

Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica (1)

Autor: Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da UFPR, Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Pós-Doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores canadense, colaborador na elaboração do novo Código Civil brasileiro no Senado Federal

publicado em 29.06.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Uma palavra inicial de agradecimento e de congratulações se impõe. De uma parte, expresso gratidão pela honra de ombrear a abertura das **Jornadas** ao lado do pensamento vivo do Direito Civil, iluminado pela voz dos juristas de nomeada que, acedendo ao convite do Ministro João Otávio de Noronha, aqui pontificam. Gratificado estou para aqui apresentar singela reflexão que humildemente trago à colação.

Registro, outrossim, a exemplar iniciativa e a oportunidade de recolocar na cena do debate a posição sobranceira do governo jurídico das relações interprivadas. É nesse contexto que emerge o relevo da interpretação, do papel do intérprete e da função dos princípios.

O significado de **hermenêutica**, como se sabe, 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 como sendo a “arte de interpretar” relacionada tão somente ao estudo gramatical e retórico.

Impende, então, problematizar o proceder que quer restringir a hermenêutica a cânones científicos determináveis, ou ainda, que quer reduzir, no sistema jurídico, a hermenêutica a ter vez apenas quando do surgimento de uma “lacuna normativa”, ou mesmo quando almeja, ainda, equivaler **hermenêutica** à **interpretação**, implicando ou não equivocidade elementar.

Assim, tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva cujo **devir** 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 esse horizonte sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro.

Em verdade, para fins de breve contextualização, impende registrar que a pretensão emancipatória que já informava a Modernidade deu lugar, sob muitos aspectos, ao paradoxo da negação do humano. A **razão moderna**, que, ao contrário do legado pela filosofia grega, acabou por se reduzir, quase que exclusivamente, a uma razão instrumental, conduz todo o saber a um viés cientificista. A crença na previsibilidade e na possibilidade de controle dos eventos reduz o saber a uma noção de ciência que abstrai o objeto e o sujeito, como entes entre os quais há inafastável cisão.

Essa razão instrumental é linear, traçando puramente uma relação direta entre meios e fins.

A pretensão de controle e previsibilidade, supostamente assegurados pela racionalidade instrumental, constitui a bússola do pilar regulatório da Modernidade, que se espalha por todos os saberes – o direito inclusive.

Com efeito, o jurídico, em sua construção moderna, apesar daquela pretensão emancipatória, foi estruturado sob essa razão instrumental regulatória que tem por objetivos centrais a previsibilidade e a segurança.

É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o de que o Direito teria, então, por função assegurar a “paz social”. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma “paz” – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico.

O ser humano concreto transforma-se em meio para essa estabilidade, na medida em que não é ele o fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal a que se denomina “segurança jurídica”.

Não se nega, por óbvio, que a segurança jurídica seja valor relevante, até mesmo como instrumento da tutela da dignidade da pessoa. O problema se situa na inversão de valores que faz da segurança formal princípio supremo, corolário da clivagem “real *versus* abstrato” a que a cisão da razão moderna conduziu o modelo de direito sob ela constituído.

No que respeita especificamente ao Direito Civil, três foram os caracteres fundamentais construídos com base nesse “racionalismo” fundado em uma razão instrumental: individualismo, patrimonialismo e abstração. Foi o tripé de base que se projetou para o governo jurídico das relações interprivadas, especialmente na doutrina e nos modelos de codificação.

Tal sistema, nada obstante, recebeu e recebe as vicissitudes da compreensão e da interpretação. É que a questão da existência humana precede o pensar (**existo, logo penso**), conformando aquilo que se define por *das sein* (**ser-aí**).**(2)** O homem, assim, não é um sujeito, mas o conjunto homem-mundo em um dado tempo; o homem apenas existe se presente no mundo e se estiver nele inserto em um dado tempo.

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.**(3)** O **ser** se manifesta pela cultura, cultivada pela linguagem, e que se traduz como uma questão aberta, inclausurável.**(4)**

O desenvolvimento dessas ideias evidenciou que a hermenêutica é um **processo que está para além do puro e simples interpretar**, pois transcende o texto escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto.**(5)**

Nesse sentido a hermenêutica conforma um **fenômeno interpretativo** como **compreensão do ser**, e não apenas 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, torná-la menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório como **compreensão** do próprio **sujeito**.

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 hermenêuticos.(6) Em segundo lugar, um sistema pode se revelar aberto por uma hermenêutica dialética, que submete perenemente as regras aos princípios constitucionais e à contraprova da realidade, tornando quase que impossível a **predeterminação do conjunto de possibilidades interpretativas**.

No Brasil, com a **virada hermenêutica** do final da década de 1970,(7) 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.

Por meio deles é possível 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 as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da **dignidade da pessoa humana**, e à contraprova da realidade.

Assim, a crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios não tardaram a influenciar a hermenêutica civilista, ganhando, rapidamente, força e voz. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta hermenêutica verdadeira **Virada de Copérnico**.

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e das demais leis à Constituição Federal compreende hoje uma “teoria da interpretação inspirada no personalismo e na proeminência da justiça sobre a letra dos textos”,(8) 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 dúplice 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 contrário.(9)

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”(10) –, 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”.(11)

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 da pessoa humana** na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que eventualmente imprevisível, resulta na constante 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 arquitetar a estrutura de um todo maior, denominado **estrutura social**

ou **realidade normativa**.**(12)** Nessa direção, “é indispensável que tanto o direito quanto a sua teorização não percam jamais o sentido da realidade”.**(13)**

Embora o Direito pertença à superestrutura da sociedade, inoxidável é o fato de que o Direito tem origem plúrima. 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”.**(14)** 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 lhe têm para oferecer ainda no plano hermenêutico, independentemente de 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.

Tome-se como exemplo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode incidir direta e imediatamente sobre as relações de Direito Civil; não se afigura como sustentável a barreira dogmática que outrora se pretendia erigir entre Constituição e Direito privado, segundo a qual somente se admitia a incidência do texto constitucional sobre as relações interprivadas por meio do “filtro” das normas e dos princípios próprios ao Direito Civil.

À luz dessa ordem de ideias, revela-se inequívoca a repercussão do princípio em tela na configuração do perfil contemporâneo dos pilares de base do Direito Civil: contrato, propriedade e família.

Os direitos fundamentais podem, assim, incidir direta e imediatamente sobre as relações interprivadas, por meio de sua eficácia horizontal (ou mesmo vertical, como bem ensina Ingo Sarlet, no pertinente aos poderes privados).

Com efeito, dúvida não há de que a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana parte da tópica, uma vez que não se trata de formular um conceito exauriente e abstrato de dignidade, mas, sim, zelar pela satisfação de necessidades fundamentais que propiciem aos sujeitos o livre desenvolvimento de capacidades individuais.

Utilizar princípios, por certo, é admitir ponderação de valores “*in concreto*” e buscar superar a simples subsunção lógica em favor de métodos de decisão, pelo que não cabe, aqui, a postura mecanicista da clivagem do discurso jurídico, da valoração *a priori*, das respostas *prêt à porter*.

De outro lado, não contrastam com essa racionalidade instrumentos de aplicação e repercussões diretas do princípio em tela para o Direito Civil contemporâneo.

A noção de que a norma jurídica se constrói topicamente não afasta a pertinência da sistematização.

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso de **aplicação**, de **concretização da lei**, cabe ao intérprete e aplicador a **complementação produtiva do direito** por meio de uma **ponderação justa do conjunto** que lhe foi apresentado.**(15)**

Dessarte, 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**.

Remarque-se: 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 aberto**, que submetta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.

Por isso, reafirmamos: a hermenêutica conforma um **fenômeno interpretativo** como **compreensão do ser**, ou seja, objetivar a hermenêutica e reduzi-la a método interpretativo implica diminuir a sua abrangência.

Tendo por pressuposto essas **compreensões**, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo 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.

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 diferísse – para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a **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 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, no dia de hoje, aqui trazemos à colação, almejando a todos excelente proveito, no evento que principia balizado por intérpretes que vão beneplacitar um horizonte de relevo para a hermenêutica do Direito Civil brasileiro contemporâneo.

Muito grato por vossa atenção.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. In: Doxa n. 5. *San Sebastián*: Universidad de Alicante, 1988.

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

BARRETO, 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, 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**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores)

DESCARTES, René. **Discurso do Método – Quarta Parte**. Disponível em: <http://www.espacoetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 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 Muñiz, 2011. (*no prelo*).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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.

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: Revista dos Tribunais, 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.

Notas

1. Palestra proferida no Superior Tribunal de Justiça – abertura das V Jornadas de Direito Civil – apresentação em 08.11.11. O autor registra o agradecimento ao pesquisador acadêmico Felipe Frank pela contribuição com as pesquisas que consubstanciaram o presente estudo, ao pesquisador acadêmico Rafael Corrêa pelo auxílio na sistematização das reflexões aqui expostas e ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski pelo intercâmbio de ideias.

2. A hermenêutica, para Heidegger, compreende a interpretação do objeto ente pela preconcepção 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. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 149.

3. Idem, 2005. p. 219-220.

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

5. 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. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403.

6. 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);

k) compreensão valorativa da conduta por meio da análise empírico-dialética (egologia);

l) 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.

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

8. 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.

9. 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.

10. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis: Vozes, 1997. p. 473.

11. Ibidem. p. 472-473.

12. PERLINGIERI, Pietro. Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente. In: **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

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

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

15. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html>

Acesso em: 23 ago. 2012.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS