

ASPECTOS DE ALGUNS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS HERMENÊUTICOS PARA O CONTEMPORÂNEO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UMA REFLEXÃO CRÍTICA

Luiz Edson Fachin*

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Impende fazer algumas esclarecimentos iniciais. Apre(e)nder a abrangência e o significado de *hermenêutica* está para além de relacioná-la à acepção semiológica de pura e simples *interpretação de signos* ou à concepção jurídica de *conjunto de regras e princípios interpretativos*. Não se pode reduzir, etimologicamente, tal apreensão ao radical de *herméneutikê* como sendo a “arte de interpretar” relacionada tão somente ao estudo gramatical e retórico.

Tal complexidade evidencia, por si só, os limites iniciais do presente exame, claramente assumidos desde este preâmbulo. Ademais, tempo e espaço delimitam saberes e contextos.

Faz-se necessário partir da chamada *crise da razão ocidental* e de suas diferentes fontes, as quais refutaram o humanismo clássico que alicerçava a racionalidade até então vigente, a fim de se saber quais linhas de pensamento despontaram no início do século XX e em qual delas melhor se encaixa a chamada *filosofia hermenêutica*.

* *Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná); mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional; atuou como colaborador no Senado Federal na elaboração do novo Código Civil brasileiro; membro da Associação Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.*

Isso feito, e em certa medida pautando-se pelo que se pode haurir, nesse campo, das teorizações de Hans-Georg Gadamer, investigar-se-á o *fenômeno hermenêutico* aplicado à ordenação sistemática do Direito, buscando-se problematizar as possibilidades quer de restringir a hermenêutica a cânones científicos determináveis, quer de reduzir no sistema jurídico a hermenêutica apenas a ter vez quando do surgimento de uma “lacuna normativa”, e quer ainda de equivaler *hermenêutica à interpretação*, implicando ou não equívocidade elementar.

Por derradeiro, nos limites deste exame, tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva cujo *dever* encontra-se orientado pela *aletheia* de conceitos e relações jurídicas submetidos à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção do *ser* como *humano* de necessidade e liberdade, *constituído dialeticamente* por intermédio de sua própria *ação*.

Anima o presente estudo, a partir de uma alavanca histórica e um determinado estímulo filosófico, sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro.

2 – CRISE DA RAZÃO OCIDENTAL: BREVES APONTAMENTOS

Se da superação de um dado paradigma da cognoscibilidade fez-se premente o renascimento da *scientia* clássica no século XVI, rompendo-se definitivamente com a mentalidade medieval, não menos verdade é o fato de que a promoção deste conhecimento lastreou o desenvolvimento da racionalidade moderna, levando à ebulição política, que já se sagrava, de algum modo, no plano econômico e social; a manutenção dos privilégios da nobreza, já no apagar das luzes do século XVIII, não mais se fazia possível. Revolucionou-se, pois, não apenas uma sociedade, mas sim uma cultura e, por que não, uma certa racionalidade.

A um determinado conceito de metafísica clássica que outrora havia sido resgatado e lapidado sob o método cartesiano, que pela lógica matemática chegou à existência do *ser* pelo *pensar*¹, passa por uma forte turbulência, a qual pode ser apreendida como processo crítico de constante questionamento e (des)construção, cujo desiderato não poderá ser outro senão aquele que tem sua síntese numa revolução epistêmica.

1 DESCARTES, René. *Discurso do Método – Quarta Parte*. p. 19. Disponível em: <http://www.espa-coetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

Como se sabe dos fundamentos elementares, Comte deixou seu legado à ciência pela elaboração do *método científico positivista*², que buscava observar e explicar os fenômenos isoladamente considerados, incluindo-se aqui os *atos sociais*. Neste caso, o Direito foi cientificamente concebido na busca pela regulamentação dos fatos sociais por aquilo que se denominou de Estado, que elaboraria leis abstratas para prever e orientar as pessoas segundo um juízo de *dever ser* das condutas humanas. Os fatos se tornam gerais e abstratos compondo as leis e, do estudo destas, inaugurar-se-ia, pois, uma nova ciência, que desvinculou fato e norma, tomando esta por objeto.

O quadro não era linear nem imóvel. A exemplo, criticando a conformação social do século XIX, Nietzsche extraiu de sua externalidade política, cultural e organizacional a *vontade de poder* – uma necessidade histórico-psicológica do existir humano que visa “imprimir no *dever* o caráter de *ser*”³. Escancara-se, pois, a contradição intramuros não apenas da *coisa em si*, mas do próprio *sujeito racional*⁴.

Além de colocar em xeque a própria concepção de *sujeito racional*, Nietzsche procede a uma crítica feroz da moral e da própria formação cultural da sociedade, suscitando que os *significados* e os *valores* vigentes na sociedade são relativos e mutáveis, fruto de sua própria historicidade, inexistindo, assim, uma verdade absoluta⁵.

Há mais ainda nesse quadro de ebulições, nomeadamente no campo da filosofia. Assim, Marx, influenciado em boa medida pelo materialismo de Feuerbach e pela dialética de Hegel, elaborou um método novo, diferente daqueles até então existentes para o estudo das ciências sociais, o *materialismo histórico-dialético*. Por meio deste método, dedicou-se ao estudo das relações sociais e propugnou que a conformação social dos indivíduos, estratificados em classes, tratava-se do resultado histórico das relações de produção e de exploração praticadas pelo homem “nas relações materiais da vida”⁶. Depreende-se, assim, em cenário de clara conformação do Direito dentro do sistema econômico.

Ponderou Marx que as relações tidas em sociedade estavam na *infraestrutura* de um sistema cuja *superestrutura* estava ordenada à manutenção dessas

2 Para citar o básico: COMTE, Auguste. “Curso de filosofia positiva”. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 3.

3 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 316.

4 Ibidem. p. 291.

5 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 172-175.

6 MARX, Karl. *Obras escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982. p. 530.

relações de exploração por meio de aparatos tanto materiais quanto *ideológicos*. Nesse sentido, os valores disseminados socialmente por meio da religião e da moral condicionam ideologicamente o pensamento do homem, alienando-o e escamoteando as relações de exploração historicamente estabelecidas, conduzindo a uma “compreensão invertida dessa história ou à abstração total dela”⁷.

Deste modo, sem embargo de uma síntese reducionista, é possível afirmar, para os fins deste ensaio, que da crítica à metafísica clássica levada a cabo pelo positivismo de Comte, pelo niilismo de Nietzsche e pelo materialismo histórico-dialético de Marx emergiram diferentes posicionamentos no início do século XX, a saber: (i) provinda da noção de *ordem e progresso* trazida pela ciência positiva e pelo método científico, surgiu a Escola Positivista do Direito, que teve por expoente Hans Kelsen; (ii) derivado das críticas marxistas, sobreveio a Escola de Frankfurt, marcadamente preocupada com o aspecto social do homem e com as relações de exploração, manifestando, inclusive, especial interesse sobre a *arte* e sobre a *técnica* em uma perspectiva crítica; (iii) das críticas de Nietzsche, sobreveio a Filosofia Existencialista, cujo pensamento foi fortemente influenciado pela fenomenologia de Husserl e cujo estudo buscou a compreensão do homem em si, sobre como ele se coloca no mundo e quais eram os seus anseios pessoais, existenciais.

Tal sucinta apreensão fornece, nos seus limites, os primeiros pilares para assentar a presente reflexão.

3 – A PRÉ-COMPREENSÃO DE GADAMER: O MAGISTÉRIO DE HEIDEGGER

A partir da contextualização antes levada a efeito, chega-se ao pensamento de Martin Heidegger. Centrando sua filosofia sobre o *ser*, afirma que na modernidade houve um *esquecimento do ser* em prol do *ente*. Para ele, haveria uma diferença ontológica entre *ser* e *ente*, uma vez que enquanto o *ser* conforma uma questão estritamente humana, o *ente* diz respeito apenas à base material do *ser*. Ou seja, o *ente* é apenas um meio para que o *ser* se desenvolva.

Assim, Heidegger critica a ciência moderna – podendo-se assim se definir aquela desenvolvida a partir do método cartesiano – justamente por investigar o *ente* em detrimento do *ser*, colocando-o como objeto a ser entendido e estudado a partir de sua externalidade⁸.

7 MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 36.

8 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 78.

Partindo do problema do *ser*, Heidegger coloca que a questão da existência humana precede o pensar (*existo, logo penso*), conformando aquilo que ele define por *das sein (ser-ai)*⁹. O homem, assim, não é um sujeito, mas o conjunto homem-mundo em um dado tempo; o homem apenas existe se no mundo e se estiver nele inserto em um dado tempo.

Passemos em revista algumas ideias elementares, suficientes *quantum satis* para a análise em desenvolvimento.

Ser, portanto, é um problema *temporal*, e não puramente espacial. Concebido em um todo que abarca o *ente* e, portanto, o espaço, o *ser* tem uma dimensão histórica, segundo a qual o homem se coloca na história por meio da linguagem (maneira pela qual pretende cultivar o *ser*)¹⁰. O *ser* se manifesta pela cultura, cultivada pela linguagem, e que se apresenta como uma questão aberta, inclausurável, uma vez que a *linguagem fenomenológica* preenche-se pela intuição, “remonta as experiências de pensamento relativas ao mundo da vida que estão sedimentadas na linguagem, que originariamente também residiam à base da conceptualidade da tradição”¹¹.

A hermenêutica, para Heidegger, compreende a interpretação do objeto *ente* pela pré-concepção do intérprete *ser*, que só existe enquanto tal em um dado tempo. Assim, a *hermenêutica* se revela como *fenômeno* da *existência do ser*, que abarca ontologicamente a totalidade por traduzir o universo *ente* pela *compreensão* do sujeito *ser*.

Essa percepção vai migrar em relevante segmento do pensamento contemporâneo, como se verá.

4 – A FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE GADAMER

É nesse contexto, especialmente a partir dos ensinamentos de Heidegger, que Gadamer passa a desenvolver sua base hermenêutica, colocando-a como um *processo que está para além do puro e simples interpretar*, pois transcende o texto escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto. Segundo Gadamer, isso ocorre porque a hermenêutica sintetiza um processo inerente ao saber humano e que tem por escopo uma *pré-compreensão* ligada à existência humana e às suas experiências¹².

9 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 149.

10 Idem, 2005. p. 219-220.

11 GADAMER, Hans-Georg. “Heidegger e a linguagem”. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 27..

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403.

Avançemos um pouco mais nessa direção tentando-nos manter fiel ao afirmar-se que todo saber humano tem uma *pré-compreensão* porque não se pode desvincular a interpretação do *ser*, do intérprete enquanto pessoa humana inserida em um dado contexto histórico, social, econômico e linguístico, e que guarda consigo um arcabouço de saberes que irão influenciar tanto a sua análise quanto a própria maneira de expressar a sua interpretação¹³. Desse modo, segundo Lenio Streck, a “linguagem [é] a casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, *ter um mundo é ter uma linguagem*”¹⁴.

Para Gadamer, o intérprete deve estar disposto a dialogar com o texto para que, na proporção desta abertura, componha-se um plexo dialético entre aquilo que é lido e aquilo que é pré-concebido, firmando-se, então, uma nova (e única) compreensão, que substituirá (ou não) os *pré-conceitos* por *conceitos* novos e mais adequados¹⁵. O fenômeno hermenêutico deixa, portanto, de ser percepção, passando a ser *compreensão*.

Nesse sentido a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, e não um método que orienta a interpretação genérica visando à obtenção de uma dada verdade.

Restringir, desse modo, a hermenêutica aos cânones objetivos e fechados da ciência implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório enquanto *compreensão* do próprio *sujeito*.

Eis aí, pois, um primeiro passo do exame em desenvolvimento. Impende, agora, desdobrar tais delineamentos.

5 – HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM FENÔMENO CULTURAL ATRELADO À EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA ABERTO

Tendo-se em mente essa concepção gadameriana de hermenêutica – segundo a qual a *interpretação* é a *compreensão* do *fenômeno* pelo *ser* que já lhe tem uma dada *pré-compreensão*, decorrente de sua conformação espaço-temporal, e não um *método* hábil à constatação de uma *verdade* –, passar-se-á à hermenêutica jurídica.

13 Idem.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 166.

15 GADAMER, op. cit., p. 43.

Inicialmente, impende destacar que a ideia de *pré-compreensão* é comungada por aqueles que desenvolvem no Direito uma teoria hermenêutica crítica, pautada num sistema jurídico aberto. Entre nós, na teoria constitucional de Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma-se que “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um”¹⁶. A lição advém de Canaris, o qual sustentava que “a apreensão hermenêutica da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias”¹⁷.

Dito isso, para que seja possível a interpretação jurídica, deve-se reduzir a *objetividade possível* do Direito ao *conjunto de possibilidades interpretativas da norma*¹⁸. Deduzir, entretanto, essas possibilidades interpretativas da norma não é tarefa fácil, quiçá possível, especialmente porque não se pode desprezar a real dimensão da própria hermenêutica.

Tamanha é a dificuldade de objetivar o conjunto de possibilidades interpretativas que Karl Larenz, após afirmar que “interpretar é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe tinha deparado como problemático”¹⁹, assevera, em outro capítulo de seu livro, que esse sentido não é de fácil determinação, uma vez que o “seu significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso”²⁰.

Se fechado e hermético for o sistema, o rol de possibilidades interpretativas mostrar-se-á insuficiente à complexidade fática da questão sob análise, conduzindo à injustiça. E se aberto for, duas ponderações são possíveis.

Primeiramente, o sistema pode se revelar aberto àquilo que ele não pôde abarcar, dando-se azo a uma lacuna que deverá ser colmatada por critérios

16 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.

17 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LIV.

18 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9.

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 282.

20 *Ibidem*, p. 439.

hermenêuticos²¹. Em segundo lugar, um sistema pode-se revelar aberto por uma hermenêutica dialética, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade, tornando quase que impossível a *pré-determinação do conjunto de possibilidades interpretativas*.

Para Lenio Streck, a *tese das lacunas* existe para sustentar o Direito reproduzido de maneira *circular e controlada*, o que implicaria afirmar que o ordenamento é dinamicamente *autopoietico*, ou seja, que se reproduz por meio de sua *autorreferência*²².

Já a segunda tese deriva de uma concepção tanto mais complexa, que será adiante exposta, logo após uma breve investigação do *sistema jurídico* e da *revolução hermenêutica* levada a cabo na década de 1970.

Deste modo, para melhor se investigar o fenômeno hermenêutico, necessária se faz uma breve incursão à concepção de *sistema* e à sua estrutura, que restou recentemente modificada pelas teorias principiológicas do Direito.

Como se depreende, até este passo cumpre o estudo uma aproximação de pressupostos à luz de um debate central no Direito contemporâneo.

5.1 A abertura semântica do sistema jurídico: uma questão de princípio

Tal qual afirmamos em outra oportunidade²³, Tercio Sampaio Ferraz Jr., notadamente influenciado pela teoria luhmanniana, partiu do anseio de Emil Lask de *integração* do Direito para traçar a importância da *sistematização* da Ciência Jurídica, que tem na globalidade o seu fim último. Para ele, o *sistema*

21 Esses critérios referem-se à hermenêutica enquanto método, o que não é objeto do presente trabalho, entretanto seguem aqui arroladas as diferentes *técnicas interpretativas* mencionadas por Lenio Streck: “a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (método gramatical); b) apelo ao espírito do legislador (método exegético); c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (método histórico); d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (método dogmático); e) análise de outros sistemas jurídicos (método comparativo); f) idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social (método da escola científica francesa); g) análise sistêmica dos fatos (método do positivismo sociológico); h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (método da escola do direito livre); i) interpretação a partir dos fins (método teleológico); j) análise linguística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático); 1) compreensão valorativa da conduta através da análise empírico-dialética (egologia); m) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (método tópico-retórico).” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 98.

22 Ibidem. p. 91.

23 FACHIN, Luiz Edson. *Principios del Derecho Civil Contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñoz, 2011. (no prelo).

jurídico fundar-se-ia sobre (a) o repertório de elementos que o integram; (b) a estrutura que o organiza; e (c) a unidade que lhe confere coerência interna²⁴.

Dentro desta filosofia, os princípios são pensados intrassistemicamente, conferindo ao sistema jurídico o aporte, a unidade e a coerência necessários, de forma que todas as demais regras (elementos) estruturar-se-iam sobre eles. Esta é, entretanto, uma relação apenas entre normas, deixando-se de lado o poder normativo dos fatos. Tal horizonte amputou possibilidades e fez emergir relevantes cenários renovados.

Com a *virada hermenêutica* do final da década de 1970²⁵, marcada pela valorização da Filosofia do Direito, conferiu-se abertura semântica ao Direito, passando-se a valorizar a *heterogeneidade* social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos *princípios*.

Abre-se aqui uma especial atenção aos princípios.

Inicialmente preocupado em traçar uma crítica ao positivismo sistêmico (*general attack on Positivism*)²⁶, Dworkin classificou as normas como gênero do qual derivam as espécies *princípios* e *regras*. Estas seriam aplicáveis segundo o método do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) – sendo válida, a regra seria aplicável, do contrário, não –, enquanto que aqueles necessitariam de um método de *ponderação*, segundo o qual seria necessário avaliar o *peso* dos princípios colidentes (*dimension of weight*) para aplicá-los corretamente. Neste caso, os princípios em choque seriam igualmente válidos, mas não seriam igualmente aplicáveis²⁷.

Amparado quiçá em alguma medida nas teorizações de Dworkin, Robert Alexy afirmou que os princípios seriam verdadeiros *mandados de otimização*²⁸, os quais deveriam atuar conjunta e paralelamente às regras, de forma a concretizar, por meio delas, sempre que possível, as suas finalidades intrínsecas, podendo, assim, variar de acordo com as vicissitudes do caso concreto. Vale mencionar que, para Alexy, regras são necessárias, haja vista o modelo exclu-

24 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

25 BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 395.

26 DWORKIN, Ronald. "Is law a system of rules?" In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977 p. 43.

27 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

28 ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica". In: *Doxa*, nº 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988 p. 139-151.

sivamente principiológico (*Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduzir à inoperabilidade prática do próprio ordenamento, que seria incapaz de concretizar *in casu* aquilo que ele próprio propõe²⁹.

Deste modo, Dworkin e Alexy possibilitaram a abertura semântica do Direito ao acolher e sustentar que os próprios princípios que lhe dão fundamento também podem entrar em choque, devendo-se ponderá-los de acordo com o caso concreto. Tal proceder, como se sabe, não é imune à controvérsia.

Para essa abertura semântica, de qualquer modo, necessária se faz a compreensão do Direito como um sistema aberto, e não mais como um sistema fechado de normas, como previa a lógica positivista.

É necessário, nada obstante, compreender os reflexos dessa ordem de ideias para o Direito Privado.

5.2 O Direito como um sistema dialeticamente aberto

No caminho traçado, as linhas dos pressupostos buscados remetem a Claus-Wilhelm Canaris ao afirmar que a concepção de Direito como sistema possibilita sua unidade, sendo esta não apenas um pressuposto positivista de validade das normas hierarquicamente arranjadas, mas a verdadeira constatação do princípio da igualdade, o qual é inerente à ideia de justiça material³⁰. Nesse contexto, Canaris concebe a *hermenêutica* como a doutrina hábil a estabelecer critérios de objetivação dos valores que atuam com papel decisivo dentro do ordenamento jurídico³¹.

O autor afirma ser necessária a *adequação valorativa dos conceitos jurídicos* pelos *princípios* do sistema, o que implica afirmar que aos conceitos fechados incide uma valoração segundo a ordem principiológica, possibilitando-se a abertura do sistema e, por consequência, a manutenção de sua unidade.³²

Tal sentido teve (e tem) larga repercussão e acolhimento. Nesse sentido está Ricardo Luis Lorenzetti, para quem “o Direito não é um sistema meramente dedutivo, [mas] sim um *sistema dialético*, orientado ao problema, é uma

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.146.

30 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 18.

31 *Ibidem*, p. 33.

32 *Ibidem*, p. 83.

recopilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático”³³.

Juarez Freitas afirma que após a constatação da complexidade do fenômeno jurídico, convém ao Direito ser tido como um sistema aberto, “*potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente*”³⁴, cuja melhor significação se traduz pelo desvendar do alcance de cada um de seus preceitos normativos hierarquicamente estabelecidos num *todo aberto*, visando sempre à “resolução eficiente e eficaz dos conflitos individuais e coletivos”³⁵. Daí porque “ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”³⁶.

Neste ponto, Juarez Freitas se refere à ordem dialética que deve perpassar a hermenêutica jurídica, cuja solução não se conforma num único brocardo nem pode ser reduzida a uma fórmula, mostrando-se sempre aberta àquilo que emana da sociedade e a fundamenta axiologicamente.

Celso Ribeiro Bastos traduziu, a seu turno, a *interpretação jurídica* como *fenômeno cultural* e lembrou-nos do óbvio, mas que não raramente é esquecido quando da aplicação da norma: de que *o Direito é apenas um sub-sistema*, dotado de certa autonomia didática, de um todo mais genérico, qual seja, o *sistema social*³⁷.

Deste modo, pode-se verificar que o Direito é um sistema aberto, mas não só. É um *sistema dialeticamente aberto*, que deve ser *compreendido* por meio de uma hermenêutica crítica, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da *dignidade da pessoa humana*, e à contraprova da realidade.

Assim, crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios não tardaram a correr a hermenêutica civilista e a rapidamente ganhar força e voz, cuja mais expressiva talvez seja a de Pietro Perlingieri. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta hermenêutica verdadeira *Virada de Copérnico*.

33 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 80.

34 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

35 Ibidem, p. 82.

36 Ibidem, p. 65.

37 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 19.

Não se trata de herança nem mesmo de legado; nada obstante, uma linha que beneplacita, de algum modo, sem reducionismos da teoria constitucional, um olhar diferenciado, como se expõe.

6 – HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Perlingieri foi um dos precursores da intitulada *constitucionalização do direito civil*, que buscou nos princípios e valores constitucionais, democraticamente erigidos, a (res)significação dos institutos do direito civil, promovendo a chamada *repersonalização do direito privado*, que deslocou o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si.

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e demais leis à Constituição Federal compreende hoje uma “teoria da interpretação inspirada no personalismo e na preeminência da justiça sobre a letra dos textos”³⁸, cuja contribuição sintetiza uma dupla tentativa: de superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais.

A essa tentativa dúplici deve ser acrescentado um dever que está para além dos cânones hermenêuticos rigidamente concebidos, compondo um *dever de práxis*, de aplicação prática dos princípios e das normas constitucionais, cujos limites transcendem o mero raciocínio silogístico de subsunção para compor uma lógica inversa, segundo a qual o fato informa a norma, e não o contrário³⁹.

Tomando-se por base a hermenêutica de Gadamer, quando um juiz interpreta uma norma – que, geral como é, “não pode conter em si a realidade prática com toda sua correção”⁴⁰ –, adaptando-a aos anseios de um novo tempo, ele está a resolver um problema prático, o que não significa que sua hermenêutica é arbitrária ou relativa. Pautando-se em Aristóteles, Gadamer afirma que “o justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.”⁴¹

38 PERLINGIERI, Pietro. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

39 Perlingieri afirma que a força de emancipação da praxe como tal se revela pelo direito material (em oposição ao direito formal), pela supremacia da Constituição material, pelos “atos que têm força de lei”. PERLINGIERI, Pietro. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

40 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 473.

41 Ibidem, p. 472-473.

No Brasil, especial destaque e relevo tem a obra e o pensamento de Gustavo Tepedino nessa direção apontada.

Aceitar que o ordenamento sempre conformará uma *contradição em potencial*, conforme concebe Lorenzetti e Juarez Freitas, exige uma “consciência crítica e dialética para com a realidade (...), [cuja] centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas”⁴². Verifica-se, pois, ser esta a consciência necessária para uma hermenêutica crítica do Direito, uma vez que “o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação”⁴³.

Perlingieri chama a atenção ao dinamismo e à complexidade do Direito e de seu conteúdo, afirmando que a *sensibilidade jurídica*, formada no seio do próprio direito positivo, porém arrimada em valores sociais, é o maior contributo do Direito Civil Constitucionalizado à doutrina hermenêutica, pois “a apropriação desta sensibilidade se traduz na aquisição de um instrumento lógico e com argumentos para utilizar não mecânica e repetitivamente, mas conhecendo os seus fundamentos culturais e as consequências também socioeconômicas de sua aplicação”⁴⁴.

Esta dinamicidade representa o eterno embate entre teoria e práxis, e que, à visão de Gadamer, devido ao suposto objetivo dogmático da teoria, também contribuiu para que a hermenêutica jurídica se separasse do conjunto de uma *teoria da compreensão*⁴⁵.

Destarte, as leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da *dignidade pessoa humana* na permanente dialética entre a norma e fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.

Ignorar a realidade no estudo do Direito é negar a própria ciência jurídica, uma vez que esta não se encerra em um conjunto de regras e princípios interconectados. O Direito compõe-se de uma *função ordenadora* para compor a estrutura de um todo maior, denominado *estrutura social* ou *realidade*

42 PERLINGIERI, op. cit., p. 57.

43 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

44 PERLINGIERI, op. cit., p. 59.

45 GADAMER, op. cit., p. 483.

*normativa*⁴⁶. Nesse sentido, “é indispensável que tanto o direito quanto a sua teorização não percam jamais o sentido da realidade”⁴⁷.

Àqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil por não guardar um método único ou regras que melhor a definam, conferindo-se, assim, maior previsibilidade ao destinatário da norma, responde-se que o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência, assim como a hermenêutica não é o método por esta usado, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significado ou significante, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*.

Embora se afirme que o Direito pertence à superestrutura da sociedade, reproduzindo as relações de dominação existentes na história social, inolvidável é o fato de que o Direito tem origem plúrima, que não se limita à fonte da qual emanam as leis. Nesse sentido, “o direito é estrutura da sociedade, força promocional transformadora, [sendo que] entre direito e ciências sociais não há reprodução mecânica, mas dialética contínua”⁴⁸. Assim, o Direito está na sociedade sem nela se esgotar em pura e simples normatividade.

Reconhecer as necessidades do presente e incorporar ao Direito aquilo que a sociedade e a cultura lhes têm para oferecer ainda no plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma, como já dito, um dever de *práxis*, o qual, na atividade do jurista, implica a adequação da lei genérica e abstrata às necessidades do presente e do caso sob análise.

Este processo hermenêutico de adequação da lei às necessidades hodiernas não se revela arbitrário na filosofia gadameriana porque é pensado no *ser* inserto em um dado *tempo* e *lugar*, o que acaba por circunscrever a sua *compreensão* e sua *interpretação* ao *conhecimento* e ao *reconhecimento* de um sentido vigente⁴⁹. Há, pois, uma intermediação jurídica entre lei e fato presente por um intérprete que não elege arbitrariamente determinado *ponto de vista*, pelo contrário, este já lhe é dado anteriormente⁵⁰. Além do que, as normas de vinculação ética, conforme já explicitado, têm vinculação geral e determinação precisa.

46 PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

47 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 54.

48 PERLINGIERI, op. cit., p. 172-173.

49 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 487.

50 Ibidem, p. 488.

Para Perlingieri, esse ponto de vista, essa *visão de mundo* é um conceito plúrimo, que se apresenta ao sujeito pela sua própria cultura, compreendendo os valores éticos, morais, religiosos e econômicos que decorrem da vida em comunidade e à qual o jurista não será estranho ou indiferente quando aplicar as normas codificadas, uma vez que dela ele não poderá se livrar⁵¹.

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso de *aplicação, de concretização da lei*, cabe ao juiz a *complementação produtiva do direito* por meio de uma *ponderação justa do conjunto* que lhe foi apresentado⁵².

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus *princípios e valores fundamentais*; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do *ser humano* e de sua *dignidade*.

No tocante à conformação da hermenêutica, filiamo-nos à crítica de Lenio Streck, que propôs a eliminação do “caráter de ferramenta da Constituição”⁵³, uma vez que esta não é ferramenta, mas verdadeira *constituente*.

A Constituição deixa, assim, de ser vista apenas como um texto legal dotado de maior hierarquia para ser algo mais; passa a ser também um “*modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito*”⁵⁴. Gustavo Tepedino afirma que a hermenêutica civil-constitucional permite o revigoramento do Direito Civil, aproximando-o da realidade e, com isso, conferindo-lhe eficácia social⁵⁵. Com efeito, em nosso modo de ver, aí se insere a metodologia constitucional do Direito Civil.

7 – À GUIA DE COMPREENSÃO

Como a *hermenêutica está para além do puro e simples interpretar*, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema *dialeticamente*

51 PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

52 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

53 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 287.

54 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

55 TEPEDINO, Gustavo. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.

Deste modo, é possível afirmar que a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, ou seja, objetivar a hermenêutica e reduzir-lhe a método interpretativo implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório como *compreensão* do próprio *sujeito*.

Tendo por pressuposto essas *compreensões*, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto. É assim que a permanente dialética entre a norma e o fato resulta na constante reinvenção e renovação do Direito.

Aqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil, impende fazer-se três afirmações: (i) que o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência, e nem a hermenêutica ao método, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significante ou significado, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*; (ii) que o intérprete está inserto em um dado *tempo* e *lugar*, o que acaba por circunscrever a sua *compreensão* e sua *interpretação* ao *conhecimento* e ao *reconhecimento* de um sentido vigente; (iii) e que as regras gerais de comportamento ético, mesmo que não expressas, têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

Reconhecer aquilo que a sociedade e a cultura têm para oferecer ao Direito, o que inclui também o plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma um dever de *práxis*, segundo o qual é necessária a adequação da lei genérica às necessidades do presente e do caso sob análise.

Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico importa reler a própria hermenêutica jurídica – a qual não pode ser vista separadamente de uma *teoria da compreensão*, como se dela diferisse – para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a própria *ação* legítima do sujeito concreto como *constituente* de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona.

É somente por meio da *hermenêutica* como *compreensão* e *ação constitutiva* do próprio sujeito que se alcançará a imperiosa *sensibilidade jurídica* à

reinvenção e renovação do Direito, reconhecendo-se as necessidades do presente e conformando-lhe um *modo de olhar* socialmente eficaz.

É nessa via que sustentamos uma principiologia axiológica de índole constitucional, fundada numa dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito. São esses alguns dos aspectos que o presente ensaio traz à colação para debate.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”. In: *Doxa*, nº 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMTE, Auguste. “Curso de filosofia positiva”. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DESCARTES, René. *Discurso do método – Quarta parte*. Disponível em: <http://www.espacoetico.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18.06.2011.

DWORKIN, Ronald. “Is law a system of rules?” In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Principios del Derecho Civil Contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñoz, 2011. (no prelo).

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. “Heidegger e a linguagem”. In: *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ser e tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARX, Karl. *Obras escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982.

_____. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. *Além do bem e do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. “Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “O estudo do Direito e a formação do jurista”. In: *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.