

Da Equidade (Sentido e Valor)¹

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA *

Introdução

O valor que o Código Civil atribui à equidade, típico do positivismo legalista, contrasta com a importância que lhe é reconhecida pela filosofia e pela metodologia do Direito. Este trabalho pretende contribuir para a reabilitação da equidade enquanto padrão da justiça do caso concreto, apoiando-a na racionalidade analógica da filosofia prática.

Para começar, é efetuado um excuro histórico sobre a equidade, desde a importância da *epieikeia* na *Ética a Nicómano* de Aristóteles, até ao princípio de que *a aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata* firmado com o advento da moral cristã de S. Tomás de Aquino e o *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* de Francisco Suárez, passando pela constituição do *ius honorarium* pelo *praetor* em complemento ao arcaico *ius civile* através da decisão *ex aequo et bono*; neste excuro é ainda considerado, de forma sucinta, o sistema inglês da *Equity*, isto é, os *equitable remedies* concedidos *ad misericordiam* pelo *Lord Chancellor*. Retira-se desta análise histórica e comparatística que a equidade se afirma como padrão da justiça do caso concreto seja *secundum, praeter* ou, mesmo, em casos-limite, *contra legem*.

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 16, pp. 43-59.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Texto baseado no artigo «Da equidade (fragmentos)» publicado no Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. 80 (2004), p. 347-402.

Depois, procura-se saber de que modo o espírito rebelde da equidade foi acolhido pelo movimento codificador de Oitocentos. O positivismo legalista, baseado na identificação do direito à lei (a redução do *corpus iuris sub specie codicis*) e apoiado nos cânones do método jurídico tradicional, considera tendencialmente a equidade como *persona non grata* num sistema jurídico idealmente *more geometrico* e menos casuístico.

Não obstante, a revolução coperniciana do pensamento jurídico, com a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático, alterou esta perspetiva. Desataca-se a experiência germânica, com o reconhecimento da criação jurisprudencial e doutrinal do *ius aequum*, baseado no *Prinzip von Treu und Glauben* (§ 242 BGB), que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*.

No plano da filosofia e da metodologia do Direito, a criação do *ius aequum* corresponde à recuperação do *logos* prático aristotélico. Sendo a analogia justamente o *modus* de realização da justiça do caso concreto, afirma-se o juízo de tipo analógico como caução racional da equidade, tendo em conta não apenas a dimensão abduativa da analogia e os seus juízos entimemáticos, mas também o princípio da igualdade enquanto como paradigma de justiça da equidade.

1. A equidade como “padrão” ou como “remédio” da justiça?

A equidade é valorada como padrão da justiça. Segundo ORLANDO DE CARVALHO, o jurídico é “inconcebível sem essa medida das medidas que é a *aequitas*”.² Sendo que “essa medida das medidas” se projeta em sede metodológica, uma vez que a equidade é “um momento da concreta realização do direito”,³ a qual constitui o problema central da metodologia jurídica.⁴

Este valor que o Pensamento Jurídico reconhece à equidade, essa “béquille de la justice” na fórmula expressiva de CHAÏM PERELMAN,⁵ contrasta com o valor que o Código Civil lhe atribui, pois que apenas admite a decisão segundo a equidade

² *Oração de Sapiência: Ius — Quod Iustum?*, Discursos da Abertura Solene das Aulas na Universidade de Coimbra — 16 de Outubro de 1998, Separata, Coimbra 1998, p. 14. Também em *Uma Teoria da Justiça* (1971 - tradução portuguesa, Lisboa, Editorial Presença, 1973), JOHN RAWLS, na esteira de IMMANUEL KANT, defende a “justiça como equidade”.

³ CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra 1968-69, p. 244.

⁴ IDEM, *Metodologia Jurídica (Problemas fundamentais)*, Coimbra 1993, p. 17 e *passim*.

⁵ «De la justice», in *Justice et Raison*, Bruxelles 1963, p. 46, *apud* ERIC AGOSTINI, «L'équité», *Recueil Dalloz Sirey*, 1978, p. 8.

em determinados grupos de casos.⁶ Ora, o contraste entre o valor filosófico e metodológico da equidade e o seu valor jurídico-legal suscita-nos a seguinte pergunta: *aequitas — quod aequitatem?*

Em anotação ao preceito do Código Civil relativo ao valor da equidade, escrevem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que “se considera a equidade como fonte (mediata) de direito [, mas] não se quer com isso atribuir força vinculativa à decisão (equitativa) concreta, como faz por exemplo o sistema anglo-saxónico que confere *binding authority* a determinadas decisões judiciais. O que passa a ter força especial são as razões de *conveniência*, de *oportunidade*, principalmente de *justiça concreta*, em que a equidade se funda. E o que fundamentalmente interessa é a ideia de que o julgador não está, nestes casos, subordinado aos critérios normativos fixados na lei.”⁷

No essencial, este entendimento retoma, *mutatis mutandis*, a contraposição tradicional entre *epieikeia* e *nomos*, entre *aequitas* e *ius*, entre *equity* e *common law*, entre *Billigkeit* e *strenges Recht*, em termos de exclusão recíproca, ao estilo de um *tertium non datur*. Em suma, a equidade encontrar-se-ia, por assim dizer, nos antípodas do direito.⁸

⁶ Nos termos do art. 4.º, sob epígrafe “valor da equidade”: “Os tribunais só podem decidir segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.” Este *numerus clausus* da decisão segundo a equidade significa que, não havendo acordo das partes nesse sentido — ou a isso se opondo a indisponibilidade da relação jurídica —, os tribunais só poderão recorrer a este cânone decisório nos casos expressamente previstos pela lei. Segundo CARLOS MOTA PINTO: “O artigo 4.º permite aos tribunais a solução *ex aequo et bono* dos casos que lhe são presentes. A admissão da equidade foi acantonada, porém, dentro de apertados limites.” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1989, p. 50). Como exemplos de decisão segundo a equidade admitidos por lei *vide*, nomeadamente, no domínio do Código Civil, os arts. 72.º, n. 2, 283.º, n. 1, 339.º, n. 2, 400.º, n. 1, 437.º, n. 1 (cláusula *rebus sic stantibus*), 462.º, 494.º, 496.º (cálculo do *pretium doloris*), art. 812.º (redução da pena manifestamente excessiva); ver também o art. 34.º da lei do contrato de agência, aprovado pelo DL 178/86, de 3 de julho (cálculo da indemnização de clientela).

⁷ *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed. (col. M. HENRIQUE MESQUITA), Coimbra, 1987, p. 56 (compreensão esta reafirmada mais adiante: “É precisamente contra a equidade (justiça do caso concreto em desacordo com a justiça do princípio geral) que o legislador reage, procurando evitar desacordos na aplicação das leis.” — p. 57). A. MENEZES CORDEIRO, «A decisão segundo a equidade», *O Direito*, 1990, p. 276, distingue a equidade em sentido jus-filosófico e a equidade em sentido técnico-legal, sendo certo ser *ius aequum* boa parte do direito criado pela jurisprudência germânica com base no princípio da boa-fé — *vide* IDEM, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984. Sobre o tema, *vide* por ex. *Aequitas und Bona Fides*, Basel, 1955; *Equity in the World's Legal Systems*, ed. RALPH NEWMAN, Brussels 1973.

⁸ C.-W. CANARIS parece tributário desta dicotomia, ao opor a segurança jurídica ainda garantida por um sistema móvel a “uma mera cláusula de equidade” (*Pensamento Siste-*

2. Relance histórico

Começando pelos antigos, desde o pensamento grego que por equidade se entende, *grosso modo*, a justiça do caso concreto. Simbolizada na *Antígona* de SÓFOCLES, como rebelde em nome do *ius non scriptum*, ARISTÓTELES erigiu a equidade a critério do justo. Como escreveu no Cap. X do Livro V da *Ética a Nicómaco*, “o que é equitativo é justo, superior mesmo em regra ao justo, não ao justo em si, mas ao justo que, em razão da sua generalidade, comporta o erro. A natureza da equidade consiste no corrigir a lei, na medida em que ela, em virtude do seu carácter geral, se mostra insuficiente.”⁹ Na *República* desenvolve o valor interpretativo e integrativo da *epieikeia*.

O direito romano recebeu a equidade como padrão do justo, devendo-se ao *praetor* a constituição do chamado *ius honorarium*, em complemento ao arcaico *ius civile*, através da decisão *ex aequo et bono*. Processo que viria a culminar com a célebre expressão «*Ius est ars boni et aequi*» (Dig. 1.1.1) e com a sua consagração na Constituição de Constantino de 314 enquanto princípio supremo do direito: “*placuit (in omnibus rebus) praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*”.

Com o advento da moral cristã, a *aequitas* assumiu valorações de *benignitas*, *pietas*, *caritas*, *miserericordia*;¹⁰ concepção esta inscrita no célebre brocardo: *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*. A equidade foi erigida a norma suprema do ordenamento canónico. FRANCISCO SUÁREZ, no seu *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, apoiado no pensamento de S. Tomás de Aquino (“*Lex tyrannica, cum non sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*” – *Summa Theologica*), apontava três funções à *aequitas* canónica: 1.^a impedir resultados injustos na aplicação do

mático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, trad. A. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, 1989, p. 145), e talvez por isso defenda os limites à criação interpretativa do Direito, em especial relativamente às lacunas inintegráveis em matérias de reserva do legislador e ao respeito pelas normas estranhas ao sistema (pp. 216, 235); além disso, ao considerar que a tópica, por fundar a legitimidade das premissas no *common sense* “é, por isso basicamente, inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do Direito” e ao remeter a tópica para a equidade, isto é, para a tendência individualizadora da justiça (“a tópica ordena-se na equidade”), contrapõe direito a equidade, embora reconheça que “as cláusulas gerais ‘carecidas de concretização’ têm frequentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da ‘equidade’ no sentido da justiça do caso concreto” e, ainda, que “há áreas nas quais pode intervir, sobretudo onde falem valorações legais” (p. 240, 272, 286-7), mas, ao que parece, não radicaria aí a verdadeira “essência do Direito” – p. 25).

⁹ *Apud* CASTANHEIRA NEVES, *Lições*, cit., p. 237.

¹⁰ Cf. VINCENZO VARANO, “Equità”, in *Enciclopedia Giuridica*, p. 3-4.

direito, mediante o recurso ao *ius naturale* ou divino; 2.^a evitar o cumprimento de obrigações injustas por serem inexigíveis; 3.^a interpretar a lei não segundo a letra mas segundo a presumida vontade do legislador.¹¹

No séc. XIV, surgiu na experiência jurídica inglesa um sistema paralelo, ainda que subsidiário, ao *Common Law*, chamado *Equity*, nos termos do qual o *Lord Chancellor* concederia, *ad misericordiam, equitable remedies* (v.g., *a injunction*) não assimiláveis à *ratio decidendi* dos precedentes.¹²

Deste breve excurso histórico retira-se que a equidade tem sido convocada historicamente como padrão da justiça do caso concreto, seja *secundum, praeter* ou, mesmo, *contra legem*.¹³ Palavra rebelde, pois que lhe cumpre ser o padrão de justiça em face da “*rebeldia* do caso concreto... para se ir conseguindo a adequação do direito à vida.”¹⁴ Contra o brocardo *dura lex, sed lex*, a palavra equidade encarna, pois, o espírito da *Antígona* de Sófocles, em nome do *ius non scriptum*.¹⁵

3. A equidade segundo o positivismo legalista

O movimento codificador de Oitocentos não conseguiu “domar” o espírito rebelde da equidade. O positivismo legalista postulou a identificação do direito à lei, essa “sublime instituição” filha do contrato social entre homens livres, iguais e fraternos, como diria ROUSSEAU. A lei era entendida como norma geral, abstrata e formal. Com a redução do *corpus iuris sub specie codicis* visava-se a neutralidade e a objetividade da decisão. Tudo isto em obediência à axiologia formal da igualdade e da certeza do direito, projetada na conceção positivista do

¹¹ Cf. A. PÉREZ LUÑO, “Aspetti e funzioni dell’equità”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, p. 840. Para desenvolvimentos *vide*, por ex., FRANCESCO D’AGOSTINO, *Epieikeia: Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Milão, 1973.

¹² Cf. DENIS KEENAN, *English Law*, 11.^a ed., London 1995, p. 15.

¹³ Sobre as funções da equidade, em especial no direito privado, enquanto fonte de princípios jurídicos e de critérios de integração de lacunas jurídicas, e de limite transcendental do direito, *vide*, igualmente, ADRIANO DE CUPIS, “Precisazioni sulla funzione dell’equità nel diritto privato”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. 17 (1971), p. 633-655.

¹⁴ A. PINTO MONTEIRO, *Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)*, Coimbra 1989, p. 27 [Separata do Boletim da Faculdade de Direito - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984].

¹⁵ Atente-se, todavia, como escreve RICHARD A. POSNER, que podemos hoje ver melhor do que Sófocles que “justice is not all on Antigone’s side. Civil disobedience motivated by obedience to a ‘higher law’ can be admirable as well as heroic. [I]t can also be a formula for anarchy and civil war” (*Law and Literature*, Cambridge/London, 1998, p. 100). Este alerta é especialmente relevante num tempo em que se anuncia este nosso século como pertencendo a Antígona - FERREIRA DA CUNHA, *O Século de Antígona*, Coimbra, 2003.

Estado de Direito, assente em três princípios, a saber: o princípio da legalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da independência judicial.

Neste quadro, a decisão do caso concreto consistia na mera subsunção de uma espécie a um género. A decisão não seria mais do que uma operação lógica, segundo a qual o julgador deveria verificar se o caso *sub iudice* apresentava os factos constitutivos da hipótese da norma, a fim de lhes aplicar a sua estatuição.

A identificação do direito à lei (*ius = lex*), conjugada com o princípio da separação de poderes, significava que o poder legislativo detinha o exclusivo da criação do direito. Ao juiz não cabia senão uma função de aplicador do direito. Para o efeito, as leis deveriam ser claras, pois *in claris non fit interpretatio*. A caução da plenitude lógica de um direito concebido *sub specie codicis* permitiria afirmar que *quod non est in codice non est in mundo*¹⁶ e, nessa medida, reduzir o juiz à “boca que pronuncia as palavras da lei”, na célebre fórmula de MONTESQUIEU.

As *leges artis* do Método Jurídico projetam, justamente, estas premissas na interpretação e na integração de lacunas.¹⁷ A interpretação teria por objeto a norma legal, entendida como “texto”: o texto da lei. Na determinação do sentido e alcance da “norma-texto” deveria atender-se às suas duas grandezas, a letra e o espírito. O *instrumentarium* metódico, tal como proposto por SAVIGNY, é composto por quatro elementos: o elemento gramatical, o elemento histórico, o elemento sistemático e o elemento teleológico (ou racional). O elemento gramatical permite determinar o conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, remetendo o intérprete para um glossário conceitual que determina o sentido exato das palavras do legislador e, por isso, o *rigor iuris*. Por seu turno, uma vez determinado o conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, os restantes elementos interpretativos permitem apurar o sentido do espírito da lei, o qual elegerá dentro daquele conjunto o sentido que corresponde: ou à *ratio* ou *mens legislatoris* para as correntes subjetivistas, como é o caso da *école de l'exégèse*, que presta culto ao *code civil* napoleónico; ou à *ratio legis* para as correntes objetivistas, como é o caso da *Begriffsjurisprudenz*, que presta culto com o sistema

¹⁶ Cf. F. JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2002, p. 880.

¹⁷ Vide A. CASTANHEIRA NEVES, “Método Jurídico”, “Interpretação Jurídica”, “Escola da Exegese”, “Escola do Direito Livre”, “Escola Histórica do Direito”, “Jurisprudência dos Interesses”, “O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito”, “Fontes do Direito”, compilados em *Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra, 1995, bem como IDEM, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993. Sobre as diversas orientações método(nomo)lógicas (teóricas e práticas), ver também F. JOSÉ BRONZE, *Lições*, cit., p. 687 s (17.ª Lição).

das Pandectas às instituições culturais do *Volksgeist* desveladas pela Escola Histórica do Direito, *maxime* nos textos de direito romano.

Todavia, este objetivo da interpretação, se repousa no espírito da lei, deve ter “um mínimo de correspondência verbal na letra da lei”, segundo a fórmula do Código Civil (art. 9.º, n. 2). Isto é, o espírito deve corresponder a um dos sentidos possíveis da letra da lei, que determina, portanto, os principais resultados da interpretação, a saber: interpretação *declarativa* se o espírito corresponder ao sentido natural da letra da lei; interpretação *restritiva*, se o espírito configurar o género previsto na hipótese da norma em termos de excluir espécies que nela seriam subsumíveis segundo a letra da lei; interpretação *extensiva*, se o espírito configurar o género previsto na hipótese da norma em termos de abranger espécies nela não subsumíveis segundo o sentido natural da letra — mas que implicitamente contém, sendo desvelados pelo espírito.¹⁸

Se a interpretação da norma conduz à conclusão de que o caso não constitui uma das espécies previstas na hipótese da norma, então a operação lógica da subsunção não é possível, estando-se perante uma lacuna. Segundo o esquema metódico proposto pelo Método Jurídico, como remédio à impraticabilidade de soluções do tipo do *référé législatif*, as lacunas integrar-se-iam por uma de duas vias: ou pela *analogia legis* ou pela *analogia iuris*. Na *analogia legis* aplicar-se-ia uma norma que regulamentasse um caso análogo, isto é, um caso que, embora não fosse subsumível ao género previsto na hipótese da norma, por lhe faltar um elemento essencial do conceito informador da sua natureza jurídica (*ratio essendi*), apresentasse, com ele, porém, relevantes semelhanças, em termos de justificar idêntica regulamentação. Já na *analogia iuris* decidir-se-ia segundo os princípios gerais logicamente induzidos da interpretação das normas que regulamentassem o instituto ao qual o caso mais se aproximasse.

Em ambos os casos o juiz não estaria a criar direito, porquanto se tratava de extensões lógicas do sistema, que permitiam conservá-lo ainda na esfera da *stricta* aplicação de direito. Por outras palavras, o legislador seria ainda a fonte, a *viva vox* deste direito aplicado, agora, por via dita analógica, e não subsuntiva.

Neste modelo metódico o papel da equidade resulta praticamente nulo. A justiça era, por definição, formal, geral e abstrata, sendo realizada, *a priori*, em juízos legislativos logicamente expressos nos textos legais, quais imperativos categóricos universalmente predispostos ao estilo cosmopolita de KANT. Partindo da máxima hegeliana “o racional é real e o real é racional”, não teria sentido falar

¹⁸ O método jurídico tradicional admitia ainda, como resultados interpretativos, a interpretação enunciativa e a interpretação ab-rogatória ou ab-rogante.

em justiça do caso concreto, senão na medida em que estivesse já condensada no *prius* normativo-sistemático.

Ademais, a rebelde equidade seria *persona non grata* num *Lebensraum* do sistema jurídico, que se queria *more geometrico* e menos casuístico. Por atender à rudeza do caso concreto a equidade despertaria no juiz tentações de decidir segundo as suas convicções subjetivas, abrindo-se a porta a uma *Gefühlsjurisprudenz* arbitrária e irracional, ou então o retorno a um *Naturrecht* tendencialmente contrário à ordem legalmente positivada. Enfim, a equidade seria inimiga da certeza do direito e da igualdade legal, minando o princípio da separação de poderes em que assentava o Estado-de-Direito gerado pela Revolução das Luzes.

Por isso a equidade foi praticamente saneada no paradigma discursivo do positivismo jurídico. Em conformidade, a codificação oitocentista, via de regra, não reconhecera à equidade valor de cânone decisório, evitando mesmo a utilização de tal “sonoro vocábulo”, na expressão de CORREIA TELES.¹⁹ Exemplo disso mesmo é a elaboração do nosso Código Civil de 1867. Tendo sido inicialmente proposta a integração de lacunas com recurso à equidade, o Código de Seabra acabaria por prescrever no seu art. 16.º que as lacunas seriam, em último termo, integradas segundo o direito natural “conforme as circunstâncias do caso”. Apesar de esta norma ser interpretada por CABRAL DE MONCADA como referência direta à equidade,²⁰ não deixava de transparecer um juízo de desconfiança do legislador em relação a esta palavra.

4. A revolução copernicana do pensamento jurídico

Apesar de ter sido praticamente banida do mundo jurídico-linguístico, a equidade não foi erradicada da *praxis* jurídica. Ademais, depois da euforia do cientismo vivida em Oitocentos, o *fin de siècle* traria consigo a “ressaca do positivismo”. Assim como na filosofia se encontra “o filósofo apanhado nas teias da linguagem”, dizendo-o com FRIEDRICH NIETZSCHE,²¹ também no direito se depara o jurista preso num edifício conceptual fechado às exigências da realidade de histórico-social com as ‘sete chaves’ da lógica apofântica.²²

¹⁹ «Discurso sobre a Equidade», in *Comentário crítico à Lei da Boa Razão*, Lisboa 1824, apud J. HERMANO SARAIVA, “Equidade”, in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 7, p. 731.

²⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Lições*, cit., p. 244.

²¹ *O livro do filósofo*, p. 61.

²² Sobre o positivismo, seus fatores determinantes, coordenadas caracterizadoras e fatores de superação, vide F.J. BRONZE, *Lições*, cit., p. 279 s (da 10.ª à 12.ª Lição).

É então que começa a operar-se uma revolução coperniciana no pensamento jurídico, no sentido da passagem de um *logos* teórico para um *logos* prático.²³ Sucintamente, assim foi na França com a *libre recherche scientifique du droit* de GENY, e também na Alemanha com a *freie Rechtsfindung* de KANTOROWICZ. Revolução coperniciana, porque justamente o centro de gravidade do pensamento jurídico deixa de ser a norma, para passar a ser o caso concreto. Vale isto por dizer, que a equidade reemerge silenciosamente como critério do justo. Pois que, afinal, é na decisão do caso concreto que se faz, ou não, justiça. Ou, como alguém disse, “é na decisão do caso concreto que o direito se faz carne”.²⁴

Disto mesmo dá conta a proposta metodológica da Jurisprudência dos Interesses, segundo a qual o juiz devia obediência aos fins prosseguidos pelo legislador com a solução valoradora do conflito de interesses que deu causa à norma. A fim de cumprir a teleologia da norma no caso concreto, o juiz poderia mesmo corrigir o seu comando verbal, excluindo-o ou abrangendo-o no âmbito de aplicação da norma, através das operações metódicas da redução e da extensão teleológicas. Obediência pensante, portanto, como diria HECK, que o juiz devia ao legislador, entendido como a *societas* que tem no direito o instrumento de realização do seu projeto histórico. Acresce que em sede de integração de lacunas o *caput scholae* da *Interessenjurisprudenz* propunha que, na impossibilidade de se recorrer à *analogia legis*, deveria o juiz decidir segundo os princípios gerais de direito ou, não sendo possível o recurso à *analogia iuris*, segundo a sua valoração pessoal do caso afinada pelas conceções dominantes da sociedade.²⁵

²³ Isto não significa que o método do positivismo fosse indiferente a todos e quaisquer valores. Antes pelo contrário, tal método servia com proveito os valores “sagrados” do positivismo: a segurança e a certeza do direito. Pelo que a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático corresponderá a uma alteração no plano dos valores fundamentais do direito, a exigir um outro método.

²⁴ Claro está que, como diz KARL LARENZ, “se formos ao ponto de dizer que é só a jurisprudência que vem a determinar o que é hoje juridicamente vinculante, o que tem de valer como conteúdo das leis, então a vinculação constitucional dos tribunais às leis surge pura e simplesmente como uma ficção” (*Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 2.^a ed., Lisboa, p. 183).

²⁵ No que, de resto, não se afasta muito LARENZ, sustentando relativamente aos casos atípicos que “aqui já não poderá o juiz fundamentar a sua decisão até ao fim; então, mas só precisamente então, só a sua convicção pessoal do que é a medida do justo poderá oferecer a solução. (...) em tais casos é a personalidade do juiz que decide” (*Metodologia*, cit., p. 352 e 354, acrescentando mais adiante: “Que ao juiz resta, de quando em vez, uma margem de livre apreciação, adentro da qual só a sua convicção pessoal do que é correto vem a decidir, parece, contudo, um ‘resíduo incómodo’ só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenómenos da vida e, com isto, no afastamento definitivo da personalidade criadora.” – p. 355). Trata-se, a nosso ver, do reconhecimento do papel criador *praeter legem* da equidade.

Da Jurisprudência dos Interesses saíram duas outras correntes: o pensamento jurídico-causal de MÜLLER-ERZBACH e a *Wertungsjurisprudenz*, constituindo, respetivamente, a “ala esquerda” e a “ala direita” da *Interessenjurisprudenz*, como nos diz ORLANDO DE CARVALHO.²⁶

Deve-se à Jurisprudência das Valorações o reconhecimento do papel fundamental da equidade num direito que se quer ao “serviço da vida”. Nas palavras de JOSEPH ESSER, “a grande transformação do pensamento da equidade não se consumou através de uma sua luta aberta, mas pela sua silenciosa influência sobre os métodos da interpretação e da elaboração do direito. Com o abandono de uma esquemática lógica jurídica, com a inclusão dos valores jurídicos materiais na polémica da interpretação desaparece o principal ensejo da chocante rigidez jurídica, que fazia do *summum ius* muitas vezes a *summa iniuria*. [Pelo que] através de uma interpretação aperfeiçoada e da melhorada integração das lacunas através da casuística, assim como da formação de um programático (não vinculante) direito jurisprudencial, alcançou-se uma situação na qual a solução com base na norma e a solução de equidade coincidem amplamente.”²⁷

Na verdade, se atendermos à experiência jurídica germânica, concluiremos que a *aequitas* tem desempenhado um papel muito importante na adequação do direito à vida. A partir do *Prinzip von Treu und Glauben* constante do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), as decisões jurisprudenciais e a doutrina têm elaborado *ius aequum* que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*. Nomeadamente, integram esse *ius aequum*, constituído a partir da *bona fides* na decisão de casos concretos, doutrinas tão importantes do direito como sejam:²⁸ 1.º a doutrina da relação obrigacional complexa geradora de deveres laterais de prestação, como fundamento, por ex., da *culpa in contrahendo*; 2.º a doutrina do abuso de direito, explicitada, *inter alia*, no princípio *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*, na proibição do *venire contra factum proprium* (que integra a chamada *Verwirkung*²⁹), no princípio da *exceptio doli praeteriti*; 3.º a

²⁶ *Critério e estrutura do estabelecimento comercial, I (O problema da empresa como objecto de negócios)*, Coimbra, 1967, p. 783, n. 157.

²⁷ «Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht», in *Summum ius, summa iniuria*, Tübingen, p. 37, 40, *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Lições, cit.*, p. 245. Ver também JOSEPH ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3.ª ed., Tübingen, 1974.

²⁸ Cf. UWE DIEDERICHSEN/KARL-HEINZ GURSKY, «Principles of Equity in German Civil Law», in *Equity in the World's Legal Systems*, ed. RALPH NEWMAN, Brussels, 1973, p. 277 s.

²⁹ Vide ENNO BOMMEL, *Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus*, Frankfurt, 1992.

doutrina da alteração (ou “queda”) da base negocial traduzida, *cum grano salis*, na cláusula *rebus sic stantibus*.³⁰

A *aequitas*, outrora estigmatizada enquanto fonte de arbitrariedade, passou a ser compreendida, não como um ninho de princípios de direito natural ou de uma ética capaz de prevalecer irracionalmente sobre a lei, mas antes, no dizer de JOSEPH ESSER, como o motor do novo entendimento das próprias instituições.³¹ Ou, na síntese de KARL ENGLISH: “De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do ‘*ius aequum*’, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de ‘valorações e decisões de vontade’.”³²

5. A recuperação do *logos* prático aristotélico e a analogia como *modus* de realização da justiça do caso concreto

Subjacente a esta nova compreensão da equidade está um retorno ao paradigma aristotélico operado pela reflexão filosófica, em especial por MARTIN HEIDEGGER. Nessa linha, em termos de contributos para a metodologia jurídica, destacam-se, sobretudo, a proposta hermenêutica de HANS-GEORG GADAMER (*Wahrheit und Methode*), a tópica jurídica de VIEHWEG (*Topik und Jurisprudenz*) e a retórica argumentativa de CH. PERELMAN E ALEXY — no sentido da recupera-

³⁰ O direito privado é certamente domínio fértil de gestação de *ius aequum praeter* senão mesmo em alguns casos *contra legem*. Exemplos elucidativos disto são o direito geral de personalidade e as projeções da boa-fé no abuso de direito, na caducidade, na queda da base do negócio, no dever de fidelidade do sócio, no dever de assistência na relação laboral, nos deveres de proteção e na responsabilidade por culpa *in contrahendo* — cf. LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 512-517. Quanto ao abuso do direito como exemplo da dialética entre direito objetivo e direito subjetivo, vide F. JOSÉ BRONZE, *Lições*, cit., p. 527 s (14.ª Lição).

³¹ Cf. JOSEPH ESSER, «The infiltration of Aequitas into the German Civil Law», in *Equity in the World's Legal Systems*, cit., p. 304.

³² KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa, p. p. 248 (acrescentando, porém, com inteira razão, que quando o órgão aplicador do Direito (o juiz ou o agente administrativo) fica “entregue à bússola da sua conceção individual [...] não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralégais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exatamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte”, sem todavia apagar “a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade.”).

ção de um *sensus communis* outrora apregoado por GIAMBATTISTA VICO em pleno apogeu do bom senso cartesiano.³³

Nesta passagem do “discurso do método” ao “método do discurso”, trata-se, no essencial, da “recuperação do *logos* prático aristotélico, do seu pensar por analogia, do seu círculo hermenêutico, da sua *prudentia* ou *fronesis*, de sua *applicatio* [em que são trazidos para primeiro plano] a consideração do caso, a posição do juiz, a abertura do processo à singularidade da *species*, o relevo da pré-compreensão, o peso do «Lebenswelt», a função de uma calculatória ou tópica, o interesse de uma retórica argumentativa, o «ir» e «vir» de English entre norma e situação, a norma do caso, o valor dos precedentes, o valor da doutrina, etc.”³⁴

O *logos* prático aristotélico que assim se recupera intende à justiça do caso concreto, ou seja, — *voilà!* — à equidade. Sendo que que “o percurso discursivo se desenrola, também na esfera do direito, de particular a particular, decorrendo, portanto, de problema a problema.”³⁵ Vale isto por dizer, em suma, que o pensamento jurídico, por ter a equidade como a sua “estrela do norte”, radica num “pensar por problemas”.

Não obstante, aqui chegados, urge perguntar:

- 1.º Que caução racional oferece a equidade? Por outras palavras, que “garantias”,³⁶ em termos de racionalidade, pode a equidade conferir à decisão dos casos concretos? Não é verdade que CALÍGULA declarou governar exclusivamente segundo a *aequitas*?
- 2.º Para que paradigma de justeza nos remete a equidade? Constituirá ela um “sólido apoio do intérprete”, ou “apenas um pretexto legitimador das suas impropriações”?³⁷

A primeira pergunta atinge diretamente o cerne do problema metodológico, a saber: a disquisição de uma racionalidade que se coadune com a justiça a que o

³³ Vide F. JOSÉ BRONZE, «As Margens e o Rio (da retórica jurídica à metodonomologia)», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 77 (1997), p. 81-119; THEODOR VIEHWEG, «Zur zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen Topik», *Anales Suarez* 13(1973), p. 9-17.

³⁴ ORLANDO DE CARVALHO, «Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global», in *Revista da Casa da Relação do Porto*, 1995, p. 80-81 (também publicado no *Boletim da Faculdade de Direito*, 1997).

³⁵ F. JOSÉ BRONZE, «Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 69 (1993), p. 194.

³⁶ SCOTT BREWER, «Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy», *Harvard Law Review* 109/5 (1996), p. 923-1028.

³⁷ ORLANDO DE CARVALHO, «Para um novo paradigma interpretativo», *cit.*, p. 83.

Direito aspira³⁸ e que, nessa medida, caucione a dimensão de *ratio* da decisão do caso concreto. A pergunta justifica-se se considerarmos que ainda não vai longe o tempo em que se entendia que a medida da *Equity* seria o tamanho do pé do *Chancellor*.³⁹ Trata-se, portanto, de saber em que termos se pode sustentar que a equidade não expõe o sistema ao livre arbítrio dos *daemones* do intérprete.⁴⁰

A segunda pergunta refere-se ao problema do paradigma de justeza para o qual a equidade remete. Uma vez aferida a caução racional da equidade, importa ainda saber se a equidade, apesar de tal caução, não carrega no seu ventre, por exemplo, o *gérmen* da repositivação de um *Naturrecht*.

5.1. Relativamente ao primeiro problema, a caução racional oferecida pela equidade radica justamente no *logos* prático aristotélico. Destaca-se aqui o pensar por analogia como o *modus* de realização da justiça do caso concreto. Ou

³⁸ Pois que “um direito sem justiça constituiria, digamos, uma monstruosidade moral” – IDEM, «*Ius – quod iustum?*», *Boletim da Faculdade de Direito*, 72 (1996), p. 4.

³⁹ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence (or the philosophy of positive law)*, II, 5.^a ed. Londres, 1911, p. 620.

⁴⁰ Mas, terá o direito equitativo que ser, de todo, racional? O que apenas remete para o entendimento tradicional, contrapondo direito e equidade, sendo o primeiro da esfera da “razão” e o segundo do “coração”. Esta oposição não faz mais sentido, se é que alguma vez fez. Não o disse o nosso Poeta que “o coração tem razões que a razão desconhece”? É dizer que o coração é fonte da razão, dando-lhe razões a conhecer, como, de resto, destacou DESCARTES n’*As Paixões da Alma*. Veja-se a este propósito o conceito de “razão páctica” apresentado pelo pensamento filosófico (JOÃO MARIA ANDRÉ, *Pensamento e Afectividade*, Coimbra). A propósito disto interessa considerar ainda as tentativas de fundamentação do direito numa filosofia estética, esclarecendo o Direito pela Ética, a Ética pela Arte e a Arte pela Filosofia (PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O Tímpano das Virtudes: Direito, Ética, Arte*, Coimbra, 2004). Da nossa parte, embora reconheçamos natureza criativa à atividade jurisprudencial, não enveredamos pelo «irracionalismo filonómico». Ou bem que a decisão é suscetível de fundamentação racional (de “arrazoamento”, como se diria na Idade Média) e com isso resulta razoável, ou bem que não é. O critério do jurídico é o justo, não o belo. Afinal, não é a justiça representada por RAFAEL como a primeira das virtudes? Além disso, o intérprete deve cuidar não apenas da razoabilidade do legislador mas também, desde logo, da sua. Pelo que, no campo da justiça, a estética vale na medida do razoável. A comunidade não espera obras de arte do jurista. Claro que se o jurista conseguir exercer a sua arte de modo esteticamente logrado tanto melhor. Tanto mais que a “construção deve ter beleza artística (*elegantia iuris*)” - FRANCESCO FERRARÀ, *Interpretação e aplicação das leis*, trad. Manuel de Andrade, 3.^a ed., Coimbra, 1978, p. 181. Mas não é isso que, em primeira linha, se espera dele. De resto, a primazia da estética poderá ser também uma via direta para as construções puramente lógicas do direito, mais interessadas na delirante perfeição formal (leia-se estética) do sistema do que na justiça razoável dos seus resultados materiais - ainda que se reconheça que um tal sistema, escrito à imagem e semelhança de um suposto Direito natural, decerto poderia servir com proveito uma qualquer nova ordem política...

seja, em termos metódicos, a equidade reclama um juízo de tipo analógico, isto é, um pensar que gravita em torno do caso, ou, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, que não “transcende [...] o plano do concreto”.⁴¹ Sendo que o juízo analógico cumpre-se, via de regra, na assimilação do caso *decidendo* à “série” de casos concretos decididos pela norma, mediante a “ponderação prática de *exempla* prudencialmente convocáveis, em que o concreto há pouco referido ‘vai [rigorosamente] pensado como o individual histórico e o *prius* intencional’ (Castanheira Neves).”⁴² Ou seja, o caminho percorrido com vista à decisão faz-se pela comparação, em termos de ponderação prudencial, caso a caso, de particular a particular. Trata-se de trazer à correspondência as semelhanças entre casos, sem anular a diferença que irredutivelmente os predica.

O que significa, ainda, que a caução racional oferecida pela equidade corresponde justamente ao tipo de racionalidade exigida pelo atual Pensamento Jurídico na resposta à problemática central da metodologia jurídica. Com efeito, partindo da premissa de ARTHUR KAUFMANN, segundo a qual, tal como a *praxis*, “o direito é originariamente análogo”⁴³ (ou analógico), defende JOSÉ BRONZE que a matriz do discurso jurídico é radicalmente analógica.⁴⁴ Com efeito, “a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas [...] transformou[-se] num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris*, ou nele objectiváveis [...], quer sem essa mediação”, pois que, como ensina, “os pólos noeticamente irredutíveis do discurso judicativo são a diferença e a semelhança [...] apuradas em referência ao *tertium comparationis* constituído pela deveniente normatividade vigente”.⁴⁵

Por seu turno, o garante desta racionalidade repousa na “ineliminável dimensão abduktiva da analogia”.⁴⁶ Significa isto, tal como ARISTÓTELES expusera na sua *Topica*, que o pensamento jurídico discorre na base de premissas apenas verosímeis, das quais não se podem extrair senão conclusões prováveis. Juízos en-

⁴¹ *Metodologia Jurídica*, cit., p. 244.

⁴² F. JOSÉ BRONZE, *Breves considerações*, cit., p. 192-3.

⁴³ *Analogie und «Natur der Sache»*, 2.^a ed., apud Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 244.

⁴⁴ Cf. *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos pólos da matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, 1994, *passim* (caracterizando a analogia “como a prático-juridicamente fundamentada expressão da intersubjectiva racionalidade dialecticamente projectante dos problemas que convocam e das exigências que interpela o jurista em ordem à normativamente adequada resolução daqueles primeiros e, por sua mediação, à hermeneuticamente cumprida reconstituição destas segundas”).

⁴⁵ IDEM, «Breves considerações», cit., p. 197 e 195.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 198.

timemáticos, e não apodícticos, portanto.⁴⁷ E, por isso mesmo, como escreve ORLANDO DE CARVALHO, “o êxito do Direito é meramente probabilístico.”⁴⁸

Em suma, a caução racional que a equidade oferece corresponde justamente ao tipo de racionalidade que o atual Pensamento Jurídico exige como resposta ao problema nuclear da metodologia jurídica (ou “metodonomologia”).

5.2. Relativamente à segunda pergunta, o paradigma de justeza para o qual a equidade remete já não se pode ir buscar apenas à fórmula aristotélica do “tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na medida da diferença”. Esta máxima, se bem que compatível com o *modus* analógico do discurso judicativo, é, só por si, imprestável para definir o paradigma de justeza neste nosso tempo, pois que, em última análise, resulta tão vazia de conteúdo como a *Grundnorm* da *reine Rechtslehre* de KELSEN.⁴⁹ “Só por si não nos permite saber

⁴⁷ Como refere KARL ENGLISH, “o multisignificativo conceito de semelhança torna-se o eixo da conclusão”, destacando todavia “a importância do geral, do comum, para a legitimidade da conclusão. (...) Daí a antiga concepção de que a conclusão analógica se compõe de indução e dedução. Somente quando, dos fenómenos particulares, a partir dos quais se conclui (...), se abstrai um pensamento geral (...), é que é possível concluir (...) para outro particular (...).” - *Introdução*, cit., pp. 289-90. Isto implica, porém, reservas ao entendimento de que o juízo decisório não transcende o plano do concreto.

⁴⁸ «Para um novo paradigma interpretativo», cit., p. 85.

⁴⁹ Vide HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed. Coimbra, 1976, e IDEM, *A Justiça e o Direito Natural*, trad. Baptista Machado 2.^a ed., Coimbra, 1979. Com efeito, a regra aristotélica não nos diz o que é igual nem o que é diferente, é apenas uma regra de ponderação de valores que não define (apetece dizer que é uma regra adjetiva ou instrumental, já não substantiva). E não abre Aristóteles a sua *Republica* a dizer que, pela natureza das coisas, há os que são livres e os que ou não são? Ora, quem define a natureza das coisas em que se pretende fundar um direito natural? Não poderá a mesma coisa ter várias naturezas? Isto levanta uma série porventura infinita de questões. No campo do Direito, há que questionar desde logo quem tem legitimidade para definir a natureza das coisas e qual é o processo da sua definição. Sendo que a resposta a esta primeira pergunta solucionará, ao menos em parte, uma segunda: o que torna vinculativa essa natureza das coisas assim definida? A regra jurídica tem que respeitar a natureza das coisas a que respeita. Mas qual é a liberdade de definição por via legislativa da natureza das coisas, isto é, onde traçar a fronteira entre o que deve ser recebido pela lei e aquilo que já pode ser construído por ela? Sendo certo que a coisa que o direito recebe pode estar já moldada por regra jurídica anterior. Pelo que a busca da natureza pura ou virgem da coisa (no sentido de ainda não tocada pelo direito) pode revelar-se quimérica, ao menos para o discurso jurídico. Pois que não sendo possível encontrar essa natureza pura, como separar o que deve ser naturalmente recebido daquilo que já pode ser juridicamente construído como a coisa? “Se, a propósito de VIEHWEG, alguém falou de «retorno à Idade Média», acerca desta ontologia hermenêutica poderia falar-se de retorno à horda” - ORLANDO DE CARVALHO, «Para um Novo Paradigma Interpretativo», cit., p. 5. Tudo razões que justificam o ceticismo de Autores como ENGLISH relativamente a categorias como a natureza das coisas, direito natural e outras que tais. Aliás, como escreve ZIPPELIUS: “Forscht man nach den grundlegenden

quando dois casos são «iguais», exige o complemento de um critério material que permita ajuizar em concreto da igualdade ou da igualdade relevante.»⁵⁰

Ora, como alertava ORLANDO DE CARVALHO, “esse paradigma só pode achar-se no projeto de sociedade que toda a sociedade incorpora... [e] que corresponde ao modelo de convivência que ela realiza”,⁵¹ em função da nossa “própria condição de animais conviventes e dialogantes.”⁵² Ou seja, esse paradigma encontrar-se-á no arquétipo, no “princípio genético conformador e informador” da “sociedade *hic et nunc*”⁵³ e que passa pela “realização da pessoa na comunidade e da comunidade na pessoa”,⁵⁴ tendo em conta a natureza de *zoon politikon* do

Wertungen, die das Bild von der ‘wahren Natur’ bestimmt haben, so stößt man oft einfach auf überkommene Gerechtigkeitsvortellungen oder auch nur auf eigene Rechtsgefühl des Autors” - REIHOLD ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie (Ein Studienbuch)*, 3.^a ed. Munique, 1994, p. 97-8.

De resto, “ao jurista não interessa a classificação zoológica dos animais” (KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 535), o que, aliás, justificará alguma “estranheza do leigo face à (...) falta de *naturalidade* da Jurisprudência” (K. ENGLISH, *Introdução*, cit., p. 16, ilustrando depois com o exemplo do regime da paternidade como os dados biológicos não são determinantes para o direito).

⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia*, cit., p. 256.

⁵¹ «Para um novo paradigma interpretativo», cit., p. 83.

⁵² ORLANDO DE CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica («seu sentido e limites»)*, 2.^a ed. Coimbra, 1981, p. 26. Esta referência ao estado zoológico do ser humano, em que o homem (de modo algo narcísico e apesar de tudo...) se autoqualifica como *homo sapiens sapiens*, é da maior importância, colocando-o em correspondência com a sua natureza para assim “estar em paz com a Vida” e “pôr-se em contacto com o próprio coração” (*ses-shin*, em linguagem do Budismo Zen), do qual “brota ternura e compaixão funda (em japonês, *jihhi*) com todas as coisas e pessoas: se não a tenho (*busshou*), sou um ‘cimbalo que retine’ (1 Cor 13, 1).” JUAN MASIÁ, *A Sabedoria do Oriente: Do Sofrimento à Felicidade*, introdução de Anselmo Borges, Lisboa, 2003, p. 224-5. Ao mesmo tempo, porém, tenha-se presente que a natureza zoológica do ser humano pode servir de exigência de fundamentação científica da ordem jurídica na evolução das espécies, no sentido de justificar medidas eugénicas reclamadas por uma *social engineering* (sobre as ressonâncias eugénicas em Portugal, vide ANA LEONOR PEREIRA, *Darwin em Portugal: Filosofia, História, Engenharia Social (1965-1914)*, Coimbra, 2001, p. 479 s, ilustrando como vingou a “prudência jurídica” e o “bom senso prevaleceu” em Portugal num tempo de medidas eugénicas radicais na Europa e nos EUA - p. 508 s). Aspeto este que, de resto, está na ordem do dia, apresentando a «tecnociência» uma “aterrorizadora” alternativa ao direito (F.J. BRONZE, *Lições*, cit., p. 522-3), em vista dos «progressos tecnocientíficos» da genética, com a promessa de “um admirável mundo novo” (HUXLEY) e de um “novo homem” fundado em «genes dignos» ... - vide JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Os genes do nosso (des)contentamento (dignidade humana e genética: notas de um roteiro)», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 77 (2001), p. 163 s.

⁵³ ORLANDO DE CARVALHO, «Para um novo paradigma interpretativo», cit., p. 84.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 92. O papel do direito ao serviço da dignidade da pessoa humana é um aspeto nuclear da obra de CASTANHEIRA NEVES, podendo dizer-se que nela encontra o princípio normativo do Direito (cf. BRONZE, *Lições*, cit., 13.^a Lição, pp. 417 s, apontando ao princípio normativo, em paráfrase a HABERMAS, uma “função de *pacemaker* (...) do direito vigente” - p. 430, mas onde poderíamos encontrar o próprio coração do Direito do nosso

ser humano. E é justamente pela mediação do Homem, essa “medida de todas as coisas”, como disse PROTÁGORAS, que se surpreende “o encontro do jurídico com a justiça, da **aequitas** com a **societas** [e cuja condição primeira] é não ser excluído.”⁵⁵

Terminando, com DANTE no seu tratado *De Monarchia*: “*Realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta, corrumpit*”.⁵⁶

tempo); sobre o valor da pessoa humana como pressuposto da justiça e paradigma da justiça ver, por ex., A. CASTANHEIRA NEVES, «A Imagem do Homem no Universo Prático e O Direito como alternativa humana», in *Digesta*, I, Coimbra, 1995, p. 314 s e 287 s; v. ARTHUR KAUFMANN, «Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa», *Boletim da Faculdade de Direito*, 78 (2002), p. 183 s (“as criaturas humanas só se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas” – p. 206 - trad. F.J. BRONZE).

⁵⁵ «Oração de Sapiência: Ius — Quod Iustum?», cit., p. 15 (o que implicará, segundo o “imperativo categórico” de ROUSSEAU: “que nenhum cidadão seja tão opulento que possa comprar um outro, e nenhum tão pobre que seja constrangido a vender-se”).

⁵⁶ *Apud* PÉREZ LUÑO, *Aspetti e funzioni dell'equità*, cit., p. 856.