

EDITORIAL

O CONCEITO DE MERECEMENTO DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO

O controle do merecimento de tutela dos atos da autonomia negocial ingressou no debate jurídico brasileiro há cerca de 30 anos e, desde então, tem suscitado interminável controvérsia.

Há um primeiro grupo de autores que considera que aludida noção, prevista no §2º do art. 1.322 do Código Civil italiano, não seria aplicável ao direito brasileiro, por inexistir entre nós semelhante previsão legislativa. Tratar-se-ia, portanto, de importação indevida do aludido dispositivo, pelo qual as partes podem concluir contratos atípicos “desde que sejam destinados a realizar interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento italiano”. Para essa orientação, nada justificaria o crivo judicial para além do juízo de licitude. Em se tratando de ato lícito, seria indevido o controle interpretativo do ato de autonomia. Esse entendimento tem suas raízes na convicção de que a liberdade de contratar constitui valor pré-jurídico, advindo do direito natural. A vida em sociedade – e, em consequência, o direito posto – imporiam limites traduzidos nos atos ilícitos, assim considerados pelo legislador em determinado momento histórico. Afora tais previsões normativas, o controle adicional importaria em indesejada intromissão no espaço de liberdade individual.

Tal formulação, contudo, desconhece que, ao aplicar uma regra qualquer, o magistrado vale-se, necessariamente, de princípios e valores que compõem o ordenamento, para assim determinar o conteúdo das decisões, conduzindo-as da fragmentação casuística à unidade axiológica indispensável ao reconhecimento do ordenamento como sistema. Portanto, não se pode aplicar a regra isoladamente, ainda que apropriada ao caso concreto, sendo necessário considerar conjuntamente as normas inseridas no ordenamento. Ao propósito, a técnica da ponderação como mecanismo indispensável à atividade interpretativa demonstra que o texto legislativo se mostra incompleto e que a decisão judicial traduz procedimento voltado à construção da norma no caso concreto. Por esse mesmo motivo, a atividade do intérprete não se esgota no exame da compatibilidade do ato à determinada previsão legislativa específica.

De outra parte, uma segunda corrente trata o juízo de merecimento de tutela como controle de abusividade. Seria merecedora de tutela a atividade comercial não abusiva. A equivalência, contudo, tornaria a noção ociosa; não sendo consentido supor, além disso, que o exercício regular de direito escapasse do controle axiológico do ordenamento como um todo. Uma terceira linha de entendimento, mais inquietante, pretende se valer do conceito para permitir acrescentar, subjetivamente, elementos metajurídicos, de ordem moral ou ética, que, extraídos da consciência social, vinculariam o magistrado no exame de licitude. Tal postulação não encontra fundamento no ordenamento jurídico e deve ser, mais uma vez, afastada.

Ao reconhecer as críticas acima sintetizadas, há ainda quem, na tentativa de conferir autonomia à noção de merecimento de tutela, procura reservá-la para hipóteses de casos difíceis. Segundo tal entendimento, somente no caso de colisão de direitos igualmente protegidos seria autorizado ao intérprete verificar qual das posições jurídicas, ambas lícitas, mereceria tutela jurídica no caso concreto, por melhor se justificar à luz do ordenamento. O raciocínio, entretanto, em que pese o mérito de buscar função específica para o conceito, peca por desconhecer que a atividade de interpretação e aplicação da norma jurídica é unitária e inafastável a toda e qualquer decisão, à qual se incorporam regras, princípios e valores do ordenamento, parecendo por isso mesmo arbitrária a distinção entre casos difíceis e fáceis.

Por esse motivo, contrapondo-se a tais orientações, há de se identificar a imprescindibilidade do conceito de merecimento de tutela de modo consentâneo com o processo hermenêutico assim proposto, vinculado ao controle funcional da atividade de interpretação e de integração do ordenamento. Daqui resulta que, ao lado do controle de licitude e de abusividade, exige-se a compatibilidade funcional na atividade em concreto com o sistema, por meio do controle de merecimento de tutela levado a cabo de forma permanente. Tal juízo valorativo, embora independa de previsão expressa – por ser inerente à noção de ordenamento unitário, coerente e sistemático –, mostra-se por vezes previsto pelo legislador, que invoca a atuação do magistrado para, em diferentes cenários e com diversas ferramentas, calibrar a incidência normativa de acordo com as circunstâncias fáticas.

Vê-se nessa direção o dever de redução de cláusula penal e a autorização ao recurso à equidade (art. 413, Código Civil); a conversão do negócio jurídico nulo (art. 170, Código Civil); a execução específica de contratos preliminares, com eventual complementação de lacunas pelo magistrado, determinando a sua execução específica (art. 463, Código Civil); a interpretação contratual mais favorável ao aderente no caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 423, Código Civil); a revisão e resolução contratuais por excessiva onerosidade (arts. 317 e 478, Código Civil).

Do mesmo modo, para além da compatibilidade (estrutural) da forma à celebração de certos negócios, conforme previsto pelo legislador, mostra-se insuperável o controle (funcional) do merecimento de tutela da forma adotada pela autonomia privada para o alcance dos fins desejados. A correspondência entre a forma e a finalidade pretendida não se revela arbitrária, devendo atender ao princípio da economia dos atos, à otimização do tráfego negocial e à proteção de terceiros interessados. Também na hipótese de colisão entre interesses legítimos, mediante a ponderação, cabe ao intérprete (não em caráter excepcional, mas ordinariamente) definir qual situação jurídica merece tutela.

Como se vê, assim como o conceito de causa contratual, o controle de merecimento de tutela, embora não previsto expressamente no Código Civil, mostra-se inseparável da atividade interpretativa, tornando-se a sua compreensão indispensável para que ordenamento jurídico possa atender à sua função promocional, preservando-se sua unidade sistemática e potencializando-se os modelos da autonomia privada, típicos e atípicos, a partir da tábua axiológica definida no Texto Constitucional.