# EQUIDADE, ADVÉRBIOS, O CÓDIGO CIVIL E A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Mônica Sette Lopes

Professora-associada da Faculdade de Direito da UFMG.

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Doutora em Filosofia do Direito

Resumo

Advérbios são um sinal da textura aberta da lei e isso pode ser cabalmente compreendido quando o intérprete examina o Código Civil de 2002. Este texto pretende tratar dessa experiência circunstancial ao som de música.

Palavras-chave: Equidade, interpretação, direito e música

Abstract

Adverbs are a sign of the open texture of law and this can be fully understood when the interpreter examines the Brazilian new Civil Code. This paper aims to deal with this circumstantial experience in the sound of music.

Key words: Equity, interpretation, law and music

"Quem sabe de tudo não fale
Quem não sabe nada se cale
Se for preciso eu repito
Porque hoje eu vou fazer
Ao meu jeito eu vou fazer
Um samba sobre o infinito".
(Para ver as meninas, Paulinho da Viola)

Na letra da canção[1], cujo trecho é apresentado como pórtico desse trabalho, o compositor pede silêncio, enquanto esquece a dor no peito e fala de seu desejo

[1] Este texto decorre da proposta de desenvolver a conjunção *direito e música*, para falar sobre o tema da interpretação e da pesquisa jurídicas em palestra proferida no II Colóquio do Programa de

de uma pausa longa. Uma pausa de mil compassos. Pode parecer remoto o vínculo da música com o direito, não fosse a captura de uma frase colhida em leitura periférica no aparente aleatório do processo da hermenêutica jurídica tendente à aplicação: "A lei é então um silêncio"[2]. Decifrar os silêncios determinantes no processo de interpretação e aplicação da lei constitui aspecto central da epistemologia jurídica. A proposta deste pequeno texto é fazer isso por meio da divagação em torno dos advérbios no Código Civil de 2002.

No *era uma vez*, que caracteriza a vida e que deve ser traduzida para a narrativa do direito, a canção ouvida no rádio pela manhã lembra a força da comunicação desses silêncios carentes do preenchimento. Fazer *o samba sobre o infinito* é exigência cotidiana e, de um prisma essencialmente pessoal, levou ao velho caderninho com espiral, em que, na anotação de *trás para frente*, a partir da contracapa, fizera, logo depois da edição do Código Civil de 2002, um registro de primeiras impressões. O lúdico da capa infantil que envolvia as folhas pautadas, sintetizada na figura feminina da Minnie de Walt Disney, pode ser uma metáfora para o subliminar do jogo constante a que remetem as palavras abertas para a colmatação e decifração do intérprete.

Na medida em que a leitura do Código avançava, instalava-se a sensação de *soltura* como contraponto na ordem jurídica e, quase sem perceber, as anotações passaram a ser preponderantemente de advérbios. A cada linha da pauta, um deles captava a abertura para uma medida futura que deveria ser exercitada pelo intérprete. Assim, naquele primeiro contato, o texto se fragmentou na nuance e no subliminar que não coincidia com a explicitude de certezas que corriqueiramente se espalha como a ideologia da *força da lei*.

Da leitura dos dispositivos, transposta em anotação, comecei a *dar o texto* na voz, com a esperança de expressar, no som, o poder sem derivativos que estaria no sentido da lei. O não podia ser de outro modo. Só nesse.

O novo Código, com sua tendência a vincular futuros, bastaria para impor os ritos e a conduta. Em vez de escrever sobre isso, no ocaso dos lugares comuns de sempre, talvez seja oportuno propor o jogo de exposição da fala, um jogo de teatro para a abertura do intérprete: experimente alguém, com a firmeza de quem interpreta o monólogo final do herói, dizer o inteiro teor do art. 944 do Código Civil. Pode-se enfatizar a entonação em

Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, em 11.04.2012. Por isso, ele guarda um tanto de sua vocação original para a oralidade.

[2] TIMSIT, 1992, p. 462.

torno de níveis de certeza e de firmeza. Pode-se arriscar o tom. Do convencimento pleno à dúvida. Pode-se fazer a dinâmica das intenções do texto com que se ensina a interpretação aos atores, buscando escavar as emoções possíveis. E, assim, expor na voz a clareza do verbo, a lógica dele e, paradoxalmente, o vazio imenso que alguém, um dia, vai ter que acertar numa decisão sobre como fazer a justiça no caso:

> "A indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

A voz deve ser modulada no *eqüitativamente* para ressaltar o *óbvio*, esse substantivo a marcar um atributo da retórica que nunca se configura quando se trata dos conflitos e do direito. Porque nada é óbvio, mesmo quando não haja dúvida alguma sobre a necessidade de estabelecer equilíbrio certo entre a gravidade da culpa e o dano. *Caput* e *parágrafo único*, portanto, projetam-se na voz bem posta, no som forte, que mascara a ressalva, o condicional, o indefinido. O gestual pode completar a cena a reforçar o argumento de autoridade que apenas na aparência fecha a dinâmica. Pode-se empinar o corpo, ajeitar a cabeça, espalhar os braços abertos, a expressar a efusão máxima da certeza e dizer em voz alta com um ou mais pontos de exclamação: É *óbvio* que a indenização mede-se pela extensão do dano!

E é. Mas isso não basta.

Porque, então, o intérprete que não é o leitor-ideal[3], na ação mais do que provável dos intérpretes, pergunta: "*Como-assim? Como transformar o abaulado dos fatos, da prova, da ponderação deles numa extensão que possa ser medida? Como transformar essa proporção no acento ordinário do argumento, do fundamento, do dispositivo de uma decisão?*"

Se esse intérprete, que não é o *leitor-ideal*, for um juiz é provável que as perguntas causem um estupor, um desejo de *nem-pensar-nisso* fora das pilhas de processo que entram e saem de sua mesa de trabalho. Esse *leitor-não-ideal* sabe que as respostas

[3] Sobre as reviravoltas do leitor-ideal, cf. ECO, 1994.

para cada uma delas não cabem nas folhas do código, nem mesmo nas folhas de um código novo. Não é porque ele seja um juiz ativista. Não é porque ele goste disso. Nas suas orações do início do dia, se ele as faz, há sempre um pedido por processos que tenham resposta fácil, por fatos que sejam facilmente decifrados, por extensões de medir lastreadas no sistema decimal, susceptíveis à régua simplificada.

Porque é preciso definir o que o credor efetivamente perdeu e *razoavelmente* deixou de lucrar quando se deve estimar o valor de perdas e danos na forma do art. 402. Pode-se grafar com negrito o *razoavelmente*. Pode-se gritá-lo no texto com o vigor de certeza. Pode-se dar a impressão de naturalidade. Nada tirará do intérprete o dever de expor minúcias, de explicar o tom da axiologia no método de escavar incertezas e dizer *as razões do razoável* que nunca estão prontas no tempo imperfeito da decisão.

E se o leitor-não-ideal tem a curiosidade da pesquisa, ele prosseguirá na relação dos advérbios e viajará nas várias frestas a exigir que o razoável se arme numa lógica de quebra-cabeças, as peças da vida embaralhadas a espera da separação, da avaliação, do acerto do lugar onde devem ficar. Ele verá isso dispositivo a dispositivo quando seu computador for avançando no ritmo do jogo de esconde-esconde proposto.

Na língua sintomaticamente simples do art. 413, ele verá que o valor da cláusula penal pode ser reduzido *eqüitativamente* quando 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.

Mais adiante o juiz, diante do conflito, avaliará, se o contratante ajustou *eqüitativamente* as condições do contrato para evitar a resolução na clareza aparente do art. 479. E medirá o eqüitativo.

O juiz estipulará, a partir de um rol de circunstâncias, a configuração dos pressupostos da lesão no circuito dialético entre a premente necessidade ou inexperiência e o *manifestamente desproporcional* ou não do valor da prestação do art. 153. E medirá a proporção, a premência, a inexperiência.

Ele aferirá, impulsionado pela alegação de que a prestação se tornou excessivamente onerosa, se houve extrema vantagem para a outra parte e se isso se deu em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que poderiam levar o devedor a

pedir a resolução do contrato com fundamento no art. 478. E medirá ordinário e extraordinário dos acontecimentos. E medirá previsão e imprevisão dos acontecimentos.

Ele constata (ou não) a desproporção *por motivos imprevisíveis*, entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, pode corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, *quanto possível*, o valor real da prestação na voz mais do que aberta do art. 317. E o *quanto possível* do dispositivo sintetiza a mobilidade interpretativa que se acentua como regra. A certeza da medida vai sendo manufaturada processo a processo *tanto quanto possível*.

Há o *samba sobre o infinito* que o juiz compõe todos os dias. Que advogados compõem todos os dias. Que promotores compõem todos os dias. Que integra a composição diária nos ofícios que são do direito. E a vida que lhes cabe narrar é tão variada porque os processos não escamoteiam todos os seus desvãos. O imprevisto, o avesso, o inusitado são objeto central dos danos que se apontam como causa para a indenização. Um segundo na vida de uma pessoa, um minuto sem o cinto de segurança e é nele, naquele um segundo como qualquer outro do relógio, que o trabalhador cai do telhado. E morre. A extensão do tempo marcado não conta para medir a extensão da vida que se transforma em dano.

Pode-se propor, então, um jogo (outro) em torno dos advérbios (e de vazios...), como se fosse uma receita passo a passo:

- Abra o Código Civil de 2002 pela Internet.
- Procure com o localizador alguns advérbios em especial: equitativamente, proporcionalmente, razoavelmente, consideravelmente, convenientemente.
- Leia o dispositivo e imagine a vida acontecendo.
- Imagine quem vai ter que medir a dose de incidência de cada advérbio.
- Imagine quantas circunstâncias vão ser ponderadas.
- Imagine a abertura a que o advérbio remete.
- Imagine o efeito para quem tem o dever de interpretar e de verter a interpretação num texto.
- Imagine a responsabilidade do intérprete em medir corretamente.
- Imagine como é importante falar sobre isso claramente.

E, para além da receita executada, no caderninho pautado, os apontamentos da surpresa da primeira leitura se alargam também em termos e expressões que não são advérbio. Diminuição considerável. Grave risco. Cura improvável. Melhores condições. Valor considerável. Inconveniência ou excessiva onerosidade. Mais favorável. Urgência. O silêncio que importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem. A intenção nas declarações de vontade. A boa-fé e os usos do lugar de sua celebração que interferem na interpretação dos contratos. No que couber. Imagine como definir a medida que faça caber, que harmonicamente produza o encaixe entre a norma e a vida.

A lacunosidade da lei não se descortina apenas na falta ontológica do preceito normativo estrito[4]. Ao contrário, o preenchimento dos espaços é inerente nesse processo que calha com os movimentos da vida em continuidade. E os advérbios, acessórios na modulação da voz dos verbos, são fonte significativa da assimilação do fluxo interrupto do devir.

Poder-se-ia voltar a Aristóteles, essa curva quase obrigatória, e retomar o sentido da melhor justiça, aquela que absorve como dado o fato de que "a lei é sempre geral; entretanto há casos que não são abrangidos pelo texto geral da lei"[5], de que a irregularidade da vida traz exigências de acertamento para os casos[6]. A equidade, assim, para o filósofo da Grécia clássica, já se estabelecia a partir da impossibilidade de uma lei que abranja tudo. E por isso, é preciso um padrão indefinido para se ajustar aos fatos. E, por isso, a equidade é a melhor justiça possível. A única possível porque a indefinição é a regra e a da regra.

Pode-se, no entanto, restringir-se à transposição contemporânea dessa questão de sempre. A flexibilidade do texto para a composição da interpretação é fator a identificar a complexidade dos aconteceres. Por isso, recolhe os paradoxos que vicejam na vida humana no percurso de entrevias do nascimento à morte.

Ost e van de Kerchove ressaltam a dialética de jogo como sendo a da prática interpretativa que é limitada, mas radical[7]. E se uma trilha sonora pode ser trazida

[4] Cf. LOPES, 1993, especialmente no que concerne ao chamado Modelo em Branco.
[5] ARISTÓTELES, 2002, p. 160.
[6] Idem.
[7] OST, VAN DE KERCHOVE, 2002, p. 445.

para o fundo da tela, na exposição do que é ao mesmo tempo restrição e liberdade[8], deve-se por o Copo vazio, de Gilberto Gil, *para tocar* no ponto em que as aberturas da norma encontram os conflitos:

> "É sempre bom lembrar
> Que um copo vazio
> Está cheio de ar
> (...)
> É sempre bom lembrar
> Guardar de cor
> Que o ar vazio de um rosto sombrio
> Está cheio de dor"
> (Copo vazio, de Gilberto Gil)

O vazio que é cheio remete aos advérbios, como diretivas das circunvoluções do intérprete. E caminha também com os adjuntos adverbiais, em que a soma das palavras busca sintonizar tempo, modo, lugar, vastidão das ocorrências do futuro de um pretérito continuamente estirado. O vazio que se enche de dor remete aos conflitos, sempre antevistos no circuito procedimental da composição normativa.

Na comparação com a interpretação na música, Ost e van de Kerchove dão o tom para a sintonia com a mobilidade inerente na norma desdobrada na ênfase dada no advérbio:

> "Diferentemente das "artes de tempo único", como a pintura ou a escultura, onde o monólogo do artista é soberano e definitivo, a obra a expressar imediatamente e por ela mesma o enunciado de seu projeto artístico, as "artes de dois tempos", como a música e o teatro, por exemplo, implicam necessariamente o diálogo do autor e do artista-executante. Aqui a obra é apenas potência, texto morto esperando a fala viva do comediante ou a intervenção do músico para tomar corpo, no ato de enunciação que é sempre singular. Como se, aqui, o ato criador se desdobrasse entre o enunciado inicial e a enunciação ulterior sempre recomeçada"[9].

[8] Op. cit., p. 445.
[9] Op. cit., p. 446. Cf. ainda LOPES, 2006.

Quando o legislador resolve, na lei, o embate dos interesses antagônicos, ele normalmente não consegue traduzir e expressar todas as circunstâncias avaliadoras. É comum, portanto, que arme no texto uma direção para o atendimento de todas as possibilidades que se sucederão no futuro a clamar a incidência da lei. O uso dos advérbios e/ou dos adjuntos adverbiais constitui um desses artifícios, especialmente quando eles reforçam a intenção de ponderação harmonizadora. Eqüitativamente. Razoavelmente. O critério, porém, só se assenta na especificidade das circunstâncias e exige a interação entre o vazio e o cheio, entre o ar, o vinho ou o que quer que, preenchendo o espaço do copo, configura a otimização de sua essência. Copos existem para conter algo. No que (neles) couber.

Isso sintetiza o contínuo recomeçar da lei em cada circuito dos processos de assimilação espontânea e de aplicação.

Na aparente atualidade de composição do Código Civil, eles reprisam características já enunciadas por tantos e, especialmente, por António Manuel Hespanha, que ressaltou as necessárias interfaces do texto jurídico e os conceitos flexíveis, o seu caráter pouco estruturado no plano sintático, a sensibilidade às exigências (às compressões, aos estímulos) do mundo não jurídico e os âmbitos de discussão que não pertencem ao direito, mas que a ele se incorporam, depois, no raciocínio jurídico[10].

As interações entre fato e norma e sua conectividade na conformação da história de cada instituto jurídico formam, em última análise, a história do direito. E se conformam nas demandas de investigação da epistemologia jurídica que se possa armar para fazer melhor justiça. Falar sobre aberturas, sobre inconsistências, sobre advérbios que deixam entrar a mobilidade da vida e se alinham na interpretação da mobilidade dos dias.

Este é o mote que Ost e van de Kerchove escolheram para tratar do tema do conhecimento do direito na crítica ao monopólio que sobre ele (e sobre a metodologia de conhecê-lo) exercem os juristas. Eles chamam atenção para a metáfora possível entre o direito e uma rede tecida no infinito da diversidade de pontos-partes-frestas-linhas. E o fazem a partir da etimologia da palavra *complexidade* que se encontra com a de *rede*, no

[10] HESPANHA, 2006, p. 123.

traçado, na tessitura. Tecer, tramar, tecido, mistura de cores, tudo isso faz parte de uma epistemologia que exige a consciência das emendas que se fazem na mistura de diferenças[11].

E o que importa é dar a conhecer o infinito da mobilidade, o vazio a preencher. Na memória de uma tese defendida em dezembro de 1992[12], está o processo de tentar recolocar o papel discricionário do intérprete a partir da variedade abertura do sistema de regras jurídicas. A solução encontrada naquele momento, de construção do resultado de uma pesquisa, veio num canto de página da obra de Canaris[13], quando o tradutor e comentador, Menezes Cordeiro, articula os *modelos de decisão* situados como argumentos "em sentido próprio"[14]. Na representação tantas vezes feita desde então, é quase como se o sistema fosse uma paisagem em movimento que se compusesse cheia de conexões e na qual fosse possível divisar as várias aberturas à interpretação que partissem desde o nível menor das previsões conceitualmente fechadas (as fundadas em número por exemplo) até as lacunas, passando pelas pautas móveis em que a ponderação de fato e do sentido das normas é imprescindível. Nessas, muitas vezes, são os advérbios que dão a cor e o sentido.

A urdidura do Código Civil de 2002 é trama, matizada a partir de um tecido incompleto, lançado para o infinito. Porque o direito é um samba sobre o infinito. Porque a lei é um samba sobre o infinito. Porque quem faz a decisão faz um *samba sobre o infinito*. Porque o conhecimento do direito deve considerar essa característica. Deve considerar o ir e vir do olhar sobre um tecido que há sempre a tecer[15].

Rejeitar a relevância dessa interação na compreensão do direito, a partir da busca de um corpo de dados mais amplo e completo, reconhecendo a necessária conexão entre as várias disciplinas resultará, segundo Ost e van der Kerchove, na concepção de um

[11] OST, VAN DE KERCHOVE, 2002, p. 450.
[12] O texto foi refundido em LOPES, 1993.
[13] Cf. CANARIS, 1989.
[14] CORDEIRO, Antonio Menezes de. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, op. cit., p. CVIII.
[15] Ver a referência a Engisch em LARENZ, 1989, p. 337.

discurso *demi-savant, demi-construit et demi-concret* (meio-sabido, meio-construído, meio-concreto)[16].

Na articulação, dialógica e analógica, que resulta do processo de interpretação traduzidos na argumentação que contextualiza e preenche os espaços abertos nas normas e nos fatos, os controles estão sempre no *a posteriori* que resulta do tecido histórico daquele caso se emendando com os demais. E, ali, tramados em fios de diferente cor, de diferente extensão, de diferente densidade, misturam-se a história do intérprete, a história do instituto jurídico. A história de cada rosto a viver o conflito, a dúvida e o resultado do que a vida vai trazendo.

Jogando o jogo das circunstâncias, jogando o jogo da vida, o intérprete olha o Código Civil e vai respondendo ao que lhe cabe decidir sobre os conflitos. Se entende a mensagem, ele sabe que a direção a ser tomada deve considerar o equitativamente, o proporcionalmente, o razoavelmente, o consideravelmente, o convenientemente. Ele sabe que os advérbios são na verdade substantivos na direção de interpretar. Ele sabe também que no samba sem fim que vai compondo há redundâncias, há silêncios, há o momento de saber, de calar e de falar. Ele sabe que é sempre bom lembrar, que um copo vazio está cheio de ar. E o ar vazio de um rosto sombrio está cheio de dor[17] – essa matéria prima do direito e das leis.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

CANARIS, Claus-Wilheim. O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

ECO, Umberto. *Seis passeios pelos bosques da ficção*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

[16] OST, VAN DE KERCHOVE, op. cit., p. 463.
[17] Copo vazio, de Gilberto Gil.

HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português.* Florianópolis: Boiteux, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LOPES, Mônica Sette. *Direito e música:* uma metáfora. São Paulo: LTr, 2006.

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau*? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications des Facultes universitaires Saint-Louis, 2002.

TIMSIT, Gérard. La science juridique, science du texte. In: BOURCIER, Danièle, MACKAY, Pierre. *Lire le droit: langue, texte, cognition*. Paris: LGDJ, 1992.

*Publicado no dia 05/02/2013*
*Recebido no dia 19/12/2012*
*Aprovado no dia 10/01/2013*