

O direito-praxe como concepção de uma hermenêutica civilística pós-moderna

Identificação:

Grande área do CNPq: Ciências Sociais Aplicadas
Área do CNPq: Direito
Título do Projeto: O direito civil na pós-modernidade jurídica
Professor Orientador: Lucas Abreu Barroso
Estudante PIBIC/PIVIC: Morgana Neves de Jesus

Resumo: Este subprojeto objetiva uma análise crítica da concepção tradicional do direito civil, e de sua aplicação, propondo um (re)pensar do paradigma moderno, inadequado, de moldes simplificadores, pré-concebidos e irradiadores do sentido último do direito, sem estabelecer uma interação com o contexto social, fluído, dinâmico e complexo.

Com efeito, busca desconstruir o método da exegese silogística de subsunção, por uma situacional ponderação dos eixos formadores e investigativos do caso concreto, para produzir a decisão-solução do problema.

Outrossim, a sociedade pós-moderna não se fecha no rigor metodológico edificado pela ciência jurídica, não se prende a conceitos, não se encaixa dentro de uma sucessão linear de apreensão da realidade - simbólica -, não se modela dentro de preceitos e conceitos textuais significantes do sujeito de direito, mas busca se desalinhar, busca se fazer a cada instante.

Neste passo, propõe-se uma nova hermenêutica que contemple o caso concreto como premissa maior do processo interpretativo, ante a norma como elemento último e primordial do sentido do direito, para construir através do problema real o direito por meio da análise das particularidades de cada caso.

Palavras chave: Pós-modernidade. Hermenêutica. Problema. Realização do Direito Civil.

1 – Introdução

A compreensão do objeto do presente estudo deve principiar uma passagem pela estrutura do modelo tradicional, mediante o qual os fatos são apreendidos, seguido de uma análise crítica, e, seus resultados prospectivos para uma nova teoria geral do Direito Civil.¹

Consideremos em primeiro lugar, o abandono do império da lei, e de seu fundamento último, de intencional relação de exterioridade construtiva e conjunto complexo de procedimentos racionais pré-ordenados do *faccere*, objeto e fundamento, do direito.² Antes predominante, contudo, diante do problema radical do contexto de dúvida real e complexa do hoje, se torna não-direito.

O processo de secularização e racionalidade do paradigma moderno, organismo estruturante da clássica identidade da ordem universal,³ referenciado por uma sistemática definida e “adequada”, ínsita na valorização solene da *ratio legis*, de raciocínio lógico-dedutivo e exegese textual da aplicação do direito -

¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58.

² NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.10.

³ SALDANHA, Nelson. Sobre o “direito civil constitucional”: notas sobre a crise do classicismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001. p. 88.

de duplo processo: criação e aplicação -,⁴ de sistematização última do seu sentido e fundamento, autorrealizável, encontra-se em crise.⁵

Contra o positivismo jurídico se terá de dizer que o direito não se resume tão-só em normativa, geral e abstrata, sem oxigenação, de caráter funcional, neutro e estático, e engendrado por mera expressão dos ditames político-sociais, de intencional validade, estruturada na disjunção entre o válido e o inválido, com princípios e valores metapositivos, como que uma autorrealização sociocultural.⁶ Essa nominada índole empírica, de composição dos conflitos sociais, choca-se com os problemas da civilística contemporânea, de caráter multidimensional, transnacional, global, polidisciplinar, transversal, planetário.⁷

A inadequação do método tradicional, em síntese, de signos expressos e convencionais de uma realidade positiva e válida, em época acrítica da sociedade, se dá em resposta ao complexo objeto jurídico hodierno,⁸ plurissignificativo, atemporal, local e global, parte do todo e do todo significado e finalizado, que radica como principal elemento da crise por qual tem passado a teoria do direito, e, em específico, o direito civil.

A hermenêutica civilística radicada em conceber estritamente o sentido da lei,⁹ com efeito, sofre uma crítica mutação, devido às torrentes reais que quedam na fonte problemática da realização do direito. Está, antes, com supramencionada, de dupla fase procedimental - criação e aplicação - tendo a norma como ponto único e primordial da produção do direito, por tempos, incontestada, como descreve Luiz Edson Fachin:

“O Direito, nesse sentido, opera um corte epistemológico, ou seja, coopta os fatos da realidade que lhe interessam; situação esta que acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente”.¹⁰

Atualmente, todavia, a teoria silogística de subsunção das particularidades da vida em generalizações, de *matrix* paradigmática da modernidade ou legalidade, de raciocínio matemático, exato, codificador das relações jurídicas, não comporta mais os novos anseios civis, que, como dito, passa por uma análise crítica da sistemática, ainda atuante.

Já, em meados dos séculos XII e XIII na antiga Roma, despontava o caráter científico do direito, construção de grupos conhecidos como glosadores e dos pós-glosadores, também conhecidos como comentadores, desenvolve-se durante o medievo, principalmente no que diz respeito caráter hermenêutico, apegadas ao *corpus iuris*. Os intérpretes cegos da lei, exprimiam do texto sua semântica, puramente literal, com suas vírgulas e pontos - glosadores - preponderantes até os dias atuais. Já os pós-

⁴ AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial - estudos em homenagem à professora Giselda Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 22.

⁵ AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um Direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129 *et. seq.*

⁶ *Ibidem*. p. 50-51.

⁷ MORAN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 13.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na Legalidade Constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 93 *et. seq.*

⁹ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 11.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson, *Ob.cit.* p.42-43.

glosadores, especulavam sobre o sentido da mesma, de forma a introduzir uma dialética filosófica e a construção conceitual.¹¹ Nos séculos posteriores, o paradigma moderno foi sendo contornado, tendo como objeto a regra jurídica, sendo incorporados, também, outros elementos protagonistas de um novo *modus operandi* e de visão jurídica, por parte de alguns teóricos. São eles, os princípios e o comportamento humano.

O paradigma do direito como lei, de método interpretativo neutro, tendo a segurança jurídica com ponto fundante e expressão do pensamento sistemático, se deparou com ponto fulcral de nossa investigação - a crise da modernidade e a questão de seu fundamento e sentido.

Ainda, em uma análise prático-teórica do positivismo jurídico, sem considerações éticas, políticas ou econômicas, trabalhado com realidades deduzidas, perante um clima de longevidade, quase que eterno, ainda em aplicação, atualmente.¹² Fala-se, por exemplo, do código de 1916, de base patrimonialista,¹³ individualista e de racionalidade fundante no princípio, ora propulsor da cadeia procedimental, tronco e seiva bruta do sistema - a segurança jurídica, para o qual “[...] o uso de tipos legais que fossem instantaneamente aferidos e por isso tornasse clara a existência de vínculos familiares, tendo em vista a necessidade de segurança nas relações patrimoniais”.¹⁴ Codificação pautada em interesses políticos e econômicos imperantes e regado pelos princípios ordenadores - individualismo e patrimonialismo, com vistas a ressaltar, a visão de valorização da propriedade privada.¹⁵ E o código civil de 2002,^{16/17} elaborado em um contexto político-cultural diverso do atual a que se presta. Acabado e publicado para uma sociedade diversa do seu contexto nascedouro. Ainda, estática perante a fluidez das relações sociais, do avanço dos meios de comunicação, da economia tecnológica.¹⁸ Longe de levantar âncoras da teoria tradicional.

A incorporação de novos elementos no corpo do sistema como a exemplo dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, elevando o caráter do direito civil a sistema relativamente aberto, a primeira vista, parecia trazer respostas aos anseios de uma sociedade aprisionada em uma estrutura formadora de um ideal, que foge ao vivenciado na dinâmica e complexa pós-modernidade. Esse hiato incorre para inadequação, perante esse contexto ímpar, do conceito de direito civil, desvinculando os espaços de direito público e privado, negando uma releitura crítica e construtiva do trânsito jurídico, das relações contratuais e obrigacionais e suas modalidades, as titularidades fundadas nas noções de posse e apropriação, e os novos processos parentais que despontam no direito de família.¹⁹ Essa concepção, fruto de um estudo jurídico embasado em uma historicidade individual, em tensão entre a igualdade, liberdade e propriedade.²⁰ Há, por isso, que pensar em novos caminhos concernentes ao contexto tempo-espaço hodierno.

¹¹ AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, 1º sem. 2009. p. 30.

¹² GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 3.

¹³ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 205-206.

¹⁴ KATAOKA, Eduardo Takemi *apud* FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.* p.7.

¹⁵ BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13-15.

¹⁶ AMARAL, Francisco. *O código civil e o problema metodológico...*, *Ob. cit.* p. 7.

¹⁷ AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o código civil. *Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 29, 2º sem. 2007. *passim*.

¹⁸ *Ibidem*. p. 14-16.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.*, p.26.

²⁰ *Ibidem*. p. 47.

Por muito, a determinação do sentido do direito afirmou ser o direito. Entretanto, acredita-se que a realização do direito não se desvincula do contexto prático *a posteriore* dos regulamentos invariantes. Essas, não comportam dentro da moldura do sistema-mundo o direito realizando e intencionalmente extensivo. O direito não existe na prévia normativa, de mera aplicação, já que a realização do direito passa por uma problemático-judicativa decisão jurídica, tendo a norma como elemento desse processo, para, por fim, realizar a norma do caso concreto, através de uma racionalidade prática.²¹

Jacques Derrida exprimem bem o problema radical da interpretação e consequente realização jurídica, e que perante um contexto desconstrutivo, o ato justo, deve sempre concernir a elementos, tais como:

“singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única [...]. Se eu contentasse com a aplicação de uma regra justa, sem espírito de justiça e sem inventar, de certa maneira, a cada vez a regra e o exemplo, eu estaria talvez a salvo da crítica, sob a proteção do direito, agiria de modo conforme ao direito objetivo, mas não seria justo.”²²

Diante da ameaça corrosiva de existência do direito formal, a pós-modernidade pontua uma necessidade de renovação nos quadros atuais do sistema ainda vigente. Um direito existente, pois, como conjunto de elementos formadores de um dialogo entre a *práxis* e a teoria, reflexiva dos anseios sociais, de interação e dinamismo indefinido, a fazer e, em contrapartida, que rasgue as roupagens das teorias tradicionais acima explicitadas. Acredita-se que o fenômeno jurídico não deve ser entendido apenas em sua dimensão normativa, mas, sobretudo, como produto de uma realidade complexa e dinâmica, que é a vida em sociedade, com seus problemas e controvérsias. Sendo essa, por essência, de natureza problemática, volvida dentro de uma ciência prática, apta a dar soluções concernentes aos casos concretos.

Nesse passo, através de um saber jurídico prático ante um pensamento puramente teórico, envolto por uma linha crítico-metodológica, problemática, que vê a norma como eixo normativo de um processo de constitutiva concreção do Direito, e não mais como sinônimos, e, tendo o problema como ponto de partida para a construção da norma do caso concreto, com base em princípios, busca-se um direito realizável. Visto que o direito, como citado por A. Castanheira Neves “existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais que um fantasma de direito, não são senão palavras”.²³

Portanto, conduzido por uma razão prática - saber que leva em consideração não apenas uma solução exterior, mas comunitária integração, em uma concreta-situacional ponderação de normativa que substitui a absoluta transitividade formal, onde os fins só “poderão afirmar-se e realizar-se validamente em referência ao contexto integrante em que ocorrem unitariamente com outros e onde unicamente, portanto, podem encontrar, já o seu sentido, já a sua correlativa preferência, já os seus limites”,²⁴ que permita uma sistematicidade aberta, e, por conseguinte, uma radical mudança na estrutura metodológica

²¹ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, Ob. cit. p.26.

²²DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 31.

²³ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, Ob. cit. p.25.

²⁴ *Ibidem*, p. 78-81.

do Direito - de clássica moldura normativa e pensamento decidido do tradicional, de decisão estruturalmente finita, para um processo prático que contemple todas as faces de seu objeto (homem), com respeito ao limite epocal, sociocultural, de constante metamorfose vital, inerente a sua humanidade. Essa, nas palavras de Derrida seria conduzida, tendo:

“[...] o direito, o campo jurídico que não se pode isolar em fronteiras seguras, mas também em todos os campos de que não podemos separá-lo, que nele intervêm e que já não são somente campos: o ético, o político, o técnico, o econômico, o psicossociológico, o filosófico, o literário etc. Não apenas é preciso calcular, negociar a relação a relação entre o calculável e o incalculável, e negociar sem regra que não esteja por reinventar ali onde estamos ‘jogados’, ali onde nos encontramos; mas é preciso também fazê-lo tão longe quanto possível, para além das zonas já identificáveis da moral, da política ou do direito, para além da distinção entre nacional e o internacional, o público e o privado etc [...]”²⁵

A sociedade pós-moderna, longe de ser contornada por meros retoques, reclama um radical repensar do sentido do Direito e do seu objeto, visto que, o homem - criado pelas ciências humanas, e recriado ao longo do tempo pelos modelos paradigmáticos de nossa historicidade, está em vias de desaparecer, visto que não pode ser condicionado por uma realidade simbólica, irreal, que o camufla como epicentro do sistema, quando na verdade esse não passa de um paradigma perdido, uma marionete ligada por fios conectados em uma sistemática *matrix* que o descaracteriza, o acultura. Dentro de um sistema-mundo de racionalidade do mundo da vida e de subsistemas, sendo de profunda negatividade quanto se possam imaginar.²⁶ Destarte, é necessário um novo olhar, radical, que se dispa das velhas formas que obscurecem a visão jurídica, que se dispa da realidade imposta, que raspe a tinta com que lhe pintaram os sentidos, é preciso um novo homem, o homem-pessoa. Esse, emancipado e recriador de sua autonomia, ciente de suas necessidades, capaz de participar de forma interativa e dinâmica da sociedade.

O problema radical do sistema, não são as transformações da sociedade e do seu objeto, apenas, mas sim de racionalidade, de paradigma, atrofiador do ser humano, de sistematicidade simplificada, diante de uma nova subjetividade e de um novo conceito de comunidade de constante e diferido interrelacionamento político-econômico, com uma nova posição, em síntese, prático-produtiva da normativa.

Nessa razão-praxe, os princípios tornaram-se premissas necessárias ao processo criativo do Direito. Antes, porém, não se permitia essa interferência axiológica natural dos mesmos, o que só é possível realizar com um modelo-contextual de raciocínio prático, que possibilita uma contemplação do ser, numa visão nevesiana, da pessoa como sujeito de liberdade, consciência, responsabilidade, capaz de amar e de perdoar, e por isso, titular de dignidade e de culpa. Um ser, embasado na realidade, nas

²⁵ DERRIDA, Jacques. *Ob. cit.* p. 31.

²⁶ Segundo Enrique Dussel: “[...] o problema não é a mera superação da razão instrumental (como para Habermas) ou da razão terror dos pós-modernos, mas a superação do próprio sistema-mundo tal como foi desenvolvido até hoje durante 500 anos. O problema que se descobre é o esgotamento de um sistema civilizatório que chega a seu fim. A superação da razão cínico-gerencial (administração mundial) do capitalismo (como sistema econômico), do liberalismo (como sistema político), do eurocentrismo (como ideologia), do machismo (na erótica), do domínio da raça branca (no racismo), da destruição da natureza (na ecologia), etc [...]” (DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 61 *et. seq.*).

palavras de Paulo Freire, em constante lacuna, inacabado, que não se feche ao mundo e aos outros, e se torne transgressão ao impulso natural da incompletude.²⁷

Na atualidade pós-moderna, torna-se necessária uma renovação do Direito, em consonância com o modelo constitucional volvido pela arquitetura do Estado Democrático de Direito - com fulcro no macroprincípio da dignidade da pessoa humana - sendo, pois, possível vislumbrar um nascedouro de novos direitos e deveres em busca de um ambiente de bem-estar social que propicie embeberar-se de uma pluralidade de fontes, não mais estancada em “caminhos certos”, previsíveis, singulares, mas que prime pelo *faccere* da justiça social, segundo um pensamento problemático ante ao pensamento sistemático, um (re)pensar da metodologia científica - como têm pregado Miracy Gustin e Teresa Fonseca Dias - no qual aquele sugere a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito.²⁸

Nesse novo cenário, o Direito tem como fundamento os princípios sociais, que servem para orientar a tensão da dupla natureza do humano -o individual e o social. Princípios que sugerem a prevalência dos valores ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais na realização do direito, que promovem a valorização *in concreto* do homem, segundo valores, ainda, de concreção, essencialmente de hermenêutica filosófica e jurídica, como propriamente de metodologia da realização do direito, como preleciona Francisco Amaral.²⁹ Desta forma, propugna-se, hoje, não mais pelo paradigma da aplicação, mas por um paradigma judicativo-decisório, em que há uma ligação desse modelo metodológico com o caso concreto ou problema, como *prius*. Que tem por fundamento os princípios normativo-axiológicos e, como razão prática, o pensamento judicativo-decisório, que “*exige uma mediação normativa constitutiva*”, conforme Castanheira Neves.³⁰ Partindo-se do caso concreto, valorando-o com os princípios e normas inerentes ao direito para, por fim, extrair-lhe uma solução. Isto é, para que seja possível compreender um texto, é necessário o retorno à praxe social e com ela comunicar-se.

O direito-praxe, objeto desta investigação, nas palavras de Castanheira Neves ganha vida, ao passo em que o autor de forma completa relaciona o processo permanente de construtiva mediação entre a prática e a teoria, envoltas dentro de um processo que, segundo o autor:

“O que excluirá tanto uma pura e horizontal tópica como um estrito normativismo, seja positivista, seja hermenêutico. Pois, por um lado, se a intenção axiológico-normativa do direito vai logrando a sua objectiva manifestação e a sua universal determinação na normatividade do sistema jurídico - com a pluralidade dos seus elementos normativos, os princípios (os fundamentos), as normas (os critérios), e a elaboração reconstituente da dogmática (a racionalização e institucionalização normativo-jurídicas), mas integrada numa constituenda e totalizante unidade intencional -, por outro lado, a consideração da dimensão problemática abre continuamente o sistema e só ela permite uma realização adequada e justa (materialmente

²⁷ Em suas palavras, Paulo Freire afirmava: “Minha segurança se alicerça no saber confirmado pela própria experiência de que, se minha inconclusão, de que sou consciente atesta, de um lado, minha ignorância, me abre, de outro, o caminho para conhecer. [...] A experiência da abertura como experiência fundante do ser inacabado que terminou por se saber inacabado. [...] O fechamento ao mundo e aos outros se torna transgressão ao impulso natural da incompletude.” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 153)

²⁸ DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 20-21.

²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47 *et. seq.*

³⁰ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob. cit.* p. 74 *et. seq.*

correcta e normativamente plausível) da juridicidade. Assim, quando a realização do direito possa operar pela mediação de uma norma – i. é, quando uma norma jurídica positiva possa ser utilizada como imediato critério normativo -, essa norma será apenas eixo de um processo metodológico complexo em que, por um lado, ela se vê amplamente transcendida (transcendida a sua positiva normatividade abstracta) já pela intenção normativo-jurídica fundamentante manifestada pelo sistema, já pelo problemático *concretum* decidendo; e em que, por outro lado, vem a ser interpretada pela assimilação, ou enquanto assimila, o resultado normativo-jurídico da dialéctica metodológica da própria realização concreta do direito que a utiliza.”³¹

Este estudo ganha relevo ao buscar uma maior centralidade para a pessoa humana, realizada *in concreto*, dentro de uma sociedade plural, atemporal, de conceitos indeterminados, de respeito à particularidade das formações ideológicas de família, no contexto permissivo da validade jurídica de grupos para além dos formados por laços sanguíneos, abrangendo as controvérsias existentes no mundo da vida, agora, mundo do direito, sem disjunção. Primando pela “travessia do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania”³², sujeito esse, nuclear da teoria do direito civil, que vise florar um sujeito social, humano, longe de reduzir a sujeito de direito certos nichos privilegiados.

Como bem disse Luiz Edson Fachin, busca-se um direito civil que deve ser concebido a “serviço da vida”,³³ que vise solucionar os problemas da sociedade atual. Que reflète de forma positiva nos institutos das relações jurídicas, como o direito dos contratos, obrigações, família, sucessões, do microsistema de direito do consumidor etc., em que, valorando o homem-pessoa, dentro do mundo da vida, vise a interpretar tais institutos dentro de um raciocínio prático com a normativa prévia, as vicissitudes de cada caso, compreender a atual essência humana, longe de se fechar em abstrações, simplificações, mas aberta à construção dentro do contexto social inacabado, em constante construção normativo-jurídica das facetas da realidade humana.

2 – Objetivos

Abrir um novo e diferenciado debate crítico-constutivo acerca da fragilidade do pensamento jurídico civil. Trabalhar com novas teorias, partindo de uma visão sobre a realidade, com o intuito de propor a renovação dos atuais quadros do pensamento jurídico e da metódica realização jurídica civil, com o fim de convergência da teoria do direito civil e seus institutos com a complexidade das relações sociais, com a proposição de um novo raciocínio que não tão-só quantifique a valorização da eficiência e da vigência da regra jurídica, mas de sua efetividade social na solução dos casos concretos.

O tema do subprojeto “O direito-praxe como concepção de uma hermenêutica civilística pós-moderna” foi fruto de uma percepção e vivência, enquanto indivíduo de direito ou não-direito, na sociedade contemporânea.

A finalidade da pesquisa visou, em sua gênese, colher respostas para a contradição existente entre o modelo jurídico ainda vigente e a sociedade pós-moderna em que está inserido, com novas demandas de

³¹ NEVES, A. Castanheira Neves. Metodologia Jurídica..., *Ob. cit.* p. 83.

³² FACHIN, Luiz Edson. *Ob. cit.* p. 11.

³³ *Ibidem.* p. 18.

organização política e social, pela qual o direito, enquanto um processo normativo abstrato e geral, legalista, não tem alcançado a realização-solução.

A proposição do estudo do direito prático, longe de exaurir o problema com respostas finitas, para a sociedade ímpar em comento, buscou estabelecer uma ponte entre o que antes era desvinculado – o mundo do direito e o mundo dos fatos.

A importância de um novo método interpretativo para a sociedade hodierna é capital. Não se reveste de simples elasticidade do sistema, não se trata de uma crítica desconstrutiva, mas sim construtiva de novos modelos para a finalidade última do direito - resolver conflitos sociais.

Ressalta-se, que o problema não é apenas de sentido, mas da autonomia do direito e do seu objeto - a pessoa humana.³⁴ Essa, corroída, mal alimentada e, em vias de ser destruída. Por isso, a investigação do direito-praxe, enquanto paradigma capaz de promover um repensar das estruturas pretéritas. Promovendo ainda, um choque de realidade no mundo jurídico, de inclusão dos antes marginalizados como pertencentes do sistema, enquanto sujeitos de direito.

Propõe o dialogo entre a teoria e a prática, para fugir ao perigo do idealismo (teoria sem práxis) e do fanatismo (práxis sem teoria), e promover uma completude significativa da base jurídico-filosófica do direito de regência e coerência, de uma concepção hermenêutica que caminhe lado a lado com a sociedade, que consome as fontes dentro e a tempo do espaço que é produzido, sem distinção, nem privilégios, mas com um intuito de principiar a concreção dos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da eticidade, da liberdade e da igualdade substancial, todas variantes axiológicas possíveis a defender diante do caso concreto.

O fim último deste prazeroso processo é que em certa manhã, depois de um sono conturbado, a sociedade possua novas fontes que permitam a sua sobrevivência perante a metamorfose imanente da realidade, da pessoa, e também (porque não?) de seu método de composição das novas interfaces interpretativas que desapontarão no porvir.

Acredita-se que o direito deve acompanhar as oscilações da vida social, adotando um “método vivo”, que o auxilie na sua interpretação e aplicação, e isso, ao contrário do que alguns autores acusam de instabilidade da segurança jurídica, é a garantia, na prática, de um sistema que se adequa às novas demandas da sociedade, e é isso que deve ser compreendido como segurança jurídica.

Destarte, refuta-se os instrumentos com que tentaram simplificar em preceitos positivados o humano ou o que assim era considerado, e suas relações. E propõe uma hermenêutica do homem, para o homem, construída visando decompor o caso concreto de constitutiva busca do elemento decidendo de realização do direito, que existe apenas na imbricação de elementos constitutivos da razão prática. Isto porque, é preciso um novo olhar, um repensar do direito civil, como supramencionado, para que possamos reescrever uma teoria que não seja cega e discriminadora para amplos segmentos da sociedade.

3 – Metodologia

A opção metodológica para a pesquisa foi regida por uma linha crítico-metodológica, de crítica à realidade jurídica, consequência da adoção de uma postura político-ideológica perante tal, de procura de

³⁴ NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1. p. 54-56.

resolução para as demandas sociais.³⁵ A partir dessa linha, a grande vertente concernente foi a jurídico-sociológica de abrangência do fenômeno jurídico e dependência do direito com a sociedade. Radicada em um raciocínio indutivo-problemático, que após completar seu processo de conhecimento,³⁶ parte do particular para o geral.³⁷ Aquilata o problema como ponto de partida do *faccere* do direito, tendo a norma, o caso concreto, os princípios etc., como critérios de análise do ato da interpretação e suas particularidades, em abandono do formalismo de pura exegese silogística por subsunção do sentido e fundamento do direito, de labor figurativo de seu interprete, anencefálico perante a metódica vigente.

As investigações do tipo histórico-jurídico, jurídico-comparativo, jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo etc., permitem uma abordagem da grande vertente adotada: jurídico –sociológica. O primeiro tipo genérico não se dá através do labor da gênese do objeto de estudo dentro de uma relação temporal linear, de sucessão de fatos. De forma que compreende que o contexto histórico-normativo volvido por uma realidade complexa, contempla uma multiplicidade de tempos dentro de um espaço, uma teia, com fios de um emaranhado de fontes, conceitos, que ligados e refletidos dentro da pós-modernidade, traduz-se em um colorido de diversidade, particularidade de cada ente que compõe essa teia-mundo. Sendo possível acoplar dentro de um mesmo local, formas diversas de conceber o mundo. Já o jurídico-comparativo expressa dentro da pesquisa a demonstração da fragilidade de um fenômeno jurídico assentado em bases frágeis perante os anseios atuais de uma sociedade. Isto é possível graças a uma análise comparativa, para além dos resultados quantitativos, mas qualitativos e que buscam solução última, longe de fechar-se em uma metodologia dedutiva, a escolha de uma das possíveis respostas do sentido da lei, e não da busca da verdade do caso concreto. E, o tipo genérico jurídico-interpretativo busca dissecar o problema jurídico, camada por camada, nível por nível, até que consiga fazer florir sua “decisão-solução”^{38/39}

Neste, aquilata o problema ante ao processo sistemático, sob um raciocínio que erige de técnica mental, partindo de dados particulares e localizados e se aboca em constatações gerais, ou seja, aloca o caso concreto como *prius* da fase interpretativa e adota esse como pressuposto para a criação do direito. Desta feita, busca-se abandonar as pretéritas formas substantivas, de meros silogismos, que tem a norma como ponto de partida para a aplicação do direito, uma vez que nesta, não há produção do direito, e sim simples encaixe do fato juridicizado à norma posta.

A pesquisa, crítica das fontes fundantes do seu “eu”, não se restringe a análise de legislações, doutrinas estritamente jurídicas, mas no diálogo com uma multiplicidade de fontes, visto que defende seu caráter transdisciplinar, enquanto fragmento de um todo social, que nas palavras de Morin, como supra-referido, é de conteúdo multidimensional, transnacional, global, polidisciplinar, transversal, planetário, que não pode se desvincular, sem incorrer no risco da inadequação, deficiência, depressão do transgressor.⁴⁰

O marco teórico, primeiro e principal foi apreendido dentro das obras do teórico português A. Castanheira Neves, seguido da leitura de teóricos, tais como: Francisco Amaral, Luiz Edson Fachin,

³⁵ DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Ob. cit.* p. 19.

³⁶ Esse processo indutivo de conhecimento é dividido em três fases: a observação dos fatos e fenômenos, a procura de relação entre eles e o processo de generalização dos achados nas duas primeiras fases. (*Ibidem.* p. 22).

³⁷ *Ibidem.* p. 22-23.

³⁸ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob. cit.* p. 46.

³⁹ DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Ob. cit.* p. 25 *et. seq.*

⁴⁰ MORAN, Edgar. *Ob. cit.* p. 13.

Pietro Perlingieri Paulo Freire, Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, etc. Por meio da revisão bibliográfica de tais doutrinadores e da legislação vigente, buscou dissertar sobre o gritante buraco, vazio, que se encontra na teoria tradicional do direito civil. Para, afinal, recepcionar um caminhar incerto, muitas vezes, na consecução de uma concepção prática de sociedade.

4 – Resultados

A resposta crítica à hiperespecialização do direito⁴¹ - esse, enquanto corpo coerente de normas, autorrealizado, acabado, concebido por criptografia do pensamento do legislador - foi construindo-se em base sólida no contexto social do devir e do agora.

Observa-se que o direito, de índole estritamente normativa, sob o olhar da concepção prática do método hermenêutico, de cisão da exegese textual e aplicação do significado-normativo, puro e simples da lei, não realiza o direito. A norma, enquanto elemento primordial e ponto fulcral da criação do direito - subsunção das gerais e abstratas, premissas maiores, prévias ao problema.

A primeira questão é saber o que se interpreta, que não se confunde com o objetivo da interpretação.

Após discursões fundamentadas, a resposta encontrada: o texto jurídico.⁴² E inquirições criadas em torno desse retorno foram sendo engendradas. Se o método interpretativo jurídico dominante tem por finalidade dizer o direito através da análise assentimental, acrítica, da norma - apreensão de fatos selecionados, agrupados dentro de um sistema-mundo criado para uma parcela ínfima do conglomerado societal-, para quem é o direito? A que realidade ele se aplica? E os marginalizados em derredor desse sistema, o que é o direito para eles? Qual é a incidência da palavra sob o papel na complexa realidade? Ela atingi casos que fogem ao significado gramatical, axiológico (metapositivo) da moldura?

O direito, de caráter regulador, incide sobre as relações juridicizadas, tendo como sujeito de direito, de personalidade, apenas os indivíduos que contemplam a *fattispecie*,⁴³ de caráter adesivo ao tempo-espaço, engessada, impensante, cega, míope, em uma bolha-mundo, que se localiza fora da realidade social. Um conjunto de signos, símbolos de um mundo criado. Que não tem validade para o que é inadequado a ele. Para esses, o direito significa uma verdadeira máquina de exclusão do social, que não passa de uma instituição de privilégios para a autocracia do hoje, os nobres do devir. Assim, tudo o que foge a essa estrutura formadora, não pertence a ele, pois possui discurso de completude, autossuficiência, de inexistência de lacunas.

Por meio da análise da razão prática ante uma racionalidade estritamente teórica, sem diálogo, buscou-se resposta concernente para o problema atual do direito. Deparando-se com uma forma, em maturação, de conceber a realidade, longe de um anacronismo legal. Mas, que se localize tempo-espaço pós-moderno, revestido de realidades complexas, profundas, transdisciplinar, que tesse, borda a imagem da humanidade. É isso que o objeto da presente pesquisa buscou captar, o fim último do direito, o realizar de

⁴¹ MORAN, Edgar. *Ob. cit.* p.13.

⁴² “[...] para esse positivismo o direito reduziu-se ao direito posto (imposto) nas leis e as leis identificavam-se com o seu texto – porque é no texto da lei que se exprime o imperativo do legislador e se manifesta vinculativamente a sua *autoridade* legislativa, porque no texto da lei encontra o direito a objectivação que garante a segurança jurídica, e porque em referência ao texto da lei se poderá aferir do cumprimento do princípio da separação dos poderes, ou seja da obediência ou da rebeldia do poder ou função judicial perante o poder legislativo [...]” (NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob. cit.* p.88).

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* p. 95.

seu objeto, em que o ato decisório seja um processo de *constitutiva concretização da regra*, sendo possível, inclusive, ocorrer negação do direito posto, se este não se adequar à justiça do caso concreto.⁴⁴

Dessa feita, percebe-se que a resposta à investigação do direito não visa exaurir os problemas da teoria do direito civil, mas busca uma visão compreensiva, inicial de que a renovação do direito e as perguntas não respondidas, não serão encerradas com a inclusão de novos elementos juridicizados no código civil, metapositivados, como a exemplo das cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios, se o sistema reproduz uma ideologia incompleta, inadequada, desconhecadora do real, do ser humano, das questões sociais. Acredita-se que através da problematização dessas respostas, pode propiciar a realização do direito civil, dos seus institutos, do homem-pessoa.⁴⁵

5 – Discussão e Conclusões

O direito prático, modelo complexo, discursivo, do *faccere* da vida social. Paradigma emancipador dos sentidos, fundamentos e do objeto do direito. Propõe uma renovação nos quadros atuais do fenômeno jurídico, que não se feche no eu, em ilações pré-concebidas, mas que contemple a realidade dinâmica, escorregadia, de risco, que constitui a vida na sociedade hodierna, com suas controvérsias. Modelo esse apto a dar soluções concernente aos casos concretos.⁴⁶

Nessa esteira, através de uma saber jurídico em oposição ao puramente teórico, de linha crítico-metológica, de caráter problemático, tendo a norma com um critério, além dos eixos principiológicos, axiológicos, da concreta situacional ponderação do ato decisório, que desvendará a norma do caso concreto, busca-se um direito realizável.⁴⁷

Dessa feita, o direito-praxe, de comunitária integração, que substitui a absoluta transitividade formal, com o fim basilar na realização válida do direito dentro do contexto social.⁴⁸ Esse fundamento jurídico-metodológico do direito, que contemplem as várias faces do seu objeto, e, acompanhando o contexto sociocultural de cada caso, de constante metamorfose vital, inerente a sua humanidade.

As respostas obtidas são uma complexa junção de várias literaturas, em alguns termos discordantes, por tentarem implantar esse fenômeno sem fugir à estrutura criticável no presente estudo. Porém, não há prejuízo na coerência de seu método, tendo em vista que se buscou dialogar o dialogável e não adentrar nas particularidades de cada doutrinador.

Assim sendo, grande é a semelhança do estudo e da bibliografia colacionada, principalmente, no que diz respeito aos seus métodos estruturantes, que dialogam, sob um pensamento transdisciplinar do conhecimento e que, por isso, exprimem grande compatibilidade com as teorias estudadas e seus pensadores, visto que segue um ranço procedimental coerente.

O problema encontrado no desenvolvimento da pesquisa foi o de sua aplicabilidade, em uma sociedade acostumada, acomodada com o modelo vigente, que clama por respostas concernentes com sua

⁴⁴ Visto que “[...] a interpretação é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo de direito) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa realização”. (NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob.cit.* p. 83).

⁴⁵ NEVES, A. Castanheira. *Digesta. Ob. cit.* p. 46-61.

⁴⁶ AMARAL, Francisco. O direito civil: introdução. *Ob. cit.* p.6.

⁴⁷ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob. cit.* p.25.

⁴⁸ Onde os fins só “[...] poderão afirmar-se e se realizar-se validamente em referência ao contexto integrante em que ocorrem unitariamente com outros e onde unicamente, portanto, podem encontrar, já o seu sentido, já a sua correlativa preferência, já os seus limites” (*Ibidem.* p.78).

realidade, porém, que ainda não é madura e segura o suficiente para uma transformação radical desse paradigma que há alguns séculos vige na vida ocidental, com base no discurso de segurança jurídica.

Porém, mesmo que a sociedade pós-moderna não aceite meros retoques, no caminho em busca da sua autonomia cognoscitiva e compreensiva de suas necessidades. Ser-pessoa, de conhecimento, e não objeto aculturador perante o sistema em ascensão, regulador da autonomia do sujeito, camuflado como epicentro do sistema, em vias de desaparecer. Um paradigma perdido. Todavia, apesar de não ser ponto fulcral da pesquisa buscou-se pincelar uma resposta possível para essas barreiras ao novo, que podem ser concebidas a partir de um processo adequado a cada contexto, de educação do ser humano, um aprendizado do cerne do que é ser, despido com roupas apertadas, velhas, que não nos pertence, que não nos caracteriza, desvinculado da realidade que não se conhece por completo, um homem-pessoa.

Dessa feita, necessário se faz perseguir a investigação e publicização da fundamental viragem metodológica da teoria do direito civil. Além de contemplar a necessária compreensão dos agentes do direito desse novo processo criativo a que a realidade reclama. De penetração de princípios, valores, da natural essência do ser e de seu contexto, ante a um sistema valorativo fechado na positiva aplicação da lei. A possibilidade de enxergar o ser humano como sujeito de liberdade, consciência, responsabilidade, capaz de amar e de perdoar, e por isso, titular de dignidade e de culpa.⁴⁹ Um ser em constante lacuna, inacabado, que não se fecha ao mundo e aos outros, e se torne transgressão ao impulso natural da incompletude.⁵⁰

Prosseguirá a pregar a conversão ao novo cenário que o direito civil se vê baseado por princípios de natureza social, orientadores da natureza individual e coletiva do ser humano, que refuta qualquer iminência de preponderância dos valores tradicionais de individualismo, patrimonialismo, racionalidade de estrutura procedimental lógico-formal de aplicação do direito, aquele, porém, visa à valorização *in concreto* do homem, que “*exige uma mediação normativa constitutiva*”⁵¹, possível com a emancipação do interprete, do objeto, fundamento e sentido do direito, que leve em consideração o caso concreto como *prius*, valorando-o com os princípios e normas inerentes ao direito para, por fim, extrair-lhe a decisão-solução.

6 – Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o código civil. *Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 19-41, 2º sem. 2007.

AMARAL, Francisco. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial - estudos em homenagem à professora Giselda Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 3-24.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁹ NEVES, A. Castanheira. *Digesta. Ob. cit.* p. 46.

⁵⁰ FREIRE, Paulo. *Ob. cit.* p.153.

⁵¹ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica...*, *Ob. cit.* p. 53.

AMARAL, Francisco. Uma Carta de princípios para um Direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129-142.

AMARAL, Francisco. Objeto e método no direito civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 29-44, 1º sem. 2009.

BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DIAS, Maria Teresa Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na Legalidade Constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

SALDANHA, Nelson. Sobre o “direito civil constitucional”: notas sobre a crise do classicismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001. p. 87-91.