

Para uma hermenêutica criativa e contemporânea

Ney Castelo Branco Neto

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Professor da Faculdade Salesiana do Nordeste, Advogado.

1. Introdução.

Ao juiz é dado desenvolver o direito não exclusivamente com fidelidade à lei, mas em harmonia com os anseios da vida, avaliando os interesses em jogo. Na verdade, há casos em que a ordem jurídica deve ser flexível e adaptável ao caso concreto, pois interpretar normas antigas com critérios atualizados cientificamente é privilegiar o ideal de justiça.

É possível constatar que na dogmática pura e simples não se tem uma base de raciocínio que deva ser sustentada pela cultura jurídica contemporânea. Isto significa que a flexibilidade da interpretação da norma e a busca por critérios não lineares na solução das controvérsias deve se fazer presente no Direito.

É assim que a hermenêutica passa a ter cada vez mais importância e um novo enfoque na contemporaneidade, onde os pressupostos metodológicos devem ser reavaliados em razão dos novos valores político-sociais impostos pela real racionalidade, isto é, ir além da norma no processo interpretativo é fundamental para o ajuste do descompasso das regras com os anseios do jurisdicionado e com o interpretar criativo calcado nos direitos fundamentais.

Theodoro Júnior¹ leciona:

O moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve a feição dispositiva, diante da postura de inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração *ex officio* de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (CPC, arts. 2º, 128 e 460)

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 80, 2009, p.73.

Tem-se a chegada da era de um ideal de Constituição, mais conhecido hodiernamente por *Constitucionalismo*, e isso representa um movimento onde a vontade dos povos se oriente por uma norma fundamental que consagre todas as aspirações (políticas, ideológicas, valorativas) prevalecentes em um dado momento histórico, de forma que as disposições normativas sejam plenamente eficazes e venham a se concretizar, realizando o direito.

Nos moldes de uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Judiciário na formação de políticas públicas e na própria condução do Estado, não cabendo ao Judiciário a participação - legítima e democrática - em decisões públicas.²

O fato concreto é que temos um Judiciário mais participativo, capaz de decidir conflitos de diversas matizes, a exemplo de questões de índole estritamente política. Nesse sentido, quais são os parâmetros utilizados no processo interpretativo e criativo atual?

Para responder a tal questionamento, há de se saber se a ordem e a segurança (ainda) estão legitimadas ou garantidas por um sistema incompleto e não totalmente contaminado por reflexões desta natureza.

Refletir sobre essas questões passa a ser um divisor de águas para o jurista comprometido com a criação de soluções interpretativas que busquem um referencial epistemológico longe da simples cultura normativista.

2. Hermenêutica criativa e contemporânea?

Em *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, Haberle³ propõe um método de interpretação constitucional que preveja a compreensão de todas as potências públicas e grupos sociais envolvidos ou que, de forma direta ou indireta, influenciem, no labor interpretativo dos agentes formalmente legitimados para produzir a norma em abstrato e em concreto.

O mesmo Haberle⁴ assim se posiciona:

² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p.12.

⁴ Idem, p.15.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

De modo lúcido Fernandez ressalta:

Um puro sistema de segurança e certeza jurídicas, indiferente ou contrário à justiça, constitui por si mesmo a negação do próprio direito. Daí porque, no plano metodológico, faz-se sentir a necessidade de superar os unilateralismos – quer do legalismo estrito, que privilegia a segurança em prejuízo da justiça, quer do judicialismo casuístico, que favorece a justiça com menoscabo das exigências essenciais de segurança-, mediante soluções que atendam equilibradamente à norma e ao caso, assim como às reclamações desses dois valores fundamentais do Direito, isto é, mediante soluções que tratem de alcançar um estado de coisas onde a justiça e a segurança jurídica em presença alcancem seu mais alto grau de vigência e eficácia possível.⁵

Konrad Hesse⁶ assegura que a Constituição contém uma força normativa que estimula e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado. Por sua vez, rejeita o que preconiza Ferdinand Lassale, quando afirma que o Direito Constitucional teria apenas a função de justificar as relações de poder dominantes.

O paralelismo entre teoria e prática jurídicas vem sempre condicionado na ideia de crise do direito, quiçá do próprio processo civil atual. O que não se pode, em nenhum momento do caminhar científico, é perder de vista a relevância dos princípios e regras como base para se obter diretrizes sólidas no pensamento jurídico.

Ávila⁷ assegura o seguinte:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões e circunstâncias do caso a julgar.

O desenvolvimento do direito e a interpretação da norma devem ocorrer de modo a permitir que a fruição do bem da vida se concretize em respeito à fundamentalidade.

⁵ FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*. São Paulo: Impacus, 2008, p.94.

⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34.

Há o desafio constante de compatibilizar o ativismo judicial dos tribunais com a separação de poderes, evitando-se uma usurpação de funções e uma interferência desmedida na esfera de competência das instituições republicanas.

Se uma regra é ambígua ou lacunosa, e ainda se no direito não se encontram padrões aceitáveis ou de pouca aceitabilidade em razão da natural incompletude do sistema, é necessário recorrer – paradoxalmente – a padrões *meta-jurídicos* para criar uma saída. É o ato valorativo e criativo que não é controlável. Daí é que devem os juízes decidir, trazendo consigo a consagração dos direitos em nossa Constituição: celeridade e fruição dos direitos fundamentais sob um enfoque pós-moderno.

Engisch⁸ demonstra que os conceitos absolutamente determinados são extremamente raros no direito, invertendo a posição que se tinha no século XIX. A indeterminação é decorrente da tensão natural do fenômeno lingüístico, podendo atingir os conceitos em maior ou menor grau, dependendo do contexto.

Na verdade, é chegado o momento de se buscar um referencial epistemológico que atenda à modernidade, eis que o modelo do discurso jurídico liberal-individualista e a cultura normativista se esgotaram.

O consagrado professor da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE -, Dr. Ivo Dantas, avalia o problema:

Sob o ponto de vista do conteúdo material (da constituição), impossível é fazer-se uma fixação de parâmetros que abarquem todos os textos constitucionais, isto porque, de época para época, como de sociedade para sociedade, variam os conteúdos das constituições, o que se justifica pela historicidade que caracteriza as ideologias políticas e os valores sociais.

É dizer, então, que a resistência positivista mantém os operadores do Direito ligados a um paradigma interpretativo que idolatra a supremacia das regras em detrimento de princípios constitucionais, o que torna ainda mais difícil a missão do Estado de espectro democrático de direito.⁹

Nas ciências humanas busca-se explicação para os fatos e suas ligações. Contudo, nelas aparece o ser humano com suas ações como objeto de investigação. Essas ações e as intrincadas relações interpessoais, que trazem resultados imprevisíveis, obrigam à introdução do ato de compreender junto ao de explicar. É

⁸ ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208

⁹ ISAIA. Cristiano Becker. *O Direito Processual e o Problema do Decisionismo Jurisdicional: da Subsunção à Integridade do Direito*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 70, 2009, p.9.

necessário, nas ciências humanas, captar o sentido dos fenômenos humanos; é preciso compreendê-lo, portanto, numa acepção valorativa.¹⁰

Alexy¹¹ questiona se é possível uma fundamentação racional das decisões jurídicas com critérios e objetivações de metas que traduzam a ideia reguladora do discurso real, consubstanciada em sua Teoria da Argumentação Jurídica. Para ele, a racionalidade e a universalidade proporcionam no discurso jurídico a legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais, de modo que propõe a observância a cânones interpretativos, os quais na verdade implicam a prática do próprio silogismo.

Ao referir-se à dogmática hermenêutica, Ferraz Júnior¹² elucida que a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica.

Já Müller¹³ critica a teoria da interpretação dominante, de vertente mais positivista, onde se limitam as formas de interpretação quanto aos métodos gramático, lógico, histórico e sistemático, pois tenta uma hermenêutica mais realista, evitando uma concepção simplista.

Interpretar é conhecer e decidir, compreendendo a norma diante da situação concreta. No âmbito das ciências jurídicas, a atividade de interpretação é essencial, consistindo numa tarefa indispensável à aplicação e realização do direito.

É preciso ter como ponto de partida o texto normativo, sabendo que a real construção do jurista se dá diante do caso concreto, sendo a norma justamente o produto da interpretação.

As mudanças no direito nada mais são do que adaptações à realidade social, onde a ordem jurídica necessita estar amparada por uma metodologia criativa, onde seja dada ênfase à construção de um comando normativo sensível às necessidades do jurisdicionado.

¹⁰ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

¹³ MULLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Siebte, stark erweiterte und bearbeitete Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

O sistema é garantido pela unidade e pela unicidade do ponto de partida; o fundamento de validade de toda norma, sua pertinencialidade a um sistema reconduz à norma fundamental.¹⁴

GOUVEIA¹⁵ com propriedade se manifesta, *in verbis*:

Cabe ao juiz, ao decidir casos concretos, considerar os aspectos normativo-fático-axiológicos que lhe são apresentados. Deve atuar valorativamente para, diante de um caso concreto, aplicar o comando normativo em sua forma mais justa e adequada à realidade social atual, utilizando-se das estratégias hermenêuticas viáveis, chegando a uma decisão justa, equitativa ou razoável.

Num Estado de feição democrática, impõe-se repensar a modalidade de interpretação, de forma que sejam superados dogmas da prática subsuntivo-dedutiva rumo à coerência na realização do direito. Não se defende a criação da norma a qualquer custo, onde a imprevisibilidade ganhe força, mas sim que a tensão entre segurança e justiça seja reavaliada.

Sem dúvida alguma a discussão metodológica atual confirma a importância da segurança e da ordem. Afinal, é princípio basilar do Estado Democrático de Direito o conhecimento e a não-arbitrariedade de suas decisões. Um grau considerável de previsibilidade deverá viabilizar os investimentos sugeridos pelo progresso e trazer confiança às relações sociais. O que se discute é a racionalidade deste novo saber concreto que trabalha com valores, conferindo algum nível de objetividade às decisões judiciais, de forma a submetê-los a uma instância de conhecimento e controle.¹⁶

A racionalidade envolve a hermenêutica, isto é, a concepção ontológica do direito e a sua argumentação e interpretação, de modo que os critérios metodológicos sejam consentâneos com o processo construtivo criativo e contemporâneo.

É assim que se torna realidade o entendimento das falhas da lógica tradicional, sustentada pela generalidade da norma, que nos mostra a necessidade de haver ponderação entre os elementos do caso concreto, sendo incerto e às vezes difícil de delimitar, o limite de discricionariedade. Mas, com certeza, da passagem da norma às controvérsias judiciais há de se ter em mente que as disposições legais devem passar pelos valores em conflito.

¹⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Educ, 1977.

¹⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. – Recife: Bagaço, 2000.

¹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

3. Considerações finais.

Como o direito origina-se da prática, tem-se no seu novo modo de pensar uma alternativa de impor por meio de argumentos não só a aceitabilidade e legitimidade das decisões, mas a concretização da norma, sempre com o auxílio do intérprete que extirpe a prática do positivismo jurídico desenfreado e realce a criação do direito no processo interpretativo.

De fato, o discurso jurídico perpassa por uma entrega na prestação jurisdicional rápida, onde muitas vezes se põe de lado o caráter dialético necessário para o conhecimento da verdade.

Em todo caso, a mentalidade do pensador é, sem dúvida, ponto fundamental para que a interdisciplinariedade já presente no pensamento sistêmico seja a mola propulsora de uma referência calcada, sobretudo, em expressões que reflitam o pensar no novo século.

Como muito bem afirma Vasconcellos,¹⁷ o pensamento sistêmico é uma forma nova de pensar cientificamente.

É justamente por isso que é preciso ter por base Lacerda,¹⁸ o qual acentua que a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim, e nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da norma processual.

¹⁷ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência*. Campinas, SP: Papyrus, 2002.

¹⁸ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

CABEDA, Luiz Fernando. A percepção do fato jurídico no processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1942, 25 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11893>>. Acesso em: 26 out. 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda.2005.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Interpretação Criativa e Realização do Direito. – Recife: Bagaço, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ISAIA, Cristiano Becker. O Direito Processual e o Problema do Decisionismo Jurisdicional: da Subsunção à Integridade do Direito. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual Civil, vol. 70, 2009, p.9.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 19ª Edição, p. 7.

MULLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Siebte, stark erweiterte und bearbeitete Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. – São Paulo. Martins Fontes, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O novo paradigma da ciência*. Campinas, SP: Papyrus, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Educ, 1977

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.