o juiz no exercício do mister judicante, pretensamente garantindo segurança às suas decisões, a fixação apriorística de um sistema normativo irá lhe tolher a capacidade de dizer ao intérprete, perante um caso concreto “a qual método de raciocínio deve recorrer, se deve aplicar a lei literalmente, ou, ao contrário, restringir ou alargar seu alcance”⁵⁷⁴.

Ademais, a interpretação jurídica que tem na prévia fixação do sistema normativo a sua pedra de toque, em algum momento, irá se deparar com o impasse de não conseguir encontrar no exaustivo catálogo de soluções do sistema, uma que se amolde ao problema a que pretende resolver, e, neste caso, o intérprete será levado à concluir que o problema é insolúvel, ou que, ao menos, não pode ser resolvido apenas com o direito⁵⁷⁵ o que, perigosamente, abre margem para que ele se valha de critérios não-jurídicos, como é o caso da discricionariedade.

O problema concreto, ao contrário do sistema normativo, apresenta-se como uma constante no processo interpretativo – o “problema é algo previamente dado, que atua sempre como guia”⁵⁷⁶ – e, partindo-se dele, é possível se erigir os mais variados sistemas, ou melhor, através do desenvolvimento do pensamento problemático é possível uma continuada expansão do sistema normativo e, assim, “numa sistemática concreta e interna, que resulta da lógica mesma das coisas”⁵⁷⁷, se consegue encontrar todas as respostas que forem buscadas, sem que seja necessário o recurso a elementos exógenos ao direito.

⁵⁷³ REALE, Miguel, *O Direito...*, p. 136.

⁵⁷⁴ PERELMAN, Chaïm, *Logique...*, p. 113.

⁵⁷⁵ “Se colocamos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: (...) através dele poder-se-iam agrupar todos os problemas em solúveis e insolúveis, e estes últimos poderiam ser desprezados como meros problemas aparentes, posto que uma prova em contrário só seria possível a partir de um outro sistema distinto(...)” VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5 ed. München: Aufl., 1974, citado na tradução brasileira: *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1979, p. 34.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ REALE, Miguel, *O Direito...*, p. 137.

Advirta-se que o caso problemático consubstancia-se num plexo de conjunturas assinaladas por conflitos intersubjetivos, cada qual a intencionar um específico sentido normativo, dentre os indefinidos sentidos que o sistema jurídico lhes possa oferecer⁵⁷⁸, não se confundindo, portanto, com os fatos empiricamente verificáveis, como querem os positivistas, ou sociologicamente explicáveis, conforme orientam os funcionalismos⁵⁷⁹.

Vislumbrar o problema concreto – que surge “entre pessoas determinadas, num certo momento histórico, num dado lugar (...) em síntese, num concreto quadro circunstancial”⁵⁸⁰ – como *prius* metodológico da interpretação jurídica, implica em percebê-lo como critério, a partir do qual serão identificados, no ordenamento jurídico vigente, outros critérios que, dialogicamente⁵⁸¹ com ele, através de uma racionalidade de matriz abduativa-analógica, judicativamente se determinará “o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer”⁵⁸² o qual, por estar fundado nos valores histórico-comunitariamente compartilhados e em razão de se voltar intencionalmente à consecução do fim do direito, haverá de ingressar “no sistema jurídico em vigor”⁵⁸³, ampliando-o circularmente.

Radicada na interrogação do problema concreto, a interpretação jurídica, para longe de poder ser traduzida pela semântica compreensão da norma em sua expressão ou pela busca de sua *ratio* e, nem tampouco, pelo aclarar de um seu significado latente, implica na construção da solução normativamente adequada para o caso interrogado que é aquela que, referenciada nos critérios sistematicamente oferecidos e fundada nos princípios normativos⁵⁸⁴ melhor corresponda ao fim do direito.

Desta feita, a norma jurídica não haverá de ser compreendida de per si, mas de modo que seja capaz apresentar uma solução prático-normativa – não “hermenêutico-

⁵⁷⁸ “(...) o caso-problema decidendo radica numa dualidade, ou pluralidade de perspectivas, controversialmente afirmadas e juridicamente intencionadas a um mesmo horizonte global de referências de sentido prático-normativo, de que cada uma daquelas perspectivas convoca ou privilegia um perfil ou recorte particular, em função do peso em concreto atribuído às apetências-interesses que pragmaticamente visa e da específica faceta das exigências-valores a que fundamentadamente se acolhe (...)”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 885.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 884.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 887.

⁵⁸¹ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...* p. 142.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 146.

⁵⁸³ PERELMAN, Chaïm, *Logique...*, p. 114.

⁵⁸⁴ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 887-888.

cognitiva e nem, tampouco, “analítico-linguística”⁵⁸⁵ – ao problema apresentado pelo caso concreto e, por tal motivo, urge que ela sempre se apresente como intencionalmente aberta – o direito possui um sentido que é “(...) dialeticamente marcado pela historicidade da sua intenção prática e pela intersubjetividade da sua matriz constitutiva”⁵⁸⁶ –, uma vez que sua intencionalidade só será definida a partir do caso problemático que, pela via da interpretação jurídica, se tencione resolver⁵⁸⁷.

3. Da índole analógica da racionalidade a ser convocada para a metodonomológica realização do direito

Conforme explicitado exordialmente, a metodonomologia é senão o “caminho racionalizadamente percorrido pela reflexão judicativa para que *in concreto* se realize a intenção prático-normativa e, portanto, fundamentadamente regulativa do direito”⁵⁸⁸. Assim, através das lentes da metodonomologia, o exercício da interpretação jurídica, não se confunde com a compreensão analítico-linguística ou hermenêutico-cognitiva do significado ou sentidos expressos em num texto, mas diz respeito a prático-normativa (re)constituição do direito, que performativamente, por intermédio da judicativa-decisória reflexão crítica acerca dos critérios axiológicos que o problema concreto exige e com referência no constituendo sistema de normas, se realizará em sua normatividade⁵⁸⁹.

Ao julgar um caso problemático tem o julgador diante de si, afastados por certa distância, de um lado o um singular caso concreto submetido a julgamento (o momento material) e de outro o “unitário em seu sentido realizando e multifário no seu conteúdo deveniente”⁵⁹⁰ sistema normativo (o momento do validade). É apenas através do exercício decisório-judicativo, que este espaço que separa o sistema normativo do problema concreto

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 888.

⁵⁸⁷ “(...) é a interpretação, exigida pela decisão do caso jurídico concreto e a realizar em função do problema normativo-jurídico por ele posto, que irá superar aquela abertura e sua indeterminação, imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer (...)”.NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 146.

⁵⁸⁸ BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves...*, p. 11.

⁵⁸⁹ BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade e Metodonomologia (Nótula Sobre os pólos e o sentido de Uma Relação de Co-Respondência Problematicamente Inucleada*, in: *Analogias*, 1ª ed., pp. 151-189, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 165. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, pp. 887-888.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

é vencido. É tão somente através da mediação do julgador que problema e sistema serão impelidos a confluírem, consubstanciando-se em um direito novo⁵⁹¹.

Pontue-se, por oportuno, que o juízo-decisório, realizado por aquele que está legitimado a, judicativamente, constituir prático-normativamente o direito vigente, é um ato complexo, que corporifica dois momentos distintos: a *decisão* e o *juízo*. A *decisão* é um reflexo da *voluntas* daquele que decide e, por conseguinte, inarredavelmente está carregada de subjetivismos, pois que não passa de um simples ato de escolha e se situa, parece-nos, numa fase pré-metodológica. Já o *juízo*, corporifica o ato através do qual, a partir das exigências do caso concreto, tomado como *prius* da realização metodonomológica do direito, e por intermédio de “prévia e autônoma ponderação jurídico-normativa do caso”⁵⁹² que se plasmará numa racionalizada e adequada argumentação⁵⁹³ através da analogia – que se apresenta não só como juízo decisório, mas também como um juízo de fundamentação – indispensável em razão da racionalidade prática do direito⁵⁹⁴ –, a servir como mecanismo de controle da decisão e evitando que “(...) a *ratio* do juízo não seja totalmente consumida pela *voluntas* da decisão (...)”⁵⁹⁵ – para a problemática em causa, radicada nos referentes sistemáticos consentâneos aos reclames da hipótese que se julga – e “a seleção do critério jurídico não pode desligar-se totalmente do sentido de solução que o caso solicita (...) e (...) não poderá deixar de ser o resultado da assimilação do critério pelo juízo decisório concreto”⁵⁹⁶ –, o direito será de fato constituído⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ *Ibidem*. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 965.

⁵⁹² Segundo esta ponderação “(...) nos permite saber se ao concreto sentido jurídico do caso decidendo é ou não adequado, *materialmente adequado* (para além da simples *coerência normativa* garantida pela possibilidade dedutiva), o critério jurídico da norma”. NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 172.

⁵⁹³ A *prima facie*, o afirmado caráter argumentativo da racionalidade metodonomológica é passível de algumas objeções, tais como a abertura para a discricionariedade do julgador, a falta de um critério para se alcançar um resultado justo e a inexistência de um adequado controle das decisões. Todavia, todas estas questões podem ser arredadas, conforme bem demonstrado *in*: BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade...*, pp. 167 e ss.

⁵⁹⁴ “(...) a racionalidade intencionalmente conforme à e constitutiva da metodonomologia é uma racionalidade de fundamentação – pois radica na argumentativo-normativamente controlada mobilização de uma validade histórico-concretamente vigente –, e não uma racionalidade consequencial – que faz depender a sustentabilidade das decisões que propõe da sua meramente pragmática justificação por efeitos empírico-sociologicamente prognosticáveis”. BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves...*, pp. 18-19.

⁵⁹⁵ BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 966.

⁵⁹⁶ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 165.

⁵⁹⁷ BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves...*, pp. 14-16.

A analogia, do grego αναλογία, indica, literalmente, que algo está em consonância ou de acordo [ανα] com a razão [λογία ou λόγως], mas não de uma qualquer razão, senão uma razão de índole analógica. O juízo analógico, ao contrário do juízo lógico-dedutivo, não possui um caráter apenas lógico, ou que possa ser demonstrado tão somente através de premissas lógicas, a implicar num condicionamento cartesiano do resultado, ou melhor, numa antevisão - incompatível com a prático-normativa constituição metodonomológica que aqui se pretende caracterizar – do direito aplicável em concreto. Ao contrário, é perfeitamente possível uma descrição discursiva do modo como se desenrola o pensamento subjacente à analogia, de sorte que, para além de se caracterizar como puro juízo analítico, como se dotada apenas de uma essência lógica, a analogia se comporta de modo argumentativo⁵⁹⁸.

Esta índole argumentativa e criativa da analogia possibilita que julgador, não só desenvolva transistematicamente o direito, mas também, que expresse e justifique na decisão as opções que tomou e a maneira como prático-normativamente constituiu o direito. Ademais, como se pode olvidar, “(...) toda a realização problemático-concreta do direito não pode prescindir do argumentativo, posto que devendo simultaneamente orientar-se por uma pressuposta intencionalidade normativamente fundamentante: a mediação do concreto juízo decisório é decerto também normativamente constitutiva ou inovadora, mas não poderá prescindir de uma intenção fundamentante, a exigir uma concreta e consistente justificação (...)”⁵⁹⁹.

A realização do direito não se perfaz com a mobilização da norma abstrata (premissa maior) cuja descrição típica parece se amoldar à hipótese concreta em julgamento (premissa menor) e, por conseguinte, nela, verticalmente (do geral para o específico), incide numa síntese lógico-dedutiva⁶⁰⁰, mas haverá de se dar, horizontalmente (do específico para o específico), com a aplicação indireta do sistema normativo ao caso concreto pela via da analogia, cuja convocação “é característica de todos os tipos de pensamento, desde o pensamento teológico e filosófico ao pensamento matemático, desde

⁵⁹⁸ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 252. BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade*, pp. 167-170.

⁵⁹⁹ *Ibidem*.

⁶⁰⁰ “(...) o certo é que a aplicabilidade da norma vem a decidir-se, não por mera dedução conceitual, ou por mera referência lógico-normativa (de coincidência ou não coincidência) do seu sentido hipotético abstrato às circunstâncias da situação concreta (...)”.NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 172.

o pensamento teórico-cognitivo ao pensamento prático (...) e com particular relevo desde sempre no pensamento jurídico”⁶⁰¹.

No raciocínio jurídico-analógico a conversa mantida entre sistema normativo e caso concreto se mantém num mesmo patamar dialético – a analogia se processa do particular para o particular –, a permitir, primeiro, que estes *relatas*, que são diferentes, mantenham suas diferenças e, segundo, que a partir das diferenças, através da mediação judicativa, possam ser encontradas semelhanças⁶⁰².

Ao contrário da dedução, a analogia nos permite estabelecer uma relação de paridade entre sistema e problema, através da qual podemos comparar a intencionalidade problemática do problema com a intencionalidade problemática do sistema (sistema-problema) – donde já podemos falar com BRONZE numa dialógica relação entre *problema* e *problema* – e, com referência no sentido da normatividade jurídica, repelidos os pontos em que contrastarem, será possível observar, no que convergirem, a constituição do direito⁶⁰³.

Enfim, no raciocínio a jurídico-analógico partimos do conhecido e rumamos para o desconhecido – afinal conforme acertadamente enunciou PAUL VALÉRY “*méditer en philosophie, c'est revenir du familier à l'étrange et, dans l'étrange, affronter le réel*” –, tomamos o problema do problema que nos é posto a resolver pela vida e o comparamos com o problema já resolvido pelo sistema a partir da mediação de um *tertium comparationis*, que é senão o sentido em que o direito é assumido – como *nomos*, ou seja, enquanto “normatividade de uma intencional validade e de realização judicativamente decisória”⁶⁰⁴ – donde lograremos encontrar a *one right answer*, nas palavras de DWORKIN, que se consubstancia na resposta jurídica mais adequada para aquela determinada hipótese concreta.

⁶⁰¹ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 238.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 241. A analogia “centra-se nas «relações» que se estabelecem entre realidades distintas, atende especificamente às relações que se verificam entre essas relações, e considera-as, para além disso, da perspectiva da «semelhança» que exibam, procurando as «correspondências» susceptíveis de as entretecer numa unidade, apesar da patente diferença fenomenal dos pólos circunstancialmente aproximados”. BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista...*, p. 50. BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade...*, p. 70.

⁶⁰³ *Vide*: BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista*, p. 70-71.

⁶⁰⁴ BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves...*, p. 11. BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições...*, p. 751.

Frise-se que não faz sentido algum aqui querer classificar a analogia em analogia *legis* e analogia *iuris*. Através desta cisão, que se tornou comum, sobretudo, a partir da segunda metade do século XIX⁶⁰⁵, entendia-se que, enquanto a analogia *legis* designava “aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado *de maneira semalhante*”⁶⁰⁶, a analogia *iuris* traduzia o “procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir da regra que se refere a um caso singular, como ocorre na *analogia legis*, mas a partir de todo o sistema (...)”⁶⁰⁷.

Ocorre que tal separação de fato não existe, pois no âmbito do exercício da prático-normativa constituição do direito – tal como vimos, integração e interpretação se imiscuem em um único processo⁶⁰⁸ –, ao fim e ao cabo toda analogia se expressará como *ius*, uma vez a referência comparativa será o direito em sua integralidade e não apenas a lei. Desta feita, bem vistas as coisas, toda a analogia metodonomologicamente mobilizável haverá de ser uma analogia *iuris*.

Finalizando – por óbvio sem por um fim à questão, cujo espectro de estudo transcende em muito a insignificância deste bosquejo –, somos levados a afirmar que a metodonomológica constituição do direito através da dialógica relação entre sistema normativo e problema concreto mediada por um sentido normativo de direito [*nomos*], só é possível em razão de uma *unidade analógica*, compreendida como ‘a reflexiva *re-composição* de uma totalidade analiticamente *de-composta*’⁶⁰⁹, a enfatizar a originalidade – entendida como a “irrepetível e inelimitável singularidade”⁶¹⁰ – e o mérito problemático do caso concreto e a importância problemática dos critérios/fundamentos de um juízo concreto constituídos a partir de uma particular compreensão histórico comunitária do

⁶⁰⁵ NEVES, António Castanheira, *Metodologia...*, p. 239.

⁶⁰⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, citado na tradução brasileira: Teoria geral do direito, 3ª ed., trad. Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 305.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 306.

⁶⁰⁸ BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista...*, p.75-76

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 67.

⁶¹⁰ BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade...*, p. 170.

sistema normativo⁶¹¹, e a estabelecer uma relação (analgica) de co-respondência entre as categorias de inteligibilidade do direito⁶¹².

⁶¹¹ BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista...*, p. 61-68.

⁶¹² *Vide*: BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade...*, pp. 164-167 e 176.

CONCLUSÃO

«We shall not cease from exploration and the end of all our exploring will be to arrive where we started and know the place for the first time»⁶¹³

T. S. Elliot.

Procurando algum conforto em MÁRIO QUINTANA, para quem “a resposta certa, não importa nada: o essencial é que as perguntas estejam certas”, é que, no apagar das luzes deste trabalho, nos anima a esperança de que a limiar interpelação que nos moveu por estas páginas e todas as interrogações que dela decorreram, para longe de devaneios verborrágicos, tenham, ainda que em diminuta medida, nos permitido contribuir para um melhor entendimento da problemática que envolve a interpretação dos contratos.

Há uma questão nuclear nesta investigação, que foi tratada com maior acuidade nos capítulos II e III, que é saber se o problema da interpretação dos contratos pode ser solvido a partir e tão somente com suporte no texto contratual.

Especificamente no capítulo II, após analisar algumas propostas do juspositivismo, nomeadamente a de viés legalista, a de KELSEN e a de HART, verificamos que o problema da interpretação não pode ser resolvido, quer seja em termos puramente linguístico-factuais, através da análise lógica da linguagem, pela determinação de um significado que corresponda sintático-semanticamente àquilo que está impresso no texto interpretando, quer seja, já numa dimensão pragmática da linguagem, pela indicação linguística da vontade dos contratantes. É que se por um lado, a análise puramente lógica não nos permite contemplar o problema em toda a sua amplitude e reduz o jurista a um autômato, por outro, a pragmática amplia exageradamente o horizonte discursivo, que passa a ser um reflexo da discricionariedade e solipsismo do julgador.

Já no capítulo III, nossas atenções se dirigiram para hermenêutica e, especificamente, a partir do exame das soluções hermenêuticas apresentadas por EMÍLIO BETTI, verificamos que o problema da interpretação dos contratos – e o problema da interpretação do direito – não se soluciona apenas em termos hermenêuticos, através da

⁶¹³ Tradução livre: “Não pararemos de investigar, e o fim de toda a nossa busca será chegar onde começamos e conhecer o lugar pela primeira vez”.

indicação de sentidos pretensamente jurídicos para os termos estampados no contrato. É que não há como entender o sentido daquilo que as partes manifestaram no contrato, sem que conjugemos estas manifestações textuais, com aqueles critérios normativos já constituídos e já incorporados pelo sistema e, com as determinações relativas ao critério normativo que está por se constituir por intermédio da judicativa-decisória resolução do problema.

Para além de um problema que se resolva pela semiótica indicação de significados ou, puramente, pela hermenêutica determinação de sentidos, a interpretação dos contratos convoca uma solução normativa, que é encontrada normativamente através da dialógica relação entre os critérios normativos do sistema e os critérios normativos do problema, mediada e prático-normativamente realizada pela atividade judicativo-decisória.

É em função deste carácter normativo da interpretação que, particularmente no capítulo I e VII, convocamos a metonímia como forma de indicar que não estamos a falar de um direito pré-determinado em um texto, mas daquele direito que, como *nomos*, só o é direito enquanto expressão da atividade judicativo-decisória.

Igualmente, conforme explicitado no capítulo I, mas também nos capítulos V e VI e de forma difusa em todo o trabalho, a assunção do Jurisprudencialismo como guia teórico, nos permitiu vislumbrar um direito que, consubstanciado numa dialógica relação entre liberdade e igualdade – entre *suum* e *commune* –, se afirma epistemologicamente autónomo e, em sua validade se perfaz como a manifestação de um sentido normativo, radicado em uma *voluntas* e não como uma *potestas*, que transcende as individualidades e se funda num superior status de igualdade representado pela dignidade humana.

Registre-se, que é em razão deste carácter normativo da interpretação que pudemos enunciar no capítulo IV, a obsolescência da tese *in claris non fit interpretatio*, a inexistência de distinções entre a interpretação dos contratos e a interpretação da lei e a inexistência de lacunas contratuais. Também, por tal motivo, pudemos conceber, no capítulo VI, o contrato como fonte do direito e, no capítulo V, defender que, no âmbito da prático-normativa realização do direito, não há sentido querer em se distinguir boa-fé objetiva de boa-fé subjetiva.

Por fim, anunciada a resposta ao problema interpelado, permitam-nos fugir do enfadoso exercício de compendiar as ideias já expostas para, pela via de uma singela e alígera metáfora, reafirmar a conclusão central a que chegamos sobre o tema. Pontue-se, que tal exercício, a que pedimos vênua para desenvolver, é mobilizado, não com o fim de indevidamente trazer novas informações ou de melhor fundamentar aquilo que já defendemos, mas com o único escopo de representar – quiçá de modo lúdico e é claro com o risco da representação não corresponder propriamente ao objeto representado e, ao fim e ao cabo, não passar de uma sua rústica caricatura – o modo como se dá a epifania do direito.

No âmbito da filosofia estética, ao tratar do problema da autenticidade na arte, NELSON GOODMAN identifica que existem algumas expressões artísticas que podem ser falsificadas, como é o caso da pintura, por exemplo. Diz GOODMAN que uma cópia de *Lucretia* de Rembrandt, por mais idêntica que seja à original, não será mais do que uma imitação enganosa da obra Rembrandt⁶¹⁴.

Ao contrário da pintura, a música não é falsificável, pois, de acordo com o saudoso professor de Harvard, a cópia de uma partitura é senão a própria partitura e, por isto, é tão genuína quanto aquela que originariamente foi escrita pelo seu compositor. Igualmente, a execução correta, por uma orquestra ou banda das notações impressas na partitura terá a mesma veracidade da obra original⁶¹⁵.

Ante tal constatação, GOODMAN nomeia de autográficas aquelas obras de arte cuja duplicação, por mais cuidado que se tenha na reprodução, redundará sempre em algo distinto da obra genuína e, por conseguinte, a cópia, ainda que idêntica ao original, inevitavelmente será falsa. Por outro lado, o autor chama de alográficas as obras de arte em que a cópia poderá ser tão original quanto a obra primitiva⁶¹⁶.

Vale notar que nas artes autográficas o artista, ao terminar o seu trabalho, já se depara com a obra pronta – a escultura é, por exemplo, o produto final do trabalho do

⁶¹⁴ GOODMAN, Nelson, *Languages of Art...*, p. 112.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ Explica o autor que: “Let us speak of a work of art as *autographic* if and only if the distinction between original and forgery of it is significant; or better, if and only if even the most exact duplication of it does not thereby count as genuine. If a work of art is autographic, we may also call that art autographic. Thus painting is autographic, music nonautographic, or *allographic*”. *Ibidem*, p. 113.

escultor –, logo, as artes autográficas, em regra, são monofásicas na medida em que se realizam apenas através dos esforços do autor⁶¹⁷.

Já nas artes alográficas, o mesmo não acontece, pois, quando, por exemplo, o compositor conclui a partitura ele não tem desde logo diante de si a sua arte, já que música só existirá quando da execução das notações escritas na peça musical⁶¹⁸.

Reparem que, enquanto as obras de artes autográficas, em sua singularidade, não dependem da interveniência de qualquer fator externo para se constituírem, as obras alográficas estão sujeitas à mediação de um intérprete para se realizarem enquanto arte. Ora, não há música sem o trabalho do compositor e de sua execução pelo músico e, tampouco, literatura sem o labor do escritor e a leitura pelo leitor, mas, ao revés, para que exista a arte da pintura basta que exista um pintor e lá estará a pintura para ser apreciada.

E aqui, é bom frisar, não estamos a tratar da figura do espectador que não cria nem tampouco executa a obra, mas apenas lhe admira já criada e enquanto executada. Aliás, sob a perspectiva daquele que observa a arte, parece-nos correto asseverar que as obras autográficas são experimentadas, ontologicamente, a partir da sua “apresentação”, logo, são captadas diretamente por aquele que as assiste, ou seja, tal como são⁶¹⁹. Lado outro, uma obra alográfica só será percebida pelo espectador através da “representação”, isto é, a sua substância só se tornará inteligível aos sentidos de quem a observa, por intermédio da reconstrução do trabalho do artista pelas mãos do intérprete⁶²⁰.

Tal como a música e as obras literárias, o direito que emerge de um contrato é alográfico. Da mesma forma que música é a partitura, o direito não é o texto impresso na minuta contratual, a minuta de um contrato não é a obra já pronta, não é o direito. O julgador não é um mero expectador do texto estampado no contrato, ele é o executor da obra, é quem faz soar o direito e, se uma música nunca é tocada da mesma forma e um livro nunca é lido do mesmo modo, também o direito sempre emergirá com uma feição distinta.

⁶¹⁷ *Idem*, pp. 113-114.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ *Vide* os excertos de SCHEERER e de MAX BENSON citados por: NÖTH, Winfried, *Imagem: cognição, semiótica, mídia*, São Paulo: Editora Iluminuras, 1998, p. 20

⁶²⁰ *Ibidem*.

Enfim, ao contrário da pintura que não depende de qualquer mediação externa para ser arte, a música só existe enquanto executada, a literatura só existe quando da leitura e o direito só existe quando realizado.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira, *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro*, in: Revista Roma e América, n. 7, Roma: Mucchi Editore, 1999.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDERSON, Perry, *The Origins of Postmodernity*, London: Verso, 1998, citado na tradução brasileira: *As origens da pós-modernidade*, Trad. Macus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

AUSTIN, John John Langshaw, *How to Do Things With Words*, New York: Oxford University Press, 1962, citado na tradução brasileira: *Quando Dizer é Fazer*, trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho, Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Teoria Geral das Obrigações*, 8 ed. São Paulo: RT, 2000.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões*, In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, volume II, A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, pp. 367-392, Coimbra: Coimbra. 2006.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Cascais: Princípia, 2017.

BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, traduzido do hebraico para o inglês por Sari Bashi, Princeton: Princeton University Press, 2005.

BAUMAN, *Posmodernity and its Discontents*, Cambridge: Polity Press, 1997, citado na tradução brasileira: *O mal-estar na pós-modernidade*, trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama, Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERNARDO, Fernanda, *Da Responsabilidade Ética à Ético-Político-Jurídica: A Incondição da Responsabilidade Ética enquanto Incondição da Subjetividade Segundo*

Emmanuel Lévinas (II), In: Revista Filosófica de Coimbra, n.º 17, pp. 63-98, Coimbra, 2000.

BETTI, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1971, citado na tradução brasileira: *Interpretação da lei e dos atos jurídicos (teoria geral e dogmática)*, trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio, *Teoria Generale Del Negozio Giuridico*, Torino: Utet, 1943, citado na tradução brasileira: *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tomo II, trad. Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *O direito na pós-modernidade*, Florianópolis: Revista Sequência, n.º 57, pp. 131-152, 2008.

BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico: Lezioni di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli, 1979, citado na tradução brasileira: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, trad. Márcio Pugliesi e Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, citado na tradução brasileira: *Teoria geral do direito*, 3ª ed., trad. Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL, Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1916.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 4657, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, 1942.

BRASIL, Lei 8.078/90 de 11 de setembro de 1990, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*, 1990.

BRASIL, Lei n.º 10.403 de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil*, 2002.

BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BRONZE, Fernando José Pinto, *Breves Considerações Sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 01-29, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, *O Jurista: Pessoa ou Androide*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 31-79, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 80-117, Coimbra:Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, *Racionalidade e Metodonomologia (Nótula Sobre os pólos e o sentido de Uma Relação de Co-Responsdência Problematicamente Inucleada)*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 151-189, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, *A Metodonomologia (Para Além da Argumentação)*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 191-231, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto, *A Equação Metodonomológica (As Incógnitas que Articula e o Modo Como se Resolve)*, in: Analogias, 1ª ed., pp. 311-391, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, *Direito Como Pensamento em A. Castanheira Neves: o jurisprudencialismo e o Princípio da Historicidade Radical do Direito*, in: ARANTES, Bruno Camilloto (org.), *Hermenêutica Jurídica: Uma Análise Contemporânea da Interpretação e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Clássica, 2008.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; SILVA, Antonio Sá, *O Fundamento do Direito em A. Castanheira Neves*, in: Revista Paradigma, a. XX, v. 24, n. 2, pp. 2-22, Ribeirão Preto, 2015.

COMTE-SPONVILLE, André, *Petit Traité des Grandes Vertus*, Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1995, citado na tradução brasileira: *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo, *Hermenêutica Jurídica*, disponível na internet em: <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>, acesso em 20/02/2018.

CARNAP, Rudolf, *Überwindung der Metaphysik Durch Logische Analyse der Sprache*, In: Erkenntnis - Zugleich Annalen der Philosophie, Band 2, Heft 1, pp. 219-241, Leipzig: Felix Meine, 1931, *op. cit.* na trad. brasileira: A Superação da Metafísica Pela Análise Lógica da Linguagem, trad. Antonio Ianni Segatto, in: Cadernos de Filosofia Alemã, v. 21, n. 2, pp.95-115, São Paulo: FFLCH/USP, 2016.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, *A Obrigação Como Processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DAVID-CONSTANT, Simone, *La bonne foi: une mer sans rivages*, in: DAVID-CONSTANT (org.), Bonne foi – actes du colloque organize le 30 mars par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège –, pp. 7-16, Liège: A.S.B.L. Editions Du Jeune Barreau de Liège, 1990.

DEGNI, Francesco, p. 64, *L'interpretazione della legge*, 2ª ed., Napoli: N. Jovene, 1909.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Editorial* 45, Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/> . Acesso: 27/04/2016.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 15.

FORSTHOFF, Ernest, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, vol. I, 3ª ed., München: Beck, 1953, p.61.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, in: separata do volume XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Almedina, 1994.

GADAMER, Hans-George, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n.º 7, pp. 5-11, Milão: Giuffrè Editore, 1978.

GADAMER, Hans-George, *Wahrheit und Methode II: Ergänzungen Register*, Heidelberg: Mohr Siebeck, Tübingen, 1960, citado na tradução brasileira: Verdade e Método II: Complementos e Índice, 3ª ed., trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-George, *Wahrheit und Methode I: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Heidelberg: Mohr Siebeck, Tübingen, 1960, op. cit. na trad. brasileira: Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 9ª ed., trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 2008.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 79, pp. 681-733, Coimbra, 2003.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões; VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *In Neves Footsteps: Bronze, Linhares, and Marques*, in: in: PATTARO, Enrico, ROVERSI, Corrado (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 12 T. 1, pp. 519-522, Springer, 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: Um Contraponto Entre Jack Balkin e Castanheira Neves*, in: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, António Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, pp. 175-210, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, tese de doutoramento, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

GIDDENS, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity Press, 1990, citado na tradução brasileira: *As conseqüências da modernidade*, trad. Raul Fiker, São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus: The Ohio State University Press, 1974.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOODMAN, Nelson, *Languages of Art – An Approach to a Theory of Symbols* *Linguagens da Arte*, second printing, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1968

GRAU, Eros Roberto, *Um Novo Paradigma dos Contratos ?*, in: *Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo*, n.º 96, pp. 423-433, 2001.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRONDIN, Jean, *L'Herméneutique*, 2ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 2008, citado na tradução brasileira: *Hermenêutica*, trad. Marcos Marcionilo, São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung – Beitrage zu Diskurstheorie de Rechts und de Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992, citado na tradução brasileira: *Direito e Democracia: Entre a Facticidade e Validade*, v. 1, 2º ed., trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft Der Menschlichen Natur: Auf Dem Weg Zu einer Liberalen Eugenik? – Glaube Und Wissen*, Frankfurt : Suhrkamp Verlag, 2001, cit. na tradução brasileira: *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal ?*, trad. Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARKE, Jean Dirk, *Pandectística e sua recepção no direito brasileiro*, in: *Revista IHGB*, vol. 473, pp. 31-52, Rio de Janeiro, 2017, disponível em:

https://drive.google.com/open?id=0BydR8nHYLc_KVjgyZTZKWDhSQkk, acesso em: 07/07/2018.

HART, Hebert L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, In: Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 , pp. 593-629, pp. 593-594, 1958.

HART, Hebert L. A., *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1959.

HART, Hebert L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1994, citado na tradução brasileira: O Conceito de Direito, 1ª ed., trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A., *Postscript*, in: HART, Hebert L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1994, citado na tradução brasileira: O Conceito de Direito, 1ª ed., trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, Berlim: Riga, J. F. Hartknoch, 1786 citado na tradução portuguesa: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans, *Reine rechtslehre*, Vienna: Verlag Franz Deuticke, 1960, citado na tradução Brasileira: Teoria Pura do Direito, trad. João Batista Machado, 6ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans, *What is Justice?*, Berkeley: University of California Press, 1957, cit. na trad. brasliera: O que é justiça?, trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KIRCHNER, Felipe, *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: Juruá, 2016.

KONDER, Carlos Nelson de Paula, *Interpretação dos Contratos, Interpretação da Lei e Qualificação: Superando Fronteiras*, in: Scientia Iuris, v. 19, n.º 1, pp. 47-62, Londrina, 2015.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1991, citado na tradução portuguesa: *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., trad. José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVINAS, Emmanuel, *Totalité et Infini*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1980, citado na tradução portuguesa: *Totalidade e Infinito*, Trad. José Pinto Ribeiro, Lisboa: Edições 70, 1988.

LEVINAS, Emmanuel, *Entre nous: essais sur Le penser-à-l'autre*, Paris: Éditions Grasset Fasquelle, 1991, citado na tradução brasileira: *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*, 3ª ed., trad. Pergentino Stefano Pivatto, Evaldo Antônio kuiava, José Nedel, Luiz Pedro wagner, Marcelo Luiz Pelizolli, Petrópolis: Vozes, 2004.

LEWICKI, Bruno, *Panorama da boa-fé objetiva*, in: *Problemas de Direito Civil Constitucional*, Coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito Como Mundo Prático Autônomo: “Equivocos” e Possibilidades – Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2008-2009.

LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao pensamento Jurídico Contemporâneo – Sumários desenvolvidos*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2009.

LINHARES, José Manuel Aroso, *Jurisprudencialismo: Uma Resposta Possível em Tempo(s) de Pluralidade e de Diferença?*, in: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, António Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, pp. 109-174, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso, *Jurisprudentialism: Castanheira Neves*, in: PATTARO, Enrico, ROVERSI, Corrado (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, V. 12 T. 1, pp. 516-519, Springer, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso, *O Direito Como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades – Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos – parte general*, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

LYOTARD, Jean-François, *La Condition Postmoderne*, Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, citado na tradução brasileira: *O pós-moderno*, trad. Ricardo Corrêa Barbosa, 3ª ed., Rio de Janeiro: José Olímpio Editora, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: RT, 1999.

MATTIETTO, Leonardo, *O Direito Civil Constitucional e a nova Teoria dos Contratos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-civil-constitucional-e-nova-teoria-dos-contratos>, acesso em 14/06/2018.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, Leon, *Leçons de Droit Civil*, tomo 1º, vol. 1º, Paris: Montchrestien, 1970.

MORAES, Maria Celina Bodin, *Na medida da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORRIS, Charles, *Fundamentos da Teoria dos Signos*, Trad. António Fidaldo, Covilhã: Universidade da Beira do Interior, disponível em:

<http://www.bocc.ubi.pt/~fidalgo/semiotica/morris-charles-fundamentos-teoria-signos.pdf>,
acesso: 25/04/2018, p. 5.

NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, António Castanheira, *Questão-de- facto, questão- de- direito ou o problema metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra, 1967.

NEVES, António Castanheira, *As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 51, pp. 115-204, Coimbra, 1975.

NEVES, António Castanheira, *As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica – continuação do número anterior*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 52, pp. 95-240, Coimbra, 1976.

NEVES, António Castanheira, *Teoria do Direito – Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1998/1999*, Coimbra: Universidade de Coimbra (policopiado), 1998.

NEVES, António Castanheira, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 9-286, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *A Revolução e o Direito*, in: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 51-239, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

NEVES, António Castanheira, *Direito Como Alternativa Humana. Notas de Reflexão Sobre o Problema Actual do Direito*, In: Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 287-310, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *O Princípio da Legalidade Criminal*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 349-474, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *O Problema da Discricionariedade*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 1º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 531-596, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *Fontes do Direito*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 07-94, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *A Unidade do Sistema Jurídico: o Seu Problema e o Seu Sentido*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 95-180, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *Interpretação Jurídica*, in: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 2º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 337-377, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *Coordenadas de Uma Reflexão Sobre o Problema Universal do Direito – Ou as Condições da Emergência do Direito Como Direito*, In: *Digesta, Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, v. 3º, Reimpressão da 1ª ed., pp. 09-41, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Reimpressão da 1ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NEVES, António Castanheira, *O “Jurisprudencialismo” – proposta de Uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito*, In: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, Antônio Sá da (orgs.), *Teoria do Direito, Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, pp. 9-79, Salvador: Faculdade de Direito da Bahia, 2012.

NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2013.

NORONHA, Fernando, *O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994.

NÖTH, Winfried, *O Panorama da Semiótica*, 4ª ed, São Paulo: Annablume, 1995.

NÖTH, Winfried, *Imagem: cognição, semiótica, mídia*, São Paulo: Editora Iluminuras, 1998.

PALMER, Richard E., *Hermeneutics – Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, Evanston: Northwestern University Press, 1969, citado na tradução portuguesa: *Hermenêutica*, trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira, Lisboa: Edições 70, 1997.

PAVELSKI, Ana Paula, *Funções da Boa-fé Objetiva no Contrato Individual de Trabalho*, Revista TRT – 9ª Região, a. 31, n.º 56 Jan/Jun. Curitiba, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders, *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, 3ª ed, Cambridge: Harvard University Press, 2000, cit. na trad. brasileira: *Semiótica*, trad. José Teixeira Coelho Neto, São Paulo: Perspectiva, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo, *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, São Paulo: THESIS, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007.

PERELMAN, Chaïm, *Logique Juridique*, Paris:Éditions Dalioz-Sirey, 1979, citado na tradução brasileira: *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, citado na tradução brasileira: *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro, *Profilli del Diritto Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, citado na tradução brasileira: *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POPP, Carlyle, *A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, Curitiba: Juruá, 2001.

POPPER, Karl Raimund, *The Open Society and its Enemies*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1957, citado na tradução brasileira: *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*, v. 2, trad. Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, acessado em: 11/06/2018.

PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 47344, Código Civil Português, 1966.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria, *Direito, Jurisprudência e Justiça no Pensamento Clássico (Greco-Romano)*, In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, pp. 21-32, São Paulo, jan/dez 2006, disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67697> (acesso: 15/12/2016).

QUEIROZ, André, *Boa-Fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*, disponível em: <http://www.andrequeroz.net/2011/06/boa-fe-objetiva.html>, acesso em 02/06/2016.

RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

REALE, Miguel, *O Direito Como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel, *Função Social do Contrato*, disponível em: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm, acesso em: 05/08/2016.

REALE, Miguel, *A boa-fé no código civil*, disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>, acesso em: 05/08/2016.

RICOEUR, Paul, *Interpretation Theory: discourse and the surplus of meaning*, Fort Worth: Texas Christian university Press, 1976, citado na tradução portuguesa: *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*, trad. Arthur Morão, Lisboa: Edições 70, 2000.

RICOEUR, Paul, *Le Métaphore Vive*, Paris: Éditions du Seuil, 1975, citado na tradução brasileira: *A Metáfora Viva*, trad. Dion Davi Macedo, 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, pp. 49-67, 2001.

ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, Bolonha: Il Mulino, 1947, citado na tradução portuguesa: *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé*, São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, Alf, *On Law and Justice*, op. cit. na trad. Brasileira: *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini, 1ª ed., Bauru: Edipro, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais*, in: *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, n. 2, p. 115-141, Curitiba, 2016.

SAUSSURE, Ferdinand, *Cours de Linguistique Générale*, Paris: Payot, 1971.

SCHMIDT, Lawrence K., *Understanding Hermeneutics*, Stocksfield: Acumen, 2006, citado na tradução brasileira: *Hermenêutica*, 3ª ed., trad. Fábio Ribeiro, Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHREIBER, Anderson, *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson, *Princípios Fundamentais do Direito dos Contratos*, in: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.), MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.), *Direito Civil*, pp. 201-221, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SARAMAGO, José, *Da Justiça à Democracia Passando Pelo Sino*, texto do autor lido no encerramento do Fórum Social Mundial ocorrido em Porto Alegre no ano de 2002.

SILVA, Jorge César Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STOLZE, Pablo Gagliliano, *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: teoria geral*, v. IV, t. I, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

TARNAS, Richard, *The Passion of the Western Mind - Understanding the Ideas that Have Shaped Our World View*, New York: Ballantine Books, 1991, citado na tradução brasileira: *A epopéia do pensamento ocidental - para compreender nossa visão de mundo*, 2. ed., trad. Beatriz Sidou, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

TEPEDINO, Gustavo, *Notas sobre a Função Social dos Contratos*, disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/ , acesso em: 20/10/2018.

VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Metodologia do Direito – Guião das Aulas Práticas*, Coimbra: Universidade de Coimbra (policopiado), 2011.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5 ed. München: Aufl., 1974, citado na tradução brasileira: *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1979.

WALDRON, Jeremy, *Dignity, Rank, and Rights*, In: *The Tanner Lectures on Human Values*, Berkeley: University of California, 2009.

WALDRON, Jeremy, *How Law Protects Dignity*, In: *Public Law & Legal Theory Research Paper Series & Working Paper n.º 11-83*. New York: New York University School of Law, 2011.

WALDRON, Jeremy, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, In: *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 374, 2013. Disponível em: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/374, acesso em: 01/05/2017.

WALUCHOW, Wilfrid, *Legal Positivism, Inclusive Versus Exclusive*, In: E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 2008.

ZANETI, Cristiano de Souza, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.