

João Carlos Mettlach-Pinter

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo
Procurador do Estado de São Paulo

***SUMMA DIVISIO* DO DIREITO
CIVIL PATRIMONIAL**

**Estrutura, Sistematização e Sentido da
Distinção Entre Direitos Reais e Obrigacionais**

Curitiba
Juruá Editora
2023

1.3.4 Dogmática como Hermenêutica

Se a dogmática compartilha com outras ciências cujo material é obtido *a posteriori* a tarefa de explicação do conjunto de dados que forma o seu objeto, incluindo-se nisso a aceitação desses elementos tais como são, ela se diferencia de outras ciências – e, sobretudo, das ciências da natureza – por não lidar com um objeto cuja manifestação se exaure na percepção dos sentidos, mas antes por seu objeto, sendo de natureza social, ser dotado de *sentido*. Por essa razão, a dogmática pertence antes ao grupo das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*), cujo método é essencialmente hermenêutico, buscando antes uma compreensão (*Verstehen*) de um objeto que é, a rigor, uma criação humana. Nesse sentido, a atividade de compreensão impõe ao sujeito cognoscente a recriação de um percurso ligado a experiências concretas.

O problema da cientificidade das ciências humanas incomodava profundamente as correntes de pensamento do final do século XIX. Se I. Kant havia logrado dar bases seguras à forma como o conhecimento nasce da empiria na sua Kritik der reinen Vernunft, explicando muito bem ciências como a matemática e a física, as ciências humanas seguiam procurando uma metodologia segura. Forjar tal metodologia e abranger as ciências humanas dentro do conceito de ciência foi uma das principais preocupações dos filósofos neokantianos. W. Windelband, buscando dar uma dignidade científica às ciências ligadas à experiência, elaborou uma distinção de alentada fortuna crítica. Essas ciências “buscam no conhecimento do real ou o universal, na forma de uma lei da natureza, ou o particular, na sua forma determinada historicamente”. O autor, então, distinguiu as ciências nomotéticas das ciências idiográficas. As primeiras, nas quais bem se encaixam as ciências da natureza, são

²⁶⁷ Por essa razão, não se pode aceitar a visão de C.-W. CANARIS (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. In: **Gesammelte Schriften I**, p. 225ss.) para quem o sistema jurídico é um sistema de valores; é-o também, mas junto aos valores e princípios (sistema interno) há as unidades próprias do sistema externo.

guiadas por uma pesquisa cuja finalidade está na elaboração de regras universais, cuja comprovação, na experiência, se dá pela experimentação. A tendência é sempre de abstração dos fenômenos. Já as ciências idiográficas, por sua vez, designam uma tendência científica de análise do concreto, isto é, daquilo que está determinado no tempo e no espaço. Seria essa a tendência perseguida pelas ciências humanas, pois é mais apta a lidar com fenômenos culturais e subjetivos.²⁶⁸ A distinção lida sobretudo com a metodologia, não com o objeto: é possível que determinado fenômeno que por longo período de tempo não demonstre alterações seja tratado, com base na sua forma inalterada, nominalmente, ao passo que, sob outra perspectiva trate-se de algo válido apenas para um determinado período de tempo, revelando-se, então, um particular no que antes parecia universal. Posteriormente, H. Rickert relativizou a diferença entre ambas, afirmando que o particular também interessa às ciências da natureza, ao passo que as ciências idiográficas também tinham necessidade de fazer uso da abstração.²⁶⁹

O fundador da hermenêutica moderna foi W. Dilthey, segundo o qual, “essa compreensão técnica de uma expressão da vida fixada permanentemente chamamos nós *Auslegung* ou *Interpretation*”. O autor postula que o pressuposto da compreensão do sentido das ações das outras pessoas está na possibilidade de agir do próprio intérprete: por poder agir propriamente, compreende a ação alheia, de forma que grande parte da experiência humana se origina justamente na possibilidade de retomar estados de espírito do passado, trazendo à consciência contemporânea a totalidade do passado da humanidade.²⁷⁰ A constituição da experiência própria individual só se realiza na comparação com o outro, cuja presença é dada por objetos dotados de sentido – gestos, sons e ações –, mas apenas no seu exterior; cabe ao próprio indivíduo, ao interpretar o ato, completar o seu interior. A cientificidade da interpretação depende, por sua vez, da possibilidade de elevação da compreensão do singular à validade universal.²⁷¹

O intérprete, na busca do sentido, traz à consciência as diversas possibilidades de significado de um texto, esforçando-se em identificar a correta a partir de uma cadeia de demonstrações racionais distinta da prova lógica. O caminho que o intérprete tem de trilhar para chegar a essa conclusão depende estritamente do tipo de texto que está a ser interpretado: há aqueles em que importa essencialmente a vontade de seu autor, ao passo que, em outros, a chave está em fazer reviver o conjunto da experiência que estava disponível para o autor do texto. Saber qual a especificidade da interpretação do sistema jurídico é uma questão própria à metodologia do direito.²⁷²

O processo de interpretação se desenvolve no chamado *círculo hermenêutico*²⁷³: como o significado de determinada palavra só pode ser fixado com base no contexto, e, ao mesmo tempo, o significado do contexto só pode ser

²⁶⁸ WINDELBAND, W. *Geschichte und Naturwissenschaft*, p. 12ss.

²⁶⁹ RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, p. VII-VIII; 78ss.

²⁷⁰ MENGONI, L. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 13-4

²⁷¹ DILTHEY, W. *Die Entstehung der Hermeneutik*, p. 187-90.

²⁷² LARENZ, K.; CANARIS, C.-W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 25-7.

²⁷³ GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode*, p. 270ss.

retirado do significado das palavras, o intérprete tem de passar constantemente do particular ao universal no processo hermenêutico. Ao primeiro contato com o texto, o intérprete já tem de partir do sentido esperado das palavras e do contexto. O processo hermenêutico é realizado por uma atividade constante de busca de sentido do particular no universal e do universal no particular, de forma que, a cada retorno a outra instância, a versão anterior da interpretação é corrigida e readequada. O intérprete, portanto, formula hipóteses perante o texto que são preenchidas por suas expectativas; tais hipóteses vão sendo confirmadas ou negadas no processo hermenêutico. Essa circularidade – ou, talvez, a figura da espiral seja mais adequada – mostra como o processo hermenêutico não se deixa apresentar, em sua totalidade como a linearidade da cadeia de demonstrações de um problema matemático.

O início do processo hermenêutico é formado por uma pré-compreensão²⁷⁴, em que se aplicam os conhecimentos prévios a respeito da própria linguagem e do tema a ser tratado. Há, assim, uma expectativa de sentido que permeia o primeiro contato com o texto. A pré-compreensão abrange o conjunto de um amplíssimo processo de aprendizado, além da experiência sobre fatos e contextos sociais. A pré-compreensão é conceito, portanto, que medeia a relação entre o contexto da tradição e o objeto em análise. No caso da interpretação jurídica, parecem ser fundamentais à pré-compreensão o conjunto de conceitos e modelos teóricos desenvolvido pelo conjunto de gerações anteriores de juristas, ainda que para ordenamentos jurídicos distintos, mas desde que pertencentes à mesma tradição. Isso vai muito além do cânone de interpretação histórica: afinal, como os conceitos empregados para dar compreensão a um determinado ordenamento contemporâneo não foram originalmente forjados para ele, toda interpretação traz consigo uma longuíssima experiência histórica, da qual o intérprete deve estar consciente.

Nesse sentido, K. Larenz e C.-W. Canaris afirmam que esse conjunto da tradição não é composto apenas por leis, mas abrange também decisões judiciais, acertos e erros do conhecimento dogmático pretérito.²⁷⁵ Isso não significa, por evidência, que a atividade dogmática seja uma mera aplicação dos conceitos forjados sob outros ordenamentos jurídicos, com a finalidade de compreender e sistematizar. O processo de interpretação, constituído de diversas etapas, vai continuamente adaptando os conceitos forjados na tradição ao conjunto do ordenamento a ser interpretado, em um processo contínuo de recepção e alteração. Assim, se alguém que desconhecesse a tradição ocidental tivesse acesso às partes do CC em que se regulam posse e propriedade, seria de esperar grande dificuldade na precisa compreensão e delimitação das duas figuras, como não raro ocorre àqueles que se iniciam no direito civil, ainda que em grau menor, já que conhecem o uso da linguagem e, assim, já dispõem de uma primeira apreensão do significado de propriedade e posse.

²⁷⁴ Sobre a multiplicidade de sentidos do termo *Vorverständnis* e sua recepção no pensamento jurídico, cf. GIZBERT-STUDNICKI, T. Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik. In: **ARSP** 73 (1987), p. 479ss.

²⁷⁵ LARENZ, K.; CANARIS, C.-W. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, p. 30.

Por outro lado, um jurista treinado na tradição do direito romano-comum rapidamente compreenderia ambos os conceitos, ainda que precisasse conhecer paulatinamente o restante do sistema para verificar, por exemplo, como a posse do CC abrange um campo maior de situações se comparada à possessio. Tal jurista compreenderia a posse a partir do conceito de possessio e detentio, refazendo, porém, o limite entre ambas tendo em mente, sobretudo, as situações comuns que passariam de uma à outra (locação, comodato e depósito, por exemplo) para, apenas posteriormente, tentar apreendê-las conceitualmente e, com isso, substituindo a construção jurídica romana. É nesse sentido que se pode interpretar a afirmação de L. Wenger²⁷⁶ de que “o latim jurídico é ainda hoje o único meio de compreensão entre os juristas de todas as culturas nacionais”: não se trata de meros significantes, mas sobretudo dos significados.

É com razão, portanto, que Mengoni afirma que “os elementos jurídicos ou pré-jurídicos (ideológicos em sentido amplo) da pré-compreensão são filtrados pela dogmática da classe profissional a que pertence, do depósito de noções teóricas, de orientamentos sistemáticos, de formas linguísticas técnicas, de máximas de aplicação; tudo isso acumulado da reflexão doutrinária e da experiência jurisprudencial precedente”.²⁷⁷

A conclusão pelo caráter hermenêutico da dogmática e, por conseguinte, do constante reprocessamento cíclico das interpretações que ela oferece não deve conduzir à ilação de que não é possível que se chegue a um resultado provisório-hipotético seguro: a abertura que se deve ter no processo hermenêutico, com a aceitação de que a hipótese interpretativa possa ter de ser revista à luz do novo e do inesperado, não impede que os resultados “provisórios” sejam apreendidos por meio das formas tradicionais – isto é, por meio de conceitos, tipos e valores.

A tarefa hermenêutica não se limita a uma primeira fase do pensamento jurídico, como se, uma vez interpretado o texto normativo, as conclusões daí extraídas pudessem se submeter à sistematização por meio de um raciocínio puramente formal: é preciso que, no curso da construção e da sistematização jurídica – isto é, da passagem do particular para o universal – tenha-se em mente a manutenção do sentido do particular no universal. Os procedimentos lógicos nunca se aplicam isoladamente: eles são sempre submetidos a um controle, para que se verifique se a apreensão formal dos conceitos não levou à subversão do sentido conteúdo no conjunto das normas jurídicas. Agora, portanto, é preciso passar em revista justamente esses procedimentos lógico-formais.

²⁷⁶ WENGER, L. *Die Quellen des römischen Rechts*, § 2, p. 2.

²⁷⁷ MENGONI, L. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 19.

1.3.6 Dogmática como Discurso

Como discurso, a dogmática não fica mais presa à análise de determinado ordenamento jurídico, antes abrangendo a totalidade das conquistas do raciocínio dogmático ao longo da experiência histórica. Vista por essa perspectiva, a dogmática é um conjunto amplíssimo de *conceitos, construções, institutos, princípios, valores, sistematizações e situações paradigmáticas* que condicionam o pensamento do jurista dogmático, compondo a pré-compreensão que subjaz a toda interpretação sua. A dogmática como discurso ressalta a historicidade dos próprios elementos do raciocínio dogmático. Como tal, ela não corresponde aos resultados que a efetiva aplicação do raciocínio dogmático alcançou no decorrer da história. A questão é que a formulação de conceitos e princípios dogmáticos está diretamente ligada à atividade do raciocínio dogmático exercido por gerações de juristas que se debruçaram sobre sistemas jurídicos de conteúdo assemelhado. No caso da tradição jurídica brasileira, avulta a importância do direito romano-comum, base sobre a qual se formaram e ainda se formam, ainda que sem plena consciência disso, os juristas nacionais.

Se a dogmática como raciocínio está diretamente vinculada a um determinado ordenamento jurídico, *a dogmática como discurso está vinculada a uma tradição*. Isso significa que, no discurso dogmático, repousam tanto conceitos úteis para a interpretação de determinado ordenamento jurídico como conceitos latentes, que não encontram mais potencial explicativo, mas que repousam na tradição como se à espera de uma previsão normativa que lhes dê vida novamente. É evidente que os conceitos jurídicos, tais como existem na tradição, não estão prontos para ser empregados na interpretação de determinado ordenamento. Deve-se, antes, submetê-los a um processo de adaptação e de crítica, mas seria arbitrário negar sua importância: afinal, quantos conceitos jurídicos amplamente empregados como instrumento de compreensão do direito brasileiro vigente não foram gestados sob a análise de outros ordenamentos?

Sua importância, com efeito, reside no fato de que são justamente esses conceitos jurídicos forjados dentro de uma tradição ampla que formam a pré-interpretação da hermenêutica jurídica. Isso significa que o intérprete, ao buscar o sentido da lei, carrega em si um conhecimento prévio dos conceitos, construções e princípios jurídicos que busca tirar ao texto normativo. Esse conhecimento prévio, funcionando como espécie de repositório em que se vai depositando o fruto do trabalho dos juristas de gerações anteriores, condiciona necessariamente a compreensão do intérprete. Por essa razão, a criação de um instituto jurídico novo, descolado da tradição, oferece tanta dificuldade de compreensão teórica: a razão está em que os conceitos que podem servir de auxílio deverão ser criados com grande distância do restante dos conceitos já existentes, em vez de surgirem a partir de mera adaptação dos conceitos constantes da tradição.

Bom exemplo de como a tradição jurídica condiciona o pensamento dos juristas está na exposição que Pontes de Miranda faz do compromisso de compra e venda.³⁰⁹ Como enquadrar sistematicamente o novo instituto? O autor fá-lo da seguinte forma: em vez de expor diretamente sua opinião, tenta aplicar ao novo instituto uma série de construções jurídicas tradicionais, muitas das quais nem sequer guardam correspondência com o direito brasileiro vigente ao tempo do CC/16. Tenta, assim, explicar o novo instituto com base na obligatio in rem scripta, nos direitos reais, no ius in re aliena, no ius ad rem, no direito real a adquirir e na inalienabilidade relativa. Para fins de construir juridicamente o novo instituto, figuras vigentes e figuras antigas põem-se lado a lado: a dogmática funciona como um repositório de construções possíveis. Qual o sentido do cotejo? No que diz respeito às figuras vigentes, o objetivo é sistematizar, vendo no novo fenômeno mais uma concretização de algo que já existe e está disponível no sistema; no que diz respeito às figuras antigas, conformar o novo instituto a partir de uma construção já disponível no discurso dogmático e que talvez seja mais facilmente assimilável ao sistema existente.

No entanto, esse conhecimento prévio não pode se projetar indiferentemente no texto normativo, querendo impor suas próprias definições conceituais. Volta-se, neste ponto, ao ciclo hermenêutico: a totalidade do conhecimento tradicional do discurso dogmático servirá, de um lado, como forma de apreensão inicial do significado dos textos normativos, mas, de outro, terá de adaptar-se progressivamente, conforme se verifique a insuficiência dos conceitos já existentes. Os novos conceitos, como regra geral, não serão criados de maneira completamente original, mas usarão conceitos e princípios jurídicos tradicionais como base inicial do processo de adaptação. Assim, é possível que ganhem ou percam conteúdo, sejam realocados sistematicamente ou ainda se liguem a princípios distintos em relação ao que ocorria anteriormente. Esse processo de adaptação, que se vai aprofundando conforme o jurista vai trazendo à mente a totalidade dos institutos jurídicos, dos grupos funcionais e, por fim, do sistema, correlaciona-se diretamente com o próprio processo de sistematização do material jurídico, na

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **TDP XIII**, §§ 1463-8, p. 220ss.

medida em que a redução da multiplicidade à unidade é um processo que vai modificando progressivamente os conceitos e princípios jurídicos que serviram inicialmente de ponto de partida.

Assim, um jurista treinado na tradição romano-germânica entenderia muito facilmente o que é a usucapião no direito brasileiro, uma vez que tal instituto se destina, assim como no direito comum, à aquisição da propriedade pela posse continuada da coisa. No entanto, ao analisar com cuidado certos artigos do CC – como o art. 1.238, caput – teria de adaptar desde logo o conceito, uma vez que o direito brasileiro acata a usucapião sem justo título e até mesmo a do possuidor de má-fé, ainda que com prazos diversos. A ideia da usucapião como um instituto que produz o efeito do negócio dispositivo de transmissão da propriedade que faltou a complementar o negócio de obrigação válido (que serve de justo título) terá de ser alterado, pois é possível que não haja nenhum negócio de obrigação e que a posse se tenha inclusive iniciado ilicitamente. Ao se dar conta disso e do fato de que há modalidades em que não se distinguem boa e má-fé, existência ou inexistência de justo título, mas se levam em consideração questões ligadas ao trabalho e à moradia, o jurista estrangeiro logo perceberá que os valores protegidos pela usucapião no direito brasileiro também são distintos. Ele não criará ex nihilo um conceito de usucapião, mas irá adaptando progressivamente os conceitos ligados à usucapião até que seja possível formar uma construção jurídica que dê conta desse fenômeno. Note-se, porém, que determinados aspectos da usucapião – como sua modalidade ordinária, seu enquadramento como modo originário de aquisição da propriedade e as situações de exclusão de sua incidência – permanecem muitíssimo semelhantes.

O discurso dogmático não tem por função exclusivamente compor a pré-compreensão de que o intérprete dispõe no momento da compreensão de um texto jurídico. A rigor, os conhecimentos contidos nesse discurso permeiam a cultura jurídica de uma determinada época, de forma que não é apenas o intérprete, no raciocínio dogmático, que tem tal tradição a seu dispor; na verdade, todos aqueles que estão de alguma forma envolvidos com as instituições jurídicas em sentido amplo têm o seu raciocínio condicionado por esses conceitos. Com efeito, tais conceitos funcionam como um *repertório comum* de que dispõem os juristas de uma época para abordar questões práticas ou teóricas. Esse repertório comum, porém, pode estar mais ou menos ligado ao direito então vigente; em alguns casos, o peso de uma tradição maior que o direito vigente pode ser tão significativo que oblitere o raciocínio dogmático.

O fato de a dogmática como discurso permear a cultura jurídica torna mais simples entender por qual razão tal discurso serve de fonte ao raciocínio criativo, por exemplo, do legislador, tal como se viu na primeira parte do capítulo. A atividade legislativa, sempre que se dá dentro de uma tradição jurídica, está invariavelmente ligada à cultura jurídica e, por conseguinte, ao amplo repertório de conceitos, princípios e construções jurídicas forjados pelas gerações anteriores de juristas. Aquele que legisla não cria normas jurídicas *ex nihilo*; sua atividade se dá tomando por paradigma os conceitos e as construções jurídicas existentes

ao tempo de sua edição. Já se viu como o raciocínio criativo mobiliza essa tradição, mas aqui importa ressaltar sobretudo o fato de que o legislador impregna os textos normativos de conceitos e construções jurídicas tiradas à dogmática – como raciocínio ou discurso – de seu tempo. Seria praticamente impossível legislar sobre determinadas questões sem empregar conceitos e construções jurídicas, na medida em que *tais expedientes condicionam a própria capacidade de análise da comunidade jurídica em relação às questões problemáticas sobre as quais ela se debruça*.

Visto que os elementos da dogmática não são uma exclusividade desse raciocínio ou desse discurso, mas permeiam o próprio objeto primário e a pré-compreensão do sujeito, é preciso esclarecer a relação que tais concepções guardam com a atividade interpretativa. A questão central pode ser formulada da seguinte maneira: *as construções jurídicas empregadas pelo legislador vinculam o intérprete?* Com essa questão, quer-se saber se o intérprete, ao analisar os textos normativos e verificar que eles foram baseados em determinada construção jurídica, pode criar uma teoria que seja, sob algum aspecto, superior à empregada pelo legislador.

A questão está diretamente fundada em um impasse: textos normativos permanecem os mesmos ao longo de décadas ou séculos, mas a dogmática inegavelmente evolui; assim, novos conceitos são forjados, e modelos teóricos são abandonados em favor de outros. A resposta a esse problema tem de equacionar, de um lado, a *mobilidade da teoria* e, de outro, a *imobilidade do texto normativo*. No entanto, antes de dar uma resposta afirmativa ou negativa à questão, é preciso buscar entender melhor como funciona o processo interpretativo da dogmática.

Provavelmente o melhor aforisma para guiar esse debate seja um fragmento de Juliano (D.1.3.20): *non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, isto é, não se pode expressar a razão de tudo aquilo que os nossos antepassados constituíram. O fragmento tem por pressuposto a ideia, bastante comum em sociedades tradicionais, de que determinados objetos culturais existentes no mundo social não são ou não podem ser compreendidos na sua totalidade pelos sujeitos de outra época. Em geral, é comum que se ponha em evidência o fato de o objeto e o sujeito distarem temporalmente, de forma que a importância que o sujeito atribui ao objeto está também ligada ao fato deste último encontrar-se enraizado em uma tradição que, como o próprio nome indica (*traditio, Überlieferung*), é algo que se *recebe*.

O reconhecimento de que há, por princípio, uma assimetria no conhecimento de que efetivamente dispõe o sujeito e o conhecimento que pode ser aplicado ao objeto – ou, dito de outra forma, entre a extensão do conhecimento geral e o especializado, necessário à compreensão de um texto – impõe uma cautela metodológica: o sujeito deve sempre reconhecer a insuficiência do seu conhecimento prévio em face do conjunto da erudição produzido em determinada área. Isso está diretamente ligado ao conceito de *historicização dos objetos*, que Gumbrecht propôs como fundamento metodológico das ciências do espíri-

to.³¹⁰ A historicização como metodologia não está ligada ao reconhecimento de determinada característica do objeto; antes, liga-se a uma atitude que o sujeito cognoscente deve tomar quando se propõe a compreender um objeto. A historicização impõe que o sujeito crie a consciência dessa assimetria no âmbito de conhecimento e, por conseguinte, procure meios de saná-la.

Para colmatar essa lacuna, Gumbrecht analisa um gênero literário específico, o dos comentários. Amplamente empregados como forma de ampliar o horizonte interpretativo de textos considerados complexos, como os literários, os comentários visam a expor a erudição acumulada sobre determinado objeto sem pressupor um interesse específico no leitor. Os comentários buscam assim reparar a assimetria mencionada fornecendo ao leitor os resultados da produção erudita desenvolvida sobre determinado objeto sem aspirar à proposição de uma tese interpretativa. Seu objetivo está, antes, em pavimentar o caminho do leitor, dando-lhe dados suficientes para que possa ampliar seu horizonte de significados possíveis do texto. Trata-se, portanto, de um gênero literário que se liga diretamente à noção de que a interpretação de um texto nunca chega a determinado ponto em que passa a ser impossível a adição de novas camadas de sentido.³¹¹

O fato de não se poder considerar um texto infenso à adição de novas camadas de sentido não significa que não haja possibilidade de interpretar um texto com pretensão à objetividade. É inteiramente possível que, em determinado momento histórico, determinada interpretação seja considerada a correta. Todavia, o fato de considerar correta uma interpretação significa apenas que ela se mostrou superior diante das já existentes; não deve significar que ela não possa ser superada por outras. A abertura à adição de novas camadas de sentido pode tanto levar à superação da interpretação estabelecida como à sua confirmação.

A historicização dos objetos é realizada “suspendendo a suposição ‘ingênua’ de que todo e qualquer objeto com que nos deparemos será, de um modo ou outro, relevante para nós”. Em outros termos, “a condição prévia de historicização corresponde, portanto, à disposição de dar um passo para trás na orientação pragmática que permeia nossa vida cotidiana”.³¹² Trata-se, assim, da transformação do próprio estatuto ontológico dos objetos, que devem passar de sua *Zuhandenheit*, em que são vistos sempre em relação a algo, a sua *Vorhandenheit*, em que se vai além dessa relação.³¹³ Esse objetivo permeou, por exemplo, toda a depuração que se percorreu para chegar a um conceito de dogmática desfuncionalizada, de forma que a própria metodologia se torne autoconsciente da forma com que deve tratar seus objetos.

A historicidade está ligada à quebra da inércia cognoscitiva dos sujeitos. Não reside, portanto, nos objetos, de cujo caráter histórico se pode prescindir inteiramente; reside, antes, na atitude metodológica do sujeito no ato de compreensão de seu objeto. Essa mudança na atitude do sujeito está diretamente ligada a

³¹⁰ GUMBRECHT, H.-U. **The powers of philology**, p. 41.

³¹¹ GUMBRECHT, H.-U. **The powers of philology**, p. 44ss.

³¹² GUMBRECHT, H.-U. **The powers of philology**, p. 59-60.

³¹³ HEIDEGGER, M. **Sein und Zeit**, § 15, p. 68-72.

uma compreensão subjacente a respeito do trabalho das ciências do espírito: elas devem sobretudo adensar a complexidade dos objetos aos quais se dedicam.³¹⁴

Nesse sentido, não deixa de ser curioso que, ao tecer observações a respeito dos comentários, o autor mencione especificamente a tradição jurídica. Ao afirmar que os comentários não pretendem ocupar um nível superior ou inferior à superfície textual, mas lateral, o autor rememora a própria localização das glosas, que se faziam à margem dos textos jurídicos. De fato, quando se recordam os objetivos das glosas de Acúrsio – esclarecimento filológico, exemplificação e hipóteses interpretativas –, vê-se que, por mais que a compilação da Glosa tenha tido por objetivo resolver posições contrárias, ainda há nela um rico instrumental para a compreensão, em que diversas opiniões, inclusive conflitantes, são apresentadas.³¹⁵

Vale ainda notar que Gumbrecht considera que diferentes tradições jurídicas produzem comentários de tipos distintos: quando os textos jurídicos relevantes constituem um corpo delimitado de legislação, os comentários se aproximam de interpretações que buscam o sentido dessas leis. É o que acontece, por exemplo, na Alemanha – e seria também extensível à tradição brasileira. Por outro lado, o autor observa que, quando essa distinção clara entre o corpo de leis e a interpretação não existe, como no common law – em que há interpretação e reinterpretação desses mesmos textos numa cadeia contínua –, o equivalente desses comentários alemães seriam as compilações de julgados das cortes.³¹⁶ A análise do autor é, de fato, perspicaz, pois percebeu também que a figura central na produção jurídica de cada tradição é distinta: de um lado, o jurista dogmático; de outro, as cortes. Isso reforça o que se disse acima: o que, na tradição romano-germânica, se passa na dogmática, lá se opera sobretudo nos tribunais. A adaptação discursiva é indispensável.

A interpretação jurídica deve adotar para si a mesma cautela metodológica: a compreensão dos textos normativos deve ser mediada pela historicização dos objetos. Isso significa que o jurista deve, diante do texto normativo, estar sempre consciente de que o horizonte cognoscitivo que a norma exige está além de suas capacidades; essa cautela metodológica impõe que ele sempre busque reavivar as razões latentes que séculos de experiência histórica puderam depositar em determinada norma.

A historicização dos objetos não tem necessariamente relação com a interpretação histórica. Essa é uma das vias possíveis pelas quais o jurista pode alcançar a erudição necessária, o que supõe que lhe seja possível ter domínio sobre o conjunto dos elementos necessários à identificação das diversas camadas de sentido que subjazem à norma; as interpretações sistemática e teleológica, não raro, podem ser mais frutíferas em determinadas situações, ainda que, com isso, não se queira estabelecer uma ordem fixa de cânones hermenêuticos.³¹⁷ A inter-

³¹⁴ GUMBRECHT, H.-U. **The powers of philology**, p. 62.

³¹⁵ LANGE, H. **Römisches Recht im Mittelalter I**, § 41.VIII, p. 362; KANTOROWICZ, H. **Studies in the glossators of the roman law**, p. 154.

³¹⁶ GUMBRECHT, H.-U. **The powers of philology**, p. 49-50.

³¹⁷ CANARIS, C.-W. Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht. In: **Gesammelte Schriften I**, p. 486ss.

pretação histórica, por sua vez, revela-se frutífera sobretudo quando se vê a posição de determinadas normas dentro da sincronia de cada momento histórico, isto é, cotejando cada posição sincrônica com cada recorte diacrônico.

Como é possível colmatar essa lacuna cognoscitiva entre sujeito e objeto? A resposta está em ver a dogmática como discurso, isto é, como um repositório construído ao longo de séculos em que se acumulou uma longuíssima série de conceitos, construções, princípios, valores, casos paradigmáticos e *rationes legis*, capazes de fornecer ao jurista dogmático os instrumentos necessários à compreensão do sistema jurídico. As categorias presentes no discurso dogmático não apenas condicionam a forma de pensar dos juristas de determinado tempo (o que inclui também o legislador), mas servem, uma vez perscrutadas noutra nível de profundidade, para fornecer a erudição necessária ao jurista dogmático. Mais que isso, a tradição é resultado despersonalizante de adequações intersubjetivas plurisseculares. Nesse sentido, basta pensar nas camadas de sentido que se podem adicionar às normas de determinado instituto jurídico depois que se tentou aplicar a ele as mais diversas teorias que, presentes na tradição, visam a compreendê-lo.

Se a historicização do objeto da dogmática jurídica pressupõe, assim, trazer à consciência o conjunto latente da tradição que se acumulou a respeito de determinado assunto antes de escolher uma hipótese interpretativa, isso significa que a vinculação do intérprete à construção jurídica do legislador termina no momento em que aquele se vê forrado de camadas de sentido suficientes a respeito de determinada construção e, mesmo assim, entende que a aquela construção não é suficiente para explicar certo conjunto de normas jurídicas. Para chegar a essa conclusão, o intérprete tem de historicizar seu objeto e buscar analisar o máximo de camadas de sentido possíveis – existentes no discurso dogmático ou criadas *ex novo* – para que tenha plena consciência do potencial explicativo da construção empregada pelo legislador.

A modificação da construção jurídica empregada pelo legislador deve ser feita apenas nos casos em que ela não tenha potencial explicativo, o que pode se dar de diversas maneiras³¹⁸, muitas inclusive descoladas de efeitos práticos. A hipótese mais evidente é a de a construção jurídica fazer uso de certa ordenação conceitual que leva a determinada conclusão, a qual termina por se revelar incompatível com alguma das normas ligadas ao problema, pois a norma apresenta solução oposta à que está implícita na construção. Por mais excepcional que isso possa parecer, há diversos desses casos no sistema jurídico brasileiro, o que decorre do apego que a doutrina nacional tem com conceitos recebidos pela tradição do discurso dogmático do direito comum e da falta de hábito de submetê-los à crítica e à adaptação.

Seriam inúmeros os exemplos que se poderiam dar, no direito brasileiro, de construção jurídica inadequada ao conjunto dos problemas que determinado

³¹⁸ Sobre as deficiências das teorias jurídicas, cf. CANARIS, C.-W. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. In: **Gesammelte Schriften I**, p. 403ss.

instituto tem de resolver. Muitos serão objeto de comentário ao longo do trabalho. Para dar um único exemplo, veja-se sobretudo a LFINv. Depois de definir que o fundo de investimento imobiliário carece de personalidade jurídica (art. 1), por ser constituído sob a forma de condomínio fechado (art. 2), a legislação emprega diversas vezes o termo “quotas” e “quotistas” e “integrarizar as quotas subscritas” (art. 13, §) que, por sua vez, opõe-se ao regime da copropriedade, na medida em que evoca noções societárias. Enfim: o participante é coproprietário ou sócio? É difícil dizer que é coproprietário, pois o art. 13, I, tira-lhe o poder de exercer direitos reais sobre os imóveis integrantes do fundo; por outro lado, a cisão entre o patrimônio administrado e a administradora em si torna difícil a aproximação com um modelo societário. A confusão só se aprofunda na regulamentação: o art. 6, Instrução 472, CVM, afirma que “(...) as cotas do fundo correspondem a frações ideais de seu patrimônio (...)”, reunindo, agora, noções societárias e de copropriedade. Enfim o conjunto das construções jurídicas empregadas pelo legislador leva à aporia. Na verdade, o que acontece nessa lei e em tantas outras da legislação extravagante é que a ausência de estudos dogmáticos prévios que deem conta dos novos fenômenos jurídicos leva a que se tente regular a novidade com pedações de construções jurídicas já existentes e disponíveis, sem pretensão à unidade. No entanto, a limitação de horizonte em alto grau de evidência nessa lei pode comprometer até os mais burilados e refletidos preceitos do CC.

Uma segunda hipótese está na nova construção jurídica integrar-se mais harmoniosamente às outras construções jurídicas, às estruturas do sistema ou, ainda, a seu conteúdo axiológico. É, em geral, indicador de superioridade de uma teoria em relação a outra a presença de menor número de exceções às regras gerais, na medida em que a reintegração das exceções³¹⁹ na teoria aumenta o potencial explicativo da construção, reduzindo o aparente grau de arbitrariedade de que o sistema jurídico é dotado.

A importância da historicização como posição metodológica revela-se claramente na substituição de uma construção jurídica por outra. A razão está em que, como a ordenação conceitual e axiológica de uma construção jurídica é capaz de produzir conhecimento novo, que se estende além dos textos normativos usados como base e ora objetos de compreensão, há, em toda construção, consequências implícitas. O caráter implícito está ligado ao fato de a norma não decorrer de um texto normativo expressamente inscrito na lei, mas ser obtida dedutivamente a partir da construção jurídica. O processo de substituição de uma construção jurídica por outra tem necessariamente de trazer à consciência o maior número de consequências implícitas possível para que sejam cotejadas com os resultados que se podem obter dedutivamente a partir da nova construção. Para isso, é preciso que o jurista dogmático tenha consciência das diversas camadas de sentido que uma construção jurídica pode apresentar e, assim, se assegure de que domina, ao menos, boa parte delas antes de se aventurar em tal procedimento. O limite desse processo está em a nova construção jurídica esbarrar em uma

³¹⁹ Sobre a possibilidade de reagrupar exceções sob uma nova regra, cf. JHERING, R. *Geist des römischen Rechts II/2*, § 40, p. 383.

norma explícita que a contradiz: neste caso, ou se remete a compreensão dessa norma a outra construção ou se deve considerar que a nova construção está falseada e, assim, deve ser descartada.

A substituição de uma construção jurídica por outra nunca é um procedimento meramente lógico, pois a nova ordenação conceitual sempre poderá proteger valores que se distinguem dos protegidos pela construção original. Não raro, a modificação de uma construção jurídica não se dá tanto pela existência de normas explícitas que a contradigam, mas antes por uma modificação axiológica relevante no sistema interno, que obriga o intérprete a repensar se a construção jurídica presente na lei e confirmada pelas normas explícitas não deve ser substituída como consequência de uma relevante alteração nos valores do sistema.

Bom exemplo disso se tira da discussão da exceção de contrato não cumprido. Trata-se, efetivamente, de uma exceção no sentido tradicional do termo? No direito brasileiro, a questão parece resolver-se com o art. 787, CPC, em que se atribui ao exequente-credor o dever de provar que já realizou sua prestação no contrato bilateral sinalagmático. No direito alemão, porém, a questão não é tão simples, pois falta regra semelhante na ZPO. Em geral, reconhece-se que o sentido da legislação, ao prever uma Einrede em tal caso, seria o de desobrigar o credor de provar que já teria cumprido sua obrigação, deixando-se então ao réu o dever de opor a exceção.³²⁰ Essa construção, densamente discutida à época da pandectística, era plenamente compatível com o conjunto de valores originais da ZPO, ligados a uma visão liberal do processo. Com a reforma sofrida em 1933, em que se consagraram certos aspectos ligados à colaboração processual, restou duvidosa a ideia de que se deveria deixar ao devedor alegar; por qual razão não se poderia imputar esse dever ao credor, como faz o direito brasileiro? É exatamente essa a reflexão que faz K. Larenz³²¹ concluir que a Einrede do § 320, BGB, não deve ser mais compreendida como verdadeira exceção de direito material, mas sim como mera alegação processual. Justificando metodologicamente sua proposta, Larenz afirma que “nós estamos vinculados pela consequência jurídica querida e claramente expressa pelo legislador, mas não estamos vinculados à construção, escolhida por ele, da exceção de efeito modificatório da pretensão”. É nítido que o autor, neste caso, modificou a construção jurídica confessadamente presente na lei; mas fê-lo para salvaguardar o sistema interno como um todo. Note-se, porém, que a mera modificação da ordenação conceitual leva a modificações nas consequências implícitas. Afinal, se a Einrede era uma exceção de direito material, isto é, uma posição jurídica, a ela cabia renúncia; uma vez modificada para alegação processual, a renúncia, como fenômeno de direito material, deixa de se aplicar.

A dogmática como discurso – isto é, como repertório de conhecimentos – serve de ponto de partida à dogmática como raciocínio: esta não precisará

³²⁰ PENNITZ, M. Der gegenseitige Vertrag und das Prinzip der Zug-um-Zug-Leistung. In: **Historisch-Kritischer Kommentar II/2**, p. 1795ss. Mais amplamente sobre o problema, cf. GERNHUBER, J. **Das Schuldverhältnis**, p. 328ss.

³²¹ LARENZ, K. **Lehrbuch des Schuldrechts I/1**, § 15.I, p. 206.

criar os conceitos necessários *ex nihilo*, mas poderá se limitar a adaptar os conceitos contidos em uma determinada tradição. No que diz respeito à aplicação contemporânea desse raciocínio, a utilização dos conceitos tradicionais da dogmática se justifica pelo fato de tais conceitos condicionarem o próprio raciocínio jurídico dos membros de uma comunidade jurídica, isto é, são recursos fortemente impregnados na cultura jurídica de determinado local e momento histórico.

Além disso, o caráter sistemático, a que toda análise dogmática aspira, tende a diminuir ao mínimo necessário os instrumentos de trabalho. Com isso, quer-se explicar o vasto material a partir de um número reduzido de conceitos, aproveitando-se aqueles já existentes na tradição para a compreensão de institutos que se agreguem posteriormente ao sistema. Isso é plenamente visível no método que os trabalhos dogmáticos empregam para a análise de um instituto jurídico novo: primeiro, tende-se a integrá-lo dentro das construções jurídicas já existentes, verificando-se se as incompatibilidades notadas impedem, de fato, a aplicação de determinada teoria – isto é, verifica-se se a incompatibilidade afeta o cerne da teoria. Se este não for o caso, a teoria é adaptada e, assim, emprega-se uma construção jurídica já existente para a explicação de algo novo; isso não sendo possível, então, de fato, o jurista dogmático terá de criar uma construção, mas, mesmo nesse processo de criação, ele tentará fazer uso de uma nova ordenação que contenha conceitos já existentes no sistema ou na tradição. Como se demonstrará melhor adiante, o sistema tende sempre a trabalhar com um número mínimo de elementos, reduzindo a complexidade à unidade. O ponto de apoio mais seguro, nesse processo final de sistematização, encontra-se na dogmática como discurso.

Observado como a dogmática como discurso compõe a pré-compreensão de toda a comunidade jurídica, vê-se como é descabida a afirmação de Kirchmann a respeito da ausência de valor científico da ciência do direito. Tornou-se famosa a afirmação de que “(...) três novas palavras retificadoras do legislador, e bibliotecas inteiras se tornam papéis velhos”.³²² O erro é evidente: não só a alteração legislativa é condicionada pelo conhecimento dogmático então existente, como tal conhecimento será indispensável para a interpretação dos novos fenômenos jurídicos. Basta verificar, nesse ponto, como os juristas que trabalham sobre textos codificados empregam obras do período do direito comum como base para a interpretação dos textos normativos modernos.

Depois de ter delineado que a dogmática funciona também como um discurso histórico, é preciso agora, voltando à noção de dogmática como raciocínio, verificar como se dá o processo mais elaborado dessa ciência, a saber: a sistematização. Se, na segunda parte, deu-se uma definição do que é a dogmática – depois de, na primeira, ter-se dito o que ela não é –, é preciso agora analisar a dogmática em funcionamento, isto é, como ela constrói o sistema a que almeja. É o que se passa a fazer a seguir, na última seção do capítulo.

³²² KIRCHMANN, J. H. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 23.