

Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica

Leonardo Grison

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

Reitor

Marcelo Fernandes de Aquino, SJ

Vice-reitor

José Ivo Follmann, SJ

Instituto Humanitas Unisinos

Diretor

Inácio Neutzling

Gerente administrativo

Jacinto Schneider

Cadernos IHU

Ano 6 - Nº 25 - 2008

ISSN: 1806-003X

Editor

Prof. Dr. Inácio Neutzling – Unisinos

Conselho editorial

Profa. Dra. Cleusa Maria Andreatta – Unisinos

Prof. MS Gilberto Antônio Faggion – Unisinos

Prof. Dr. Laurício Neumann – Unisinos

Esp. Susana Rocca – Unisinos

Profa. MS Vera Regina Schmitz – Unisinos

Conselho científico

Prof. Dr. Agemir Bavaresco – PUCRS – Doutor em Filosofia

Profa. Dra. Aitziber Mugarra – Universidade de Deusto-Espanha – Doutora em Ciências Econômicas e Empresariais

Prof. Dr. André Filipe Z. de Azevedo – Unisinos – Doutor em Economia

Prof. Dr. Castor M. M. B. Ruiz – Unisinos – Doutor em Filosofia

Dr. Daniel Navas Vega – Centro Internacional de Formação-OIT-Itália – Doutor em Ciências Políticas

Prof. Dr. Edison Gastaldo – Unisinos – Pós-Doutor em Mídias

Profa. Dra. Élide Hennington - Fundação Oswaldo Cruz - Doutora em Saúde Coletiva

Prof. Dr. Jaime José Zitkosky – UFRGS – Doutor em Educação

Prof. Dr. José Ivo Follmann – Unisinos – Doutor em Sociologia

Prof. Dr. José Luiz Braga – Unisinos – Doutor em Ciências da Informação e da Comunicação

Prof. Dr. Juremir Machado da Silva – PUCRS – Doutor em Sociologia

Prof. Dr. Werner Altmann – Unisinos – Doutor em História Econômica

Responsável técnico

Marilene Maia

Revisão

André Dick

Secretaria

Camila Padilha da Silva

Editoração eletrônica

Rafael Tarcísio Forneck

Impressão

Impressos Portão

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Instituto Humanitas Unisinos

Av. Unisinos, 950, 93022-000 São Leopoldo RS Brasil

Tel.: 51.3590-8223 – Fax: 51.3590-8467

www.unisinos.br/ihu

Sumário

<i>Introdução</i>	6
<i>1 A formação da identidade moderna</i>	8
1.1 O sujeito moderno e a tradição iluminista	8
1.1.1 A pessoa humana.....	8
1.2 Autonomia da vontade e moral kantiana	14
1.3 Sujeito moderno e individualismo	17
<i>2 A relação jurídica como elemento central do Direito</i>	22
2.1 O Código Civil Francês e a Escola da Exegese	22
2.2 Escola Histórica Alemã como predecessora do Positivismo Jurídico.....	28
<i>3 Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica</i>	33
3.1 Repersonalização do Direito Privado	33
3.1.1 Público e Privado: quando o privado invade o público	33
3.1.2 Constitucionalização do Direito Privado	34
3.1.3 A dignidade da pessoa humana como elemento norteador da repersonalização	36
3.2 A Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger como enfoque adequado à pessoa	39
<i>Considerações finais</i>	47
<i>Referências bibliográficas</i>	49

Resumo

A presente pesquisa tem seu foco na repersonalização do Direito Privado. A repersonalização surgiu na doutrina após a Segunda Guerra Mundial. Devido a todas atrocidades que ocorreram com a pessoa humana, durante a guerra, a doutrina focou sua preocupação na pessoa humana, e nos valores inerentes à pessoa. O conceito de Direito meramente tecnicista mostrou-se ineficiente em evitar essas atrocidades. Após a escola histórica alemã, e a tradição francesa, com o Código de Napoleão, nosso sistema jurídico se focou no conceito de “relação jurídica”. Com este conceito, a pessoa não tinha mais importância. A única tarefa dos juristas era reduzir conceitos para encontrar a solução do caso. Essa doutrina era inspirada pelo racionalismo da modernidade. Este racionalismo era baseado no que Charles Taylor denominou de razão instrumental, que em pensadores como Descartes e Kant traduziu-se por uma razão descolada do corpo, e da realidade circundante. Justamente porque é descolada, esta razão pode observar e manipular tudo à sua volta. Ela acabou por conduzir a um individualismo que isolou o indivíduo. Também o liberalismo econômico contribuiu para o individualismo, na medida em que pregou que, em agindo por puro egoís-

mo, os indivíduos seriam guiados por uma mão invisível que acabaria por realizar o bem comum. Contra esta visão tecnicista do Direito, baseada na identidade individualista-moderna do sujeito, surgiu o discurso da repersonalização. Esse discurso proclama o fim da separação entre público e privado, fazendo com que os valores constitucionais atinjam as relações privadas. Também, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o dever de tratar a pessoa humana como um fim em si mesma, nunca como instrumento para outro fim. Porém, nada disso surtirá efeito se adotarmos uma concepção abstrata da pessoa humana. Contrapondo-se a isso, apresenta-se a fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, que considera a pessoa em sua situação existencial, ontológica e histórica. E, principalmente, na estrutura pré-compreensiva na qual todos nós estamos situados. Esses são os principais elementos que tornam o pensamento de Heidegger um melhor instrumental para pensar a repersonalização do Direito Privado.

Palavras-chave: Repersonalização do Direito Privado; fenomenologia hermenêutica; constitucionalização do Direito Privado.

Abstract

The present research has its focus on the repersonalization of private law. The repersonalization appeared at the doctrine after the second world war. Because of the atrocities that happened to the human person, during the war, the doctrine has focused his preoccupation at the human person, and the values inherent in the person. Just the traditional technically concept of law was inefficient to avoid this atrocities. After the historical school of law, and the french tradition, with the Napoleon Code, our sistem of law has focused itself only in the concept of “legally relationship”. With this concept, no more was necessary the human person. The only thing to do was reduce concepts to find the solution for the case. This doctrine and this concept were inspired by the rationalism of the Modern era. This rationalism was based in what Charles Tayler called “instrumental reason”. This reason, as in phylosophers like Descartes and Kant, was a reason that was unstuck of the body, and the reallity around us. Because was unstucked, it could observe and manipulate everything. It have conducted to an individualism that isolated the individual. Also the economical liberalism of Adam Smith, and others economists, have contributed to the indi-

vidualism, by saying to people that acting thinking only in itself, an invisible hand will guide the market to achieve the common interest of the society. Against this technical view of law, based in an individualist identity of the modern subjet, has become the repersonalization speech. This speech proclaims that the separation of private and public law must take its end, and the constitutional values must reach the private law. Also, the dignity of the human person principal of law obligate the state, and at the private relationships also, to consider the human person as and end in itself, and not an instrument to another end. But not of this will take effect if we consider an abstract of the human person. To solve this, we present the hermeneutical fenomenology of Martin Heidegger, wich consider the person in its existential, ontological, and historical way of being. And, mainly, the fore-understanding structure in wich we all are situated. This are de main elements that makes the thought of Heidegger an better way of thinking the repersonalization of private law.

Key-words: Repersonalization of private law, hermeneutical-fenomenology

Introdução

Após a Segunda Guerra, devido a todas as atrocidades cometidas contra a pessoa humana, surge, na seara jurídica, o chamado discurso da repersonalização do Direito Privado. No seio desse discurso, uma crítica a tudo que, historicamente, no campo do Direito, fez com que a pessoa perdesse o enfoque principal.

O termo repersonalização (e não apenas personalização) indica uma nova forma de pensar a pessoa. Não se quer dizer que a pessoa não era pensada no Direito, aliás muito pelo contrário. Contudo, a forma não era adequada.

As grandes codificações modernas, e a tradição que se moldou a elas, fundaram-se em um paradigma iluminista, com valores liberais-individualistas. A construção da identidade do sujeito moderno conduziu a um individualismo, um atomismo, a sujeitos que são concebidos como se fossem meros indivíduos. O grande pilar de sustentação dessa tradição era o racionalismo.

Ocorre que a razão, como concebida na modernidade, especialmente em pensadores como Descartes e Kant, era uma razão descolada da realidade. Uma razão que paira no ar, que é como se fosse um ente em abstrato, desconexo do mundo. Dessa maneira, a razão adquire um *status* de superioridade, na medida em que é um ponto de vista privilegiado, na forma como o homem percebe o ambiente em sua volta. Estando a razão distante da realidade, é possível observar a realidade com perfeição.

Acaba por se desenvolver o que Charles Taylor chamou de “razão instrumental”. Uma razão que consegue instrumentalizar tudo à sua volta e consegue reduzir tudo a uma equação de custo/benefício, da forma que lhe convém.

Nesse contexto, emerge também o liberalismo econômico. Com o capitalismo ganhando força, a imagem do sujeito moderno acabava por se modelar à imagem do proprietário.

Todo esse racionalismo acabou dando origem a um tecnicismo que passou a, paulatinamente, retirar a pessoa de seu lugar central. A começar pela escola histórica alemã.

Na descrença por um futuro melhor, e no apego pelo passado, os integrantes da escola histórica alemã voltaram-se para o direito comum romano, passando a compilar as principais decisões. Eis que receberam o nome de pandectistas, pois lidavam com as “pandectas”, as compilações do direito romano.

Ocorre que nessa teoria se construiu os fundamentos para as principais codificações modernas. Das antigas decisões do direito romano, extraíram-se conceitos fixos e imutáveis, resistente aos tempos. O que restava para o jurista era apenas reduzir conceitos.

A estrutura dos principais códigos do mundo remonta em grande parte à escola histórica. Dela que vem o conceito de “relação jurídica”. O conceito nasce com a melhor das intenções, tentando preservar o Direito, que surge da vida em relação, não da vida em singular.

Entretanto, a idéia não prospera, e o que acaba por acontecer é que a pessoa acaba por ser esca-moteada a fim de dar lugar a este conceito.

Com o surgimento do positivismo, e a separação entre Direito e moral, estes conceitos irão permanecer até o Segundo Pós-Guerra, quando da crítica do discurso da repersonalização.

Nesse período, surge a chamada constitucionalização do Direito Privado, que pretende abranger o Direito Privado com os valores constitucionais, eliminando-se a separação outrora existente entre esses dois ramos do Direito.

A essa altura, e com toda conseqüente discussão acerca da pessoa, passa a ter importância, e em casos como o Brasil já em seus primeiros artigos, e como fundamento do Estado Democrático de

Direito, surge o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ele é que impõe o dever jurídico do tratamento não instrumentalizado à pessoa, tanto por parte do Estado quanto nas relações privadas.

Assim, surge a necessidade de discutir o tema da pessoa e sua dignidade, havendo de ir além das fronteiras jurídicas, atingindo os demais ramos do saber. Apenas na seara jurídica não se consegue aferir elementos suficientes a pensar a pessoa na sua totalidade.

Surge, assim, a fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, para o qual o homem é mais bem visto quando considerado em sua historicidade, existencialidade, e principalmente na dimensão pré-compreensiva na qual se encontra. No presente trabalho, entendeu-se, por esses motivos, que a fenomenologia de Heidegger constitui o referencial mais adequado a pensar a pessoa humana.

O presente trabalho tem por escopo analisar o discurso acerca da repersonalização do Direito Privado, procurando, igualmente, contribuir para a densificação teórica do tema.

Por opção metodológica, parte-se, no primeiro capítulo, do estudo acerca da pessoa, investigando como se deu a formação do conceito de pessoa na modernidade, bem como analisando os limites da pessoa. Investiga-se os limites tem-

porais, ou seja, surgimento e fim da pessoa, bem como se investiga quem é e quem não é pessoa.

Em seguida, ainda no primeiro capítulo, analisa-se o pensamento ético de Kant, pilar essencial ao juspositivismo, que é também o filósofo que mais se debruçou sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo importante referência.

Por fim, trata-se de aspectos como o individualismo, analisando como fenômenos como o liberalismo econômico e a formação de uma razão instrumental contribuíram para a formação desse sujeito atomizado, este indivíduo que é a pessoa do individualismo.

No segundo capítulo, analisa-se como o tecnicismo, através da Escola Histórica Alemã e da Escola da Exegese, escamoteou a pessoa. Parte-se da análise do Código Civil francês e a tradição que o cercou, para, posteriormente, tratar-se da Pandectística Alemã.

Já no terceiro capítulo, analisa-se o discurso da repersonalização, que tem como pilares a quebra da rígida separação entre público e privado, e a conseqüente constitucionalização do Direito Privado, bem como a dignidade da pessoa humana como norte axiológico do Direito.

Ao final, expõe-se sucintamente o referencial teórico da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, aplicando-se a reflexão do filósofo ao discurso da repersonalização.

1 A formação da identidade moderna

1.1 O sujeito moderno e a tradição iluminista

O efeito produzido pela promulgação da Constituição e o recente Código Civil alteraram substancialmente o papel da pessoa em nosso Direito. A começar pela Constituição, que em seu art. 1º já traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Por sua vez, o Código Civil não deu a esperada ênfase na pessoa, mas não há dúvidas de que, por força da Constituição, há um lugar especial para ela. Esse lugar é justamente o centro gravitacional do ordenamento jurídico.

É o ordenamento jurídico incorporando a máxima kantiana de que a pessoa deve ser tida sempre como fim, jamais como um meio.¹ Porém, essa alteração não será implementada da noite para o dia como se uma mera alteração legislativa fosse suficiente. Há que se chegar no imaginário dos juristas, que precisam ter em mente essa máxima ao compreender/interpretar/aplicar o ordenamento jurídico.

Além disso, não é suficiente mencionar a centralidade que adquire a pessoa humana, mas sim considerá-la em sua situação existencial, sua historicidade e sua concretude, rejeitando qualquer construção teórica que a coloque em algum lugar abstrato.

Por mais que pareça singelo, o tema requer profundas reflexões. Ao nosso juízo, parece pru-

dente começar pela reflexão acerca da pessoa para que possamos discutir sua dignidade e suas implicações para o Direito. A este passo, cabe esclarecer que não há a pretensão de construir um conceito fechado que encerre em si a definição do que é a pessoa. Isso seria absolutamente impossível, dado que a complexidade da realidade faz com que seja impossível que um conceito a abarque. Mas nem por isso a tarefa de conceituar torna-se inócua, muito pelo contrário, é função da doutrina fornecer subsídios aos tribunais, através da reflexão de cunho científico-filosófico. Além do mais, não se vislumbra essa pretensão em um conceito, pois como já se disse, seria um grave erro, já que, como bem lembrou Lucien Seve,² o conceito de círculo não precisa ser redondo, o conceito de cachorro não precisa ladrar, e o conceito de contraditório não necessita ser eivado de contradição.

1.1.1 A pessoa humana

Uma leitura que embasou boa parte da discussão até os dias de hoje é a de que pessoa é um ser dotado de razão e consciência, bem como de moralidade. Tal entendimento encontra embasamento nas idéias iluministas que culminaram com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.³

¹ “Age de tal maneira que possa usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 59.

² SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 17.

³ O documento citado foi aprovado em 26 de agosto de 1789. Suas inspirações políticas foram a Revolução Americana (1776) e a Assembléia Nacional Constituinte francesa (1789) Inspirou diversas Constituições, da França, e de outros países, bem como tratados internacionais. O mais expressivo é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado pela ONU em 1948. A carta dos direitos humanos de 48 mostra a força que adquiriram essas idéias ao longo de nossa história e guarda grande importância com o tema que aqui se esta a desenvolver. Em seu primeiro artigo diz “todos os seres humanos nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Para Vicente Barreto,⁴ o debate acerca da pessoa ficará “a deus dará” se permanecer em um nível de discussão que não passe da biologia, já que a ciência contemporânea encontra dificuldades em precisar os momentos cruciais para o surgimento da pessoa e as suas implicações, razão pela qual faz-se necessário uma investigação sob uma ótica moral.

Pelo mesmo caminho, segue o jurista José Carlos Moreira da Silva Filho, ao dizer que “percebe-se que a palavra pessoa aponta para uma verdadeira construção cultural e que, tal qual ela chegou aos dias presentes, indica muito mais do que apenas um ser biológico”.⁵

E este ponto é crucial para se perceber a diferença entre indivíduo e pessoa. “O indivíduo faz parte dos conceitos da ciência biológica; a pessoa não. [...] Aquilo que visamos no ser humano, ao nomeá-lo pessoa, é de ordem incorporeal”.⁶ A pessoa aponta para um caráter primordialmente moral, que acaba por rejeitar o conteúdo meramente genético, o qual nos faz seres humanos, mas não pessoas.

Por essas razões expostas, é que só um debate transdisciplinar consegue fundamentos razoáveis.

Por mais que falar em um genoma remeta-nos à ciência genética dos tempos de hoje, e por muitas vezes a genética tomou conta desse debate, estabelecendo como pessoa aquele que possui o genoma humano, é com a Igreja Católica que surgem essas idéias. Aliás, não só essa idéia vem des-

sa tradição religiosa. A idéia de que só o homem, e todo o homem, é pessoa, também surge com a Igreja.⁷ Como bem demonstra o jurista alemão Hans Hattenhauer,

se necesitó largo tiempo para que en la vida jurídica el concepto de persona quedase circunscrito al hombre. Los fundamentos se encuentran en la teología moderna, singularmente en Tomás de Aquino (1225-1274). En todas las páginas de la Biblia veían escrito los doctores de la Iglesia que el hombre es creación de Dios y que, aun cuando criatura, es, al mismo tiempo, rey y señor de la Creación. Lo que diferenciaba al hombre de su Creador era el ser creado; de las demás criaturas le diferenciaba el don divino de la razón (ratio).⁸

Para a doutrina católica, os limites da pessoa estão associados ao dom divino da razão, sendo que é essa característica que nos diferencia dos animais. Os limites temporais passam a serem estabelecidos pela alma. Passa-se a ser pessoa a partir do momento em que a alma é incorporada ao corpo, sendo que deixamos de ser pessoas quando a alma deixa o corpo, ou seja, com a morte.

A importância dessa discussão é grande, e não resta circunscrita ao terreno da bioética.

Cuando el descubrimiento de América brindó el disfrute de incalculables riquezas naturales, se planteó la cuestión de hasta qué punto los conquistadores hispano-portuguêses tenían derecho a lucrarse del Nuevo Mundo. La disputa se centró especialmente en la situación de los indios, en la cuestión de si, al tratar-se de seres irracionales, se les podía matar como a animales, robándoles sus metales preciosos y sus tierras. A la vista de las riquezas naturales de América, consideradas in-

⁴ BARRETTO, Vicente, op. cit, p. 227.

⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a Alteridade que Emerge da *Ipseidade*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, p. 5.

⁶ SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*, op. cit., p. 19

⁷ Tal íntima relação não é novidade. Ao longo dos tempos, mesmo quando se pretendeu uma separação entre direito e religião, se percebe a grande influência do pensamento religioso no Direito. No exemplo aqui trazido, trata-se de um debate contemporâneo acerca da bioética, porém em outras searas perceberemos isso, como por exemplo nas influências em que muitos filósofos exerceram sobre o Direito. Nesse momento histórico, vários pensadores pretenderam desenvolver um pensamento laico, muitos inclusive dizendo-se ateus, porém o que se verifica, ao analisarmos com maior crítica, é que mesmo esses pensadores traziam consigo uma grande carga de influencia do pensamento religioso. Para John Gray, “A filosofia, como usualmente praticada, é uma tentativa de encontrar boas razões para crenças convencionais”. À época de certos filósofos, a crença convencional era o cristianismo, tradição da qual não puderam se desvencilhar, encontrando em seu pensamento “boas razões” para continuar a crer na religião. In: GRAY, John. *Cachorros de Palha*: Reflexões sobre humanos e outros animais. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006.

⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*: Introducción histórico-dogmática. Barcelona: Editora Ariel, s.a., p.14-15.

comensurables, carecia de sentido seguir reconhecendo a la Creación inanimada, vegetal o animal, la calidad de persona y, consecuentemente, el beneficio de la protección jurídica, por lo que la doctrina de los iusnaturalistas puso esta parte de la Creación a libre disposición de los conquistadores; pero cuanto más inequívocamente reclamaba para los indios la protección del derecho.⁹

Tal diferenciação não era novidade, como foi visto anteriormente. Só com Tomás de Aquino é que se estabelece que todo homem, e só o homem, é pessoa. Na Idade Média, era normal atribuir personalidade a objetos e animais.

Baste indicar que en las culturas arcaicas, y también desde las formas de lo pensamiento más antiguas hasta el presente, siempre se buscó y encontró la personalidad en otros objetos. El campesino germánico hablaba con sus animales la noche de San Silvestre y les llamaba por sus nombres. El labriego joven comunicaba la muerte del viejo a su caballo. El guerrero hablaba con su espada, cuyo apelativo importaba para el servicio. El hombre confundía a sus criados con los utensilios de la vida cotidiana, con el animal y con el árbol, de los que conocía sus nombres y charlaba con ellos, no sorprendiéndose de que el caballo fallada comenzara a hablar.¹⁰

A fundamentação para esse entendimento era que todos eram igualmente criaturas de Deus, tanto os homens quanto os animais, e, porventura, objetos. Porém, mais paradigmático que o conceito de pessoa humana adotado pela Idade Média é o conceito adotado na modernidade. Como sabemos, foram profundas as transformações advindas com a modernidade e o Iluminismo. Ocorreu uma pretensa separação de Deus e dos valores cristãos a fim de colocar o homem no centro do pensamento, passando a adotar-se uma filosofia laica.

Partindo desse pressuposto é que se torna possível compreender as diferenças entre sujeitos, pessoas e indivíduos.

Nas palavras de Lucien Sève, “Quem diz pessoa diz portanto, simultaneamente, sujeito e liberdade”.¹¹ O filósofo prossegue arguindo que

O ser humano é humano porque tem como ponto de partida a humanidade como espécie biológica. A pessoa é humana num sentido completamente diferente: pelo facto de tomar como fim a humanidade como ideal regulador. No ser humano a humanidade está presente a título de facto. Na pessoa, ela está representada como um valor. É esta representação que constitui a consciência moral.¹²

Portanto, as implicações são muito mais éticas do que físicas, mesmo que vulgarmente use-se a palavra pessoa para tratar de seres “de carne e osso”, que são na verdade indivíduos, mas não necessariamente pessoas. O grande pensador por trás dessa concepção é o filósofo Immanuel Kant, que será abordado no próximo ponto deste capítulo. Desde já se mostra a importância da liberdade, onde só por ela podemos tornar-nos agentes morais, e, portanto pessoas, bem como a ideia de sujeito, que é aquele que se sujeita ao outro, ou seja, não é um indivíduo isolado. Síntese melhor não poderia ser feita, quando Sève diz que “Não há pessoa sem liberdade”.¹³

Esse é também o suporte para a criação do chamado “sujeito de direito”. Apartado do corpo, a pessoa do Direito é aquela apta a ser titular de direitos e obrigações. Reside, pois, em uma abstração, não na realidade concreta. Isso não significa um descaso com o corpo, mas sim uma exigência técnica, a fim de se diferenciar o indivíduo da pessoa. Diferenciar o ser natural do sujeito racional. “Eis por que razão o corpo, enquanto tal, está ‘ausente no Código Civil’: o que constitui a pessoa de direito não é o organismo humano, mas a ‘vontade agente’”.¹⁴

⁹ HATTENHAUER, Hans *Conceptos Fundamentales Del Derecho Privado*, op. cit., p 15.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*, op. cit., p. 20.

¹² Idem, *ibidem*, p. 21.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 25.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 22.

Dessa maneira, não há razões para especulações de ordem fisiológicas quando se está a tratar da pessoa, como seguidamente se observa.

Uma vez delimitado com exactidão o seu conceito, espanta-nos ver que, com tanta frequência, se continua a pedir à biologia que nos esclareça sobre ela – sobre o seu começo, o seu fim, e mesmo sobre os eu próprio ser. Alguém se lembraria de pedir à química dos corantes que nos instruisse sobre aquilo que constitui a beleza de um quadro? [...] Biólogos, não subam acima da natureza! [...] Não é a ciência do ser vivo que funda o respeito pelos mortos. E a Declaração dos Direitos do Homem não se apóia na embriologia para proclamar que os homens nascem iguais em direitos.¹⁵

Sendo a “pessoa” um conceito que transcende o carnal, só poderá existir em uma comunidade, onde há interação entre os sujeitos. Isso também não quer dizer que se possam discriminar os membros de uma comunidade, pois, se “todos indivíduos diferem entre si, todas as pessoas se equivalem”.¹⁶ Para que se respeite a dignidade da pessoa humana, é necessário o igual respeito a todos; eis que todos são iguais em dignidade.

E afirmar que a pessoa transcende o carnal é afirmar que ela está muito mais intimamente ligada com o sujeito do que com o indivíduo. Por óbvio que o indivíduo é a condição de possibilidade do sujeito, e, conseqüentemente, da pessoa, mas há de fato uma superestimação da dimensão concernente ao indivíduo. Persiste-se ainda nas idéias de mensurar a “pessoa” através de sua dimensão física, fisiológica. Bom exemplo são os testes de QI. Tenta-se mensurar atributos psíquicos, de ordem que transcende o meramente fisiológico, mas que, no entanto, mede-se pelos mesmos métodos que se mediria, ou se avaliaria, qualquer outro ser existente na natureza.

É a tentativa incessante de encontrar a medida da pessoa no caminho que vai entre genoma e o ambiente em que se inserem os indivíduos. O velho e desgastado debate entre natureza e cultura. “Assim nos seringaram durante mais de uma dé-

cada, e asseguraram-nos ainda, de tempos a tempos, que a inteligência humana seria ‘determinada a 80% pelo patrimônio genético e 20% pelo meio’”, explicita Lucien Sève. Conclui o filósofo que é “como se o pão, por exemplo, ‘se explicasse’, em 80% pela farinha e 20% pelo padeiro”.¹⁷

Elemento muito mais importante, e caracterizador da pessoa, é a linguagem. Tal elemento é constitutivo da espécie humana, não sendo encontrado em nenhuma outra espécie, já que nenhuma outra “fala”. Dos gestos articulados e da fala, pois, se constituem os elementos necessários para a comunicação. Tais elementos nos unem muito mais ao “sujeito” do que ao “indivíduo”.

O indivíduo traduz-se muito mais no ser de carne e osso, dotado de um elemento genético que o iguala com os da sua espécie ao mesmo tempo em que o difere das demais, bem como dotado de elementos que o diferencia de seus iguais, tornando-o singular dentro da espécie.

Da idéia do indivíduo enquanto ser isolado, do latim *indiviso*, aquele que não se divide, extrai-se que nem sempre tal forma foi a dominante nas sociedades.

Pois, falando socialmente, os homens nem sempre foram, nem são em toda a parte, *indivíduos*. Nas sociedades pré-mercantis, em geral, o ser humano permanece largamente inscrito em laços de dependência natural e social onde se define muito mais pelas suas relações do que pela sua individualidade. [...] Mas seria dar prova de uma estranha cegueira não ver, no indivíduo dos tempos modernos, as marcas profundas da sociedade burguesa onde ele tomou outrora impulso e prossegue hoje a sua evolução.¹⁸

O individualismo é um fenômeno que surge na modernidade, na qual o que se verificou foi uma espécie de atomização do indivíduo. A idéia de sujeito torna-se, portanto, contraditória em relação ao individualismo, pois nele a idéia de abertura ao outro é permanentemente presente. Passa a estar presente a subjetividade. Agora, aquele ser de “carne e osso” deixa de ser a referência, to-

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 23-24.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 23.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 51.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 58.

mando lugar o simbólico. Acabam por serem deixadas de lado as referências genéticas, dando lugar ao elemento cultural.

Do isolamento se parte para a interação com o outro, para uma dinâmica relacional de reconhecimento, já que o outro é que constitui o sujeito. O fundamento é a constante necessidade humana de reconhecimento. Assim, o sujeito é um ser eminentemente relacional. É o psíquico em contraposição ao fisiológico.

Entretanto, o conceito também teve sua origem histórica, passando pelo Antigo Regime, onde sujeito era aquele que se submetia ao sistema feudal, inserindo-se na ordem hierárquica, chegando à modernidade com sua concepção pós-revolução francesa, onde ele é o soberano, situação na qual, teoricamente, é a ele que se submete a ordem hierárquica, considerando o contexto democrático.

Conclui-se que a pessoa é uma referência que aponta muito mais para uma dimensão moral do que de outra natureza, tendo como base o indivíduo, mas mantendo relação muito mais estreita com o sujeito.

Durante toda a história da humanidade, em especial a modernidade, muitos pensadores se debruçaram sobre as questões acerca da pessoa.

Dentre esses pensadores, certamente que um dos mais influentes é René Descartes. O autor representa um marco na história do pensamento, e exerceu grande influência sobre diversos autores que surgiram após ele.

Em Descartes, verifica-se um processo de interiorização, semelhante a Santo Agostinho e até mesmo Platão, para o qual as fontes morais da pessoa estavam localizadas internamente. Platão remetia as fontes morais ao mundo das idéias, que era algo interno e inato. Santo Agostinho utiliza o mesmo raciocínio para falar da “Cidade de Deus”, que também nos é interior. Para ouvir a voz de Deus, é preciso voltar-se para si. O ponto que diferencia Descartes é que, apesar da interio-

rização advinda de um racionalismo e de um individualismo, o filósofo diz que conhecer é ter uma representação correta da realidade, que é exterior ao indivíduo. A interioridade se mostra quando ele diz: “seguro de que não posso ter conhecimento do que está fora de mim a não ser por meio das idéias que tenho dentro de mim”.¹⁹ O que se vê é uma evidente supremacia da razão. Uma razão instrumentalizadora da realidade.

Ocorre que essa é uma razão descolada, como trata Charles Taylor. Na idéia de que conhecer é apreender corretamente a realidade, está implícita a idéia de que a razão não está inserida na realidade circundante. É como se estivesse localizada em algum lugar abstrato, privilégio do observador. Entretanto, como salienta Charles Taylor,

o dualismo cartesiano *precisa* do corporal, ao passo que o de Platão, não. Não que Descartes não conceba nossa entrada num estado desencarnado depois da morte, mas sim que, em nossa situação atual, a forma de perceber nossa essência imaterial é a adoção de certa postura em relação ao corpo.²⁰

E essa postura acaba por ser instrumentalizadora. O corpo passa a ser meramente o meio que torna possível a razão conceber a realidade. É uma razão descolada de sua realidade e até mesmo de seu corpo.

Temos de deixar de ver o universo material como uma espécie de meio, em que conteúdos psíquicos como calor e a dor, ou as supostas Formas ou Espécies da tradição escolástica, podem ser alojadas, incorporadas ou manifestas. [...] Trazer todo esse reino de sensações e propriedades sensíveis para a clareza significa apreendê-lo como o faria um observador externo, seguindo a conexão causal entre estados do mundo ou do meu corpo, descritos em propriedades primárias, e as “idéias” que provocam em minha mente. Clareza e diferenciação exigem um passo para fora de nós mesmos e uma perspectiva desprendida.²¹

A dicotomia corpo-alma é antiga, remontando aos gregos. A começar com Platão, que entendia serem coisas separadas o corpo e a alma. Para

¹⁹ Carta a Gibieuf, 19 de janeiro de 1642; *Descartes*. Philosophical Letters, Oxford, Oxford University Press, 1970, p. 123 *apud* TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 191.

²⁰ TAYLOR, op. cit., p. 193.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 193.

Platão, assim como posteriormente para Descartes, tudo o que há de positivo está na alma, e o que há de negativo, está no corpo.²² Em Platão, isso se justifica pois, para ele, a alma é que tem acesso ao mundo inteligível, portanto ligado ao mundo das idéias, restando ao corpo só o sensível.

Assim, o corpo é visto como um obstáculo ao conhecimento, no momento em que nos remete a paixões e ilusões, desviando o nosso entendimento. O corpo aparece como um óbice à razão. “A alma pode chegar à verdade, o corpo pode apenas limitá-la. A alma está ligada à perfeição do mundo das idéias, enquanto o corpo é um obstáculo tanto na ordem do conhecimento quanto na ordem da conduta moral.”²³

Em Descartes, se mantém o dualismo inteligível-sensível, aplicando-se ao corpo e a alma, igualmente, onde criou as categorias *res cogitans* e *res extensa*. A concepção de corpo para o filósofo é uma concepção mecanicista, instrumental. Como bem salientou Charles Taylor, a diferença é que para Descartes a razão precisa do corpo, mas este é um mero instrumento daquela.

O corpo, para o filósofo francês, é igualmente deturpador dos juízos da razão. É a idéia de que “as aparências enganam”. Só a razão tem acesso ao verdadeiro conhecimento, restando ao corpo ficar na sua denegrida materialidade.

A metáfora ideal para expressar o pensamento de René Descartes é a do piloto de um navio. O navio é a máquina perfeita, mas só têm funcionalidade nos comandos do piloto. A alma está para o corpo como o piloto está para o navio.

O pensamento cartesiano influenciou de sobremaneira as ciências modernas, em especial a medicina. Sendo o corpo apenas uma “coisa”, é possível realizar procedimentos cirúrgicos que

não se realizariam, pois inconcebíveis, se fossem em relação à pessoa.

A fragmentação permitiu que a medicina tratasse isoladamente as partes do ser humano, permitindo o tratamento especializado. Não se trata de um corpo por inteiro, tampouco de uma pessoa, mas sim de braços, pernas, mãos, órgãos etc. O corpo do doente passa a ser um objeto a ser tratado. A palavra corpo passa a ter o condão de designar o cadáver, também. O corpo é o que está morto, sendo que a alma que lhe confere vida.

Mas nem sempre foi assim que o assunto foi tratado. Diversas críticas foram construídas em cima dessa concepção, mostrando que não há separação entre corpo e alma, e que o corpo, na verdade, somos nós. Eu sou o meu corpo. Ele não é um simples objeto que me pertence. Logo, o desejo sexual e o amor passam a ser pelo corpo também.

Não há desejo entre dois espíritos desencarnados, porque o desejo requer sempre o pensamento do corpo e a existência de nós mesmos e dos outros como criaturas encarnadas. Aliás, não há desejo sem sensações corporais involuntárias e sem certos gestos involuntários de nosso corpo. No entanto, o outro jamais se identifica com o seu corpo, mas através de seu corpo. A consciência de excitação de outrem é a consciência de que somos “alguma coisa” para outrem em nosso corpo, e, ao mesmo tempo, que não somos um simples corpo para aquele que nos deseja.²⁴

Mesmo o amor indo além das fronteiras do desejo, é o desejo que abre as portas para o amor, reiterando a importância do corpo.

Como se disse anteriormente, o dualismo corpo-alma tem sua origem nos gregos. Entretanto, para Aristóteles o mesmo não ocorria. Para o filósofo de Estagira, corpo e alma são uma coisa só, numa unidade indissolúvel. O corpo é a maté-

²² Aliás, tal palavra é a prova de que as palavras não possuem um sentido unívoco, devendo o sentido ser construído pelo intérprete, variando de contexto para contexto, conforme a pré-compreensão de que parte o intérprete. Basta ver que esta palavra pode designar conjuntos – o corpo docente, por exemplo – ou apenas a singularidade do corpo humano, na sua dimensão carnal, como em Descartes. Assim como a palavra pessoa, a palavra corpo é uma construção cultural, que varia de cultura para cultura.

²³ Verbete Corpo. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 356.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 358.

ria, a alma é a forma. O corpo é vida em potência, a alma confere a vida, é a psique.²⁵

Além da tradição aristotélica, outra tradição que irá criticar os dualismos é a da fenomenologia, que conta com importantes nomes como Sartre e Husserl.

Para essa corrente, antes de tudo, a primeira experiência do homem é a presença no mundo, que se opera através do corpo. O corpo é sempre o ponto de vista que estou eternamente condenado a ter; o ponto de vista sobre o qual não pode haver ponto de vista. É sempre o meu ponto de partida para compreender o mundo.

Lógico que existe um corpo-objeto, passível de observação, mas o corpo-sujeito, por ser o ponto de partida da observação, é impossível de ser observado. Utilizando-se a expressão cunhada por Hannah Arendt, é como se saltássemos sobre nossa própria sombra.

Não há limite entre o corpo e o mundo, porque o mundo não existe autonomamente, senão em relação ao ser que compreende, ao *dasein*.²⁶ Não existe, pois, o mundo, mas sim a compreensão do mundo, que se dá sempre através do corpo, e pelo corpo, mas antes de tudo no corpo. Não se ignora a existência de um mundo à parte, mas, se esse mundo existe, não é possível apreender um sentido previamente estabelecido, e sim interpretar/compreender esse mundo, numa compreensão que sempre se dá numa pré-compreensão que lhe é anterior, e sempre através do corpo.²⁷

A crítica fenomenológica põe por terra a concepção bipartida de corpo e alma, compreendendo o corpo como um todo, o todo da pessoa, o todo da qual ela não pode abrir mão, o todo que é sua condição necessária de *ser-no-mundo*. É o corpo, inclusive, a condição de possibilidade de sermos sujeitos, pois é através do corpo que nos reconhecemos nos outros, ou seja, no corpo dos outros.

1.2 Autonomia da vontade e moral kantiana

O próximo passo essencial para se discutir uma “repersonalização” do Direito Civil é discutir a dignidade da pessoa humana. Como havíamos relatado anteriormente, a Constituição elege a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dessa forma, seguindo o retrospecto ocorrido com o conceito de pessoa, analisar-se-á o conceito de dignidade da pessoa humana. Para tal, foi escolhido Immanuel Kant, tido como principal representante do Iluminismo. Não é por acaso tal escolha: poucos filósofos exerceram tanta influência sobre o Direito como Kant. Da mesma forma, poucos filósofos trataram com tamanho afinco o tema da dignidade da pessoa humana.

Para Kant, vivemos em um período singular da história, pois é na modernidade que a humanidade chegou à sua maioridade. Kant entende que o ser humano chega à maioridade quando consegue fazer uso de seu próprio entendimento. Em contraposição a esse conceito está o conceito de Menoridade, que é quando o ser humano não consegue fazer uso de seu próprio entendimento sem se pautar por outro indivíduo.

Não é, portanto, um conceito ligado à idade da pessoa, o de maioridade, e sim a um estágio de compreensão das coisas em que o ser humano faz uso exclusivamente de sua racionalidade. É adotar-se o espírito crítico que todo ser humano deve ter, questionar a todo custo, rejeitar os padrões de conhecimento preestabelecidos. Nesse estágio, a maioridade, o ser racional chega ao auge de sua maturidade, e guia-se exclusivamente por sua razão, sem se deixar levar por seus impulsos e suas inclinações.

É graças ao Iluminismo que o ser humano pode fazer uso de seu próprio entendimento,

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 358.

²⁶ *Dasein*, mais utilizado pela tradução de ser-aí, é categoria do pensamento do Martin Heidegger, e será explicitado no último capítulo, quando exposto o referencial teórico que embasa o presente estudo.

²⁷ Nesse sentido, ver *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*, op. cit., p. 358-359.

pois não mais estava submetido a uma ordem cósmica que lhe era superior, ou até mesmo a uma ordem divina das coisas, como ocorria no Medievo.

Isso porque a liberdade é essencial. No contexto social das conquistas ocorridas na modernidade, a liberdade, particularmente, teve o grande feito de permitir que cada um fizesse uso de sua própria razão da maneira que entendesse. Finalmente, chegava-se ao estágio da evolução histórica onde isso era permitido.

Maioridade é, no plano moral, a meta de todo ser humano, que cria sua independência e sua identidade, na medida em que pode pensar por si, criando independência e autonomia.

Porém, o próprio Kant reconhece que é mais fácil permanecer na menoridade, já que é mais fácil estar sob a tutela de outro indivíduo, não tendo que arcar com as responsabilidades advindas da liberdade, tanto a de agir como a de pensar.

No pensamento de Kant, a menoridade é o estágio no qual todos nos encontramos num primeiro momento, aquele que antecede ao uso livre da razão, e, portanto, a maioridade.²⁸

Como já referido, a liberdade é essencial para atingir-se a maioridade, razão pela qual o conceito de autonomia toma grande importância na obra do filósofo prussiano. A boa moralidade é aquela fundada no dever, mas o dever que cada indivíduo impõe a si mesmo. O ser racional obedece somente à lei que ele impõe a ele mesmo, pois, de outra maneira, sua razão não seria considerada um fim em si mesma, e portanto não teria dignidade.

Vale dizer que na ética, ao contrário do Direito, as normas devem ser estabelecidas por aqueles que irão cumpri-las. Ou seja, cada pessoa é um legislador de si próprio. As normas jurídicas são normas objetivas e heterônomas, ao contrário da

lei moral, na qual prevalece a autonomia de cada indivíduo.

Tanto é assim que, ao contrário de autores clássicos, como Aristóteles, para Kant, não é necessário que os indivíduos achem correto, ou alegrem-se em cumprir as leis do Estado, mas unicamente que as cumpram. “A política kantiana não exige virtudes subjetivas, mas só o cumprimento público da lei que delimita o exercício externo da liberdade.”²⁹

O mesmo ocorre com a política. Estabelece-se o rompimento do Direito, e da Política, com a moral. A ética agora passa a ser algo estranho ao Direito, restando a este apenas as normas, sem qualquer conteúdo valorativo.

O fundamento é justamente dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, acaba tendo vital importância o conceito de dignidade em Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial. [...], mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.³⁰

Partindo desses pressupostos, Kant constrói uma ética individualista, sendo esta muito mais os fundamentos de uma ética do que uma ética propriamente dita. Isto é, Kant não impõe valores a serem seguidos, pois dessa forma não teria os outros seres humanos como fim em si mesmos, mas estabelece os passos que uma ética deve seguir.

²⁸ Para José Roque Junges, “Para que aconteça o Iluminismo, isto é, a chegada do ser humano à maioridade de sua consciência, não se exige, segundo Kant, mais que a liberdade. [...] Trata-se de levar as pessoas a raciocinar antes de obedecer, saber das razões por que agem de certa maneira, enquanto cidadãos”. (JUNGUES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In: *Teologia e Humanismo Social Cristão: traçando rotas*. N° 1, Unisinos: São Leopoldo, p. 147).

²⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62.

³⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 65.

Teremos, pois, de inquirir inteiramente *a priori* a possibilidade de um imperativo categórico, pois ainda não temos a vantagem de a sua realidade nos ser dada na experiência, de modo que não seria necessária a possibilidade de estabelecê-lo, mas somente a de explicá-lo.³¹

Aqui acaba por explicitada a tendência de conceber as coisas *a priori*, pilar do racionalismo moderno. O mesmo raciocínio será aplicado ao Direito, exercendo grande influência sobre os positivistas, que irão conceber o ordenamento jurídico sob o prisma de conceitos previamente estabelecidos e dedutíveis quando da incidência da norma no caso concreto.

Na ética kantiana não é diferente, já que ela não é casuística. Kant cria um sistema totalmente *a priori*, por meio do qual se pode estabelecer previamente se uma ação é correta ou não. Ou seja, a experiência é totalmente desnecessária. Aqui fica evidente o que Charles Taylor³² denomina de razão instrumental, e o instrumento é justamente o imperativo categórico.

Os Imperativos Categóricos nada mais são do que fórmulas preconcebidas a fim de submeter qualquer ação, sabendo então se é correta ou não. Esse é o pilar da ética kantiana.

E o Imperativo é Categórico, pois representa uma ação que é necessária por si mesma, não sendo meio para outra ação. Contrapõe-se ao Imperativo Hipotético, que representam ações possíveis que visam atingir outro fim.

Como definiu Padre José Roque Junges, “a ação praticada por dever depende da máxima que a determina e não do objeto da ação. [...] Agir moralmente é agir por respeito e segundo a representação da lei, isto é, a máxima universal ou o imperativo categórico”.³³

Para Kant, o imperativo é único, e descrito da seguinte forma: “Age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.³⁴ Essa é, portanto, uma es-

pécie de fórmula geral do imperativo categórico. É máxima semelhante a “não faça aos outros o que não queres que façam a ti”. Não por acaso, a máxima kantiana é tão semelhante ao postulado cristão, e essa é justamente a crítica que Schopenhauer faz a Kant. Isso, na verdade, acaba por ser um problema da filosofia como um todo. Nas palavras de John Gray, “a filosofia, como usualmente praticada, é uma tentativa de encontrar boas razões para crenças convencionais. No tempo de Kant, o credo das pessoas convencionais era o cristão; hoje é humanista”.³⁵

Aqui está o principal objetivo, que se materializa através do imperativo categórico: universalizar toda e qualquer conduta. É o dever de a todo instante se perguntar: “E se todos fizessem isso?”. Observe-se, e aqui se demonstra o que outrora mencionado, o conteúdo racionalista e, portanto, *apriorístico* da ética kantiana. Conceitos como certo e errado não são provenientes de uma educação, de uma cultura, ou de uma experiência de vida, mas unicamente de um processo racional de dedução lógica. O silogismo é elevado a pressuposto básico da razão.

Partindo desse pressuposto geral, Kant desenvolve as três formulações do imperativo categórico, sendo a primeira “Age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza”.³⁶ Aqui o que se tem é a própria decorrência lógica da formulação básica do imperativo categórico. É a imposição de querer que a ação praticada pelo agente seja praticada pelo restante da humanidade. A pretensão de que o “certo” seja certo para todos, não sendo formulações singulares, com validade para casos isolados. É a impossibilidade de que uma ação seja correta em um determinado momento e errada em outro.

Desta formulação, decorre a segunda formulação do imperativo categórico, que prescreve:

³¹ Idem, *ibidem*, p. 50

³² O referido autor será melhor abordado no próximo item deste capítulo.

³³ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo, op. cit., p. 150.

³⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, op. cit., p. 51.

³⁵ GRAY, John. *Cachorros de palha*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 53.

³⁶ Idem, *ibidem*, p.52.

“Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.³⁷ Nesta seara, além da pretensão de universalidade da ética kantiana, o que se tem é a humanidade como fim de todas ações, por respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, para que uma ação, do ponto de vista ético, seja correta, é necessária que nela o agente tenha a pretensão de universalidade, bem como vise à humanidade como fim, e nunca como meio, ou instrumento, para outro fim.

Por fim, Kant chega à terceira formulação do imperativo categórico, que consiste em ter a vontade como legisladora universal, como fim. “É o princípio da autonomia da vontade. Enquanto legisladora universal, a vontade é autonomia diante da heteronomia da lei, pois torna-se autora.”³⁸ E aqui surge o elo entre moralidade e dignidade, qual seja, conceber os sujeitos racionais como um conjunto de fins em si mesmos, e não como meio para outros fins. O terceiro passo, portanto, já concluída a análise da universalidade e da pretensão da humanidade como fim, apresenta a análise de cada indivíduo em si, e da sua vontade. É a obrigação de respeitar a dignidade de cada indivíduo, sendo necessário para isso respeitar a vontade de cada um.

Esse, particularmente, é o motivo pelo qual não se pode conceber postulados éticos advindos

de outrem. Por isso, Kant estabelece que cada indivíduo é legislador de si mesmo. A vontade acaba por ser elevada a seu expoente máximo.

E, apesar de tratar-se de um filósofo, faz-se desnecessário relembrar o período histórico em que para nosso direito privado mais interessava a autonomia privada do que a lei estatal. Forte foi a influência de Kant sobre a ideologia liberal. O pressuposto de que havia dois sujeitos racionais estabelecendo um contrato, por exemplo, fazia com que, para que respeitada sua dignidade, a vontade acordada entre as partes se sobrepusesse a qualquer outra lei que não a formulada por eles.

1.3 Sujeito moderno e individualismo

O individualismo insere-se na modernidade,³⁹ sob o contexto iluminista, como a maior conquista da humanidade. Agora o homem se via livre das amarras que tinha quando incluído em um modo de produção feudalista. As pessoas não se faziam mais presas a Deus, à Igreja, ou a qualquer outra coisa e passavam a “fazer uso do seu próprio entendimento”, na expressão de Kant, símbolo do iluminismo.

A liberdade moderna foi uma conquista que se deu pela quebra da velha moral medieval, na qual as pessoas se sentiam presas a algo maior que elas, uma realidade transcendental que lhes

³⁷ Idem, *ibidem*, p.59.

³⁸ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo, *op. cit.*, p. 151.

³⁹ Há intermináveis discussões acerca do período histórico que vivemos, uns entendendo tratar-se de uma contemporaneidade ou pós-modernidade, outros entendendo tratar-se ainda da modernidade. Muitos dos que adotaram essa última posição entenderam que há fases distintas, denominando, entre outros nomes, *hipermodernidade*, segunda modernidade, modernidade líquida. Essa última categoria, em especial, é a qual nos filiamos, e reflete o pensamento do sociólogo polonês Zigmund Bauman. O sociólogo polonês explica a sua denominação referindo que “os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. [...] para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; Espaço que, afinal, preenchem apenas *por um momento*”. (Grifos do autor) Ao invés de cindir a modernidade, o sociólogo prefere entender que vivemos um período fluído, líquido, diverso daquele período “sólido” do começo da modernidade. Assim é que se dão as relações sociais atualmente, marcadas pelo individualismo, e pela fragilidade dos laços sociais, que Bauman analisa em sua obra *Amor líquido*. Portanto, o que ocorreu foi um processo de “derretimento” dos “sólidos” modernos. “Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. [...] ‘Derreter os sólidos’ significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações ‘irrelevantes’ que impediam a via do cálculo racional dos efeitos”. In: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2001. p. 8-10; BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2004.

dava sentido, que vinha desde a Antigüidade. Quando, para os gregos, por exemplo, se falava em *cosmos*, na Idade Média havia referência a uma ordem divina, a Deus. Isso acabou por levar a humanidade ao que Charles Taylor denominou de “Desencantamento do Mundo”.

But at the same time as they restricted us, these orders gave meaning to the world and to the activities of social life. The things that surround us were not just potential raw materials or instruments for our projects, but they had the significance given them by their place in the chain of being. (...) the rituals and norms of society had more than merely instrumental significance. The discrediting of these orders has been called the “disenchantment” of the world. With it, things lost some of their magic.⁴⁰

E, com esse desencantamento, migramos a um individualismo que, de dádiva, veio a ser o que Charles Taylor denominou por um dos males da modernidade. Este individualismo vazio tende a distanciar as pessoas e tornar tudo artificial. As pessoas não têm mais senso de algo maior, de algum ideal pelo qual valeria a pena morrer. Não por acaso que Bauman questiona: “A libertação é uma benção ou uma maldição?”⁴¹

We might call this the primacy of instrumental reason. By “instrumental reason” I mean the kind of rationality we draw on when we calculate the most economical application of means to give end. Maximum efficiency, the best costoutput ratio, is its measure of success. (...) once the creatures that surround us lose the significance that accrued to their place in the chain of being, they are open to being treated as raw materials or instruments for our projects.⁴²

A lógica do custo-benefício, típica da ordem econômica e própria da razão instrumental, passa a ocupar o centro do pensamento humano, transgredindo as barreiras da ordem econômica, atingindo o cotidiano. Agora, todas ações humanas passam pelo crivo da análise de custo-benefício. Tudo passa a ser um instrumento da razão humana. A tecnologia passa a ter uma espécie de aura, sendo a grande vedete, pela qual passam todas as soluções.⁴³ Chega a áreas do conhecimento como a medicina, e, ao invés do médico tratar uma pessoa que possui uma história de vida e uma vivência própria, trata-a como um problema técnico, vendo apenas mãos, braços, pernas, órgãos. A própria denominação de “paciente” evidencia isso. A tecnicidade impôs essa linguagem a outros ramos também, como, por exemplo, policiais que vêem “elementos”, políticos que vêem “cidadãos”, juízes que vêem “demandantes” e “demandados”, dentre outros exemplos.

Instaura-se um paradigma cientificista, que ignora a subjetividade das pessoas, tornando-as um objeto passível de observação científica.

Essa lógica é levada a cabo a tal ponto que a própria arquitetura das cidades é remodelada, de maneira que, mesmo considerando os avanços e a preocupação com os transportes públicos, fica extremamente difícil transitar sem ter um automóvel, impondo-se de maneira quase que definitiva o individualismo.

Acabamos por viver o tipo de sociedade em que os indivíduos não se interessam mais pela vida pública, seja pela política ou qualquer outro

⁴⁰ Em nossa tradução: “Mas, ao mesmo tempo que elas nos restringiram, essas ordens deram significado ao mundo e às atividades da vida social. Essas coisas que nos cercavam não eram apenas matérias-primas em potencial ou instrumentos para nossos projetos, mas elas tinham o significado dado pelo seu lugar na corrente do ser. [...] os rituais e normas da sociedade tinham mais do que um mero significado instrumental. Esse descrédito dessas ordens foi chamado de ‘desencantamento’ do mundo. Com ele, as coisas perderam um pouco de sua mágica”. In: TAYLOR, Charles. *The ethics of authenticity*. Cambridge: Harvard University, 2000, p. 3.

⁴¹ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*, op. cit., p. 26.

⁴² Em nossa tradução: “Nós podemos chamar isto de primazia da razão instrumental. Por ‘razão instrumental’, tenho o tipo de racionalidade que nós utilizamos quando calculamos a maior rentabilidade de meios para um dado fim. Máxima eficiência, melhor relação de custo, é a medida do sucesso. Uma vez que as criaturas que nos cercavam perdem o significado acumulado na cadeia do ser, elas se abrem para serem tratadas como matéria-prima ou instrumento para nossos projetos”. In: TAYLOR, Charles. *The ethics of authenticity*, op. cit., p. 5.

⁴³ Nesse sentido, ver Taylor, op. cit., p. 6

âmbito de interesse público, preferindo ficar em casa desfrutando do conforto da vida privada, e esperando do Estado apenas que garanta essa instância privada inabalada.⁴⁴

Esse tipo de conduta, no pensamento de Charles Taylor e Alexis de Tocqueville, acaba por criar uma espécie de ditadura de menor potencial ofensivo, um tipo de despotismo silencioso, que não alarda e não amedronta. Diferentemente dos regimes autoritários antes havidos, que faziam uso da violência e da opressão, esse novo tipo de despotismo conta apenas com um governo calmo e paternalista, cuja única função é garantir a vida privada. Ou, nas palavras de Charles Taylor,

It may even keep the democratic forms, with periodic elections. But in fact, everything will be run by an “immense tutelary power”, over which people will have little control. The only defence against this, Tocqueville thinks, is a vigorous political culture in which participation is valued, at several levels of government and in voluntary associations as well. But the atomism of the self-absorbed individual militates against this. Once participation declines, once the lateral associations that were its vehicles whither away, the individual citizen is left alone in the face of the vast bureaucratic state and feels, correctly, powerless. This demotivates the citizen even further, and the vicious cycle of soft despotism is joined.⁴⁵

Tal lógica põe em cheque a própria democracia, e inclusive a liberdade da sociedade, já que

não mais há escolhas a serem feitas, já que não há liberdade, vigorando um poder de tutela absolutamente irresponsável. Isso ocorre porque as escolhas políticas, e as da vida pública em geral, demandam conhecimento, para que se possa optar entre as várias opções que se mostram.

E a essa altura é mister diferenciar opinião de conhecimento, já que o que se vive é uma espécie de “culto carnavalesco da informação”, em que o que há é um consumo rápido, como se tomássemos pílulas de “conhecimento” todos os dias, com a informação que vem. Tende-se a formar uma opinião rápida e superficial, e, com a mesma facilidade que chega, a informação se vai.

Para se ter opinião, basta a informação, e às vezes até mesmo esta é dispensada, já que, na verdade, o único requisito para a opinião é a adesão, não necessitando maiores reflexões para que se discorde ou concorde com alguém, por exemplo.

O senso comum se estrutura de tal forma que o que passa a importar é a opinião de cada um, da qual não existe argumento que possa discordar, já que é uma “opinião pessoal”.⁴⁶

E aqui resta evidente a diferença cerne entre o conhecimento e a simples informação: o conhecimento exige esforço e dedicação, é tarefa penosa, que, por consequência, exige tempo, que é o que a atual sociedade menos tem a oferecer a seus

⁴⁴ TAYLOR, Charles. *The ethics of authenticity*. op. cit., p. 9.

⁴⁵ Em nossa tradução: “Pode até manter as formas democráticas, com eleições periódicas. Mas, de fato, tudo vai ser governado por um ‘imenso poder tutelador’, sobre o qual as pessoas vão ter pouco controle. A única defesa contra isso, Tocqueville pensa, é uma vigorosa cultura política na qual a participação é valorada, em vários níveis do governo, e nas associações voluntárias também. Mas o atomismo do indivíduo auto-absorvido milita contra isso. Uma vez que a participação decai, uma vez que as associações laterais que eram o seu veículo para ir além, o cidadão individual é abandonado em face do vasto Estado e sente-se, corretamente, impotente. Isso desmotiva ainda mais o cidadão, e o círculo vicioso do ‘despotismo leve’ é instalado” (Idem, *ibidem*, p. 10).

⁴⁶ O filósofo Aeon Skoble, ao analisar a sociedade americana, refere que “Todos respeitam um historiador; no entanto, opinião dele pode ser desconsiderada com o argumento de que ‘não é mais válida’ do que a do ‘operário’”. No entanto a figura do especialista já gozou de muito prestígio, como por exemplo durante a Guerra Fria, onde tal figura adquiria importância ímpar. Encerrado tal contexto, o que parece acontecer é uma verdadeira liberalização onde cada um pode achar o que quiser sobre qualquer assunto, pondo em cheque a própria figura do especialista. O já citado filósofo ainda menciona o exemplo dos *talk shows*, onde sempre há um especialista a ser entrevistado, o que, a princípio, denota um certo interesse pelos especialistas. “Mas os participantes do painel e membros da platéia que discordarem do especialista poderão dizer que suas opiniões e perspectivas são igualmente dignas de nota.” O mesmo ocorre com os jornais, que por mais que tenham um corpo de profissionais especializados e de alto nível técnico, “mas as cartas dos leitores que discordam geralmente se baseiam na subjacente (quando não declarada) premissa de que ‘Ninguém realmente sabe coisa alguma’ ou ‘tudo é questão de opinião, e a minha também conta!’”. In: SKOBLE, Aeon J.; IRWIN, William; CONARD, Mark T. Lisa e o antiintelectualismo americano. In: *Os Simpsons e a filosofia*. São Paulo: Madras, 2004, p. 33.

indivíduos. Por isso, no anseio de buscar sempre mais e mais, prefere-se as informações rápidas que vêm e vão a todo instante, prontas a serem consumidas, mas não a serem digeridas.

Nessa seara, a própria moral torna-se privada, na medida que qualquer um sabe o que é melhor para si, e acaba por desenvolver valores próprios, que não necessariamente se confundem com os da sociedade.

Outro fator que contribuiu sobremaneira para o fenômeno do individualismo foi, sem dúvida, já no início da modernidade, a instauração do liberalismo econômico. Tal postulado estabeleceu um *modus operandi* mercadológico, que, associado a uma razão instrumental, reduziu tudo a uma equação matemática onde se avalia o custo-benefício. Impõe também, o liberalismo, o egoísmo como regra, na medida em que, segundo tal doutrina, para a sociedade atingir o bem comum, basta que cada indivíduo aja buscando satisfazer seus próprios interesses.

O pai de tal doutrina, considerado o fundador das ciências econômicas, é Adam Smith. Sua primeira grande obra é um livro de filosofia denominado *Teoria dos sentimentos morais*, de 1759. Em tal obra está presente a influência de pensadores como Hobbes e Locke, mas principalmente David Hume.

Nesse momento, Smith ainda está por amadurecer as idéias, que mais tarde, em 1776, constituirão sua grande obra, denominada *Investigações sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Entre essas idéias, estão aquelas que são base de sua teoria econômica. E as primeiras investigações são, portanto, acerca da natureza humana, em relação à qual, segundo Henri Denis, Smith conclui que:

Nesta investigação tinham sido cada vez mais esclarecidos dois princípios. Primeiramente, o princípio da *utilidade*: o homem age sempre para alcançar um prazer ou evitar uma dor. E por outro lado o princípio da associação de idéias: o funcionamento do espírito humano explica-se pela ação das forças que ligam uma idéia a outra idéia.⁴⁷

O que de fato se está a constatar aqui é o pensamento de David Hume, do qual Smith não irá se divorciar. A tese central é que o homem é egoísta, e age buscando satisfação própria. Diversos autores vieram a criticar tal teoria, já que não explicaria situações como o sentimento de dever, ou alguém que age para fazer alguma caridade ou algo do tipo.

Assim, mesmo nas ações que não parecem ter um motivo de ordem egoísta, o que estaria por trás seria a satisfação pessoal. Segundo Henri Denis,

Smith tenta resolver este problema na sua *Teoria dos sentimentos morais*, defendendo que somos guiados nas nossas ações não somente pelo nosso interesse pessoal, mas também pelo juízo que os outros emitem sobre as nossas ações, porque a “simpatia” que experimentamos pelos outros leva-nos a aceitar o seu julgamento.⁴⁸

Entretanto, tal fato não é considerado como ruim. A tese central é de que o homem, agindo de forma egoísta, acaba, sem saber, por produzir benefícios coletivos. Isso porque a economia seria guiada por leis naturais, se auto-regulando, acabando por atingir o bem comum da sociedade. O que atuaria regulando a economia é uma espécie de “mão invisível”, que atuaria alocando os recursos da melhor maneira possível.

Para que esse sistema funcionasse, não se necessitaria nada além da liberdade. Aliás, a intervenção do Estado sempre seria algo ruim, na medida em que contraria as leis naturais da economia.

Essas leis são justamente as leis da demanda e da oferta que regem o mercado. Assim, os setores produtivos da sociedade passariam a produzir os bens necessários e úteis à sociedade na medida de sua demanda, ou seja, da procura por esses bens, que pode ser facilmente verificada na medida em que os preços aumentam. O aumento dos preços é reflexo direto da escassez, ou seja, da diminuição da oferta, ou, do aumento da demanda.

Quando a procura aumenta e o produtor não tem capacidade de aumentar a produção, ele sobe

⁴⁷ DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 189.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 190.

o preço. Por outro lado, quando a produção é grande, e há pouca procura pelo produto, o produtor reduz o preço, chegando-se sempre a um patamar adequado.

Dentro desses parâmetros, a economia, na teoria liberal, acaba se guiando sozinha, não necessitando de intervenção estatal, devendo o Estado apenas garantir a livre concorrência.

Isso, junto com os demais fatores já expostos, levam as pessoas a tomarem atitudes egoístas, individualistas, desprovidas de senso de coletivo, pois assim acreditam estarem realizando o bem comum.

Essa tese encontra seu apogeu na obra *A riqueza das nações*, de Adam Smith, quando o economista refere que

cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo de sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade.⁴⁹

A tese fica mais refinada quando entra em cena a categoria da “mão invisível”. Por “mão invisível”, entende-se uma espécie de ordem natural das coisas, que levaria ao bem comum, mesmo os indivíduos agindo em pleno egoísmo. Dentre as categorias de Adam Smith, talvez essa seja a que tem maior destaque no senso comum,⁵⁰ influenciando sobremaneira a cultura moderna, bem como a ideologia liberal, contribuindo para o individualismo.

Portanto, como cada indivíduo tenta, tanto quanto possível, aplicar o seu capital no apoio à indústria interna e, por consequência, dirigir essa indústria de modo a que sua produção tenha o máximo valor, cada um tra-

balha, necessariamente, para que o redito anual da sociedade seja o maior possível. Na realidade, ele não pretende, normalmente, promover o bem público, nem sabe até que ponto o está a fazer. Ao preferir apoiar a indústria interna em vez da externa, só está a pensar na sua própria segurança; e, ao dirigir essa indústria de modo que a sua produção adquira o máximo valor, só está a pensar no seu próprio ganho, e, neste como em muitos outros casos, está a ser guiado por uma **mão invisível** a atingir um fim que não fazia parte das suas intenções. [...] Ao tentar satisfazer o seu próprio interesse promove, freqüentemente, de uma maneira mais eficaz, o interesse da sociedade, do que quando realmente o pretende fazer.⁵¹

Entretanto, o que se verificou ao longo da história é que o liberalismo não conseguiu resolver o problema das desigualdades dos países, tampouco evitou as crises econômicas. Nesse último caso, a teoria dos economistas clássicos era de que as crises se deviam a uma má interferência do Estado na economia.

Assim, formou-se a identidade do sujeito moderno, na qual se verificou um fenômeno de interiorização, que se traduz por uma consciência descolada da realidade, dotada de uma razão instrumental, que veio por conduzir a um individualismo que igualmente contribuiu para o distanciamento das pessoas. Sob a influência do Iluminismo, construiu-se essa identidade, contando, em partes, com as influências ora expostas.

Essa situação acabou por conduzir às grandes codificações liberais, a iniciar pelo Código de Napoleão, passando pela influência da Escola Histórica Alemã e a posterior codificação alemã, que acabaram por criar um sistema de normas que desembocaria no Positivismo Jurídico, onde a pessoa perdeu a centralidade no ordenamento jurídico, dando lugar ao tecnicismo da relação jurídica.

⁴⁹ SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981, p. 755.

⁵⁰ Outra categoria do pensamento liberal freqüentemente citada é a do “*laissez-faire*”, que tem origem na expressão *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, que tem por tradução literal “deixai fazer, deixai ir, deixai passar”. A expressão é utilizada para explicitar o “espírito” do liberalismo econômico, sendo muitas vezes atribuída a Adam Smith a sua criação. Entretanto, Smith nunca mencionou a referida expressão, sendo inveridicamente imputada a ele, ao contrário da “mão invisível”, categoria símbolo do liberalismo, criada por ele.

⁵¹ SMITH. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, op. cit., p. 758.

2 A relação jurídica como elemento central do Direito

2.1 O Código Civil Francês e a Escola da Exegese

“Se um direito administrativo que não arranque do Estado será um direito administrativo acéfalo, um direito civil que não arranque da pessoa é um direito civil sem sentido.”⁵²

Como já se disse, o principal elo entre o Direito e a pessoa passa a se perder quando das grandes codificações e dos sistemas jurídicos inspirados pelo Positivismo Jurídico e seus predecessores, no momento em que o conceito de relação jurídica passa a ocupar lugar central. Assim, passar-se-á à análise histórica do momento em que se perde o caráter central da pessoa.

Não seria verdade se afirmássemos que é apenas com o liberalismo que ocorreu tal fato. Isso porque a ideologia liberal, e a classe social que a sustentava, inspirou sistemas de codificações totalmente diversos. Além do sistema *Common Law*, que se desenvolveu em países anglo-saxões e perdurou em tempos de liberalismo, houve as codificações ocidentais de inspiração jusnaturalista-racionalista como a Pós-Revolução Francesa, e a Pandectística Alemã. Como diz Orlando de Carvalho, “Entre o *Code Civil* e a *pandectística* alemã não há, no fundo, uma diferença de projetos: servem os interesses da mesma e única classe”.⁵³

Entretanto, a forma como procederam essas duas escolas foi totalmente oposta.

O sistema adotado pelos franceses, no código de Napoleão, por exemplo, tem um caráter claramente antropocêntrico. Um código que partia do

homem e seus direitos, em direção à como se daria a realização dos direitos. Código que trazia em seu primeiro livro já “as pessoas” tratando da propriedade somente nos livros 2 e 3. Era um código de inegável inspiração jusnaturalista-racionalista. Entretanto, ao contrário do que se propõe expor ao final deste trabalho, esse código não considera a pessoa concretamente situada, inserida em uma pré-compreensão que lhe é anterior. O *Code Civil* trata a pessoa de maneira abstrata.

O que se pode dizer e foi dito é que o *homo juridicus* do Código de Napoleão era não tanto o homem abstrato dos enciclopedistas quanto o burguês já devorado pelas suas possessões, na expressão de Marcel, o burguês sedentário e proprietário, um homem que resume todos os seus direitos a possuir e a saber como possuir. [...] O *Code* ignorou igualmente o homem concreto. [...] Dentro desse esquema, porém, foi um código humanista ou personalista, afirmando um primado do homem sobre a lei, da pessoa sobre a imposição que a constrange, que ainda hoje parece um ideal não prosaico.⁵⁴

A ideologia presente nessa codificação não pretendeu ignorar a pessoa, muito pelo contrário, procurou exaltar da maneira que pode. Ocorre que, em um momento histórico, sob forte influência do liberalismo econômico, ser pessoa é ser proprietário. Não havia preocupação para além da esfera econômica dos indivíduos. Nas palavras de Teresa Negreiros, “o Código Civil é a ‘autobiografia’ do indivíduo burguês”.⁵⁵

O Código de Napoleão surge em um momento em que a Europa continental estava rumando

⁵² CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 31.

⁵³ Idem, *ibidem*, p. 43.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 35.

às codificações. A idéia de que o Direito deva estar codificado é particularmente racionalista. E, sendo a codificação uma idéia tipicamente racionalista, acaba surgindo justamente na França, onde as idéias iluministas ganharam mais vigor, fazendo parte de forças histórico-políticas. Nesse contexto, o Código Civil Francês se encaixa na história como um dos grandes códigos. Conforme Bobbio, “podemos dizer que são duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica”.⁵⁶

A codificação justiniana marca o direito comum romano, que virá a ser retomado posteriormente, principalmente pela escola histórica. Já a napoleônica marca o início das grandes codificações modernas, erguendo-se sob a égide do jusnaturalismo-racionalista.

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a idéia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação.⁵⁷

Seguindo essa idéia, as codificações deveriam ser simples, pois o verdadeiro direito estaria por trás disso, seria cognoscível pela razão, sendo de ordem natural, portanto anterior a toda e qualquer codificação. O fruto disso é o tradicional debate entre história e natureza, estabelecido entre rousseanianos e hobbesianos, do qual sobreveio, no contexto francês, a tese de que o homem é bom por natureza, devendo o direito retornar à natureza, evitando o amplo e complexo número de leis existentes à época, pois a complexidade é fruto de corrupção.

É precisamente a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável.⁵⁸

Isso acontece em um contexto no qual a França possuía uma infinidade de leis civis, misturando diversos sistemas inclusive, e não conferindo unidade ao sistema. Apesar da promulgação só em meados do século XIX, a previsão já existia na Constituição pós-Revolução Francesa. E a previsão era justamente a criação de um código de leis civis unitário para o reino, o que demonstra, historicamente, a origem iluminista, e portanto racionalista, da idéia de codificação.

Com a idéia de uma nação única e indivisível, que se encontrara pela primeira vez representada nos Estados Gerais reunidos conjuntamente de 1789, liga-se imediatamente a exigência, já longamente preparada do ponto de vista cultural pela publicística do último período da monarquia, de substituir o antigo particularismo feudal por um direito geral dos franceses baseado na razão. A luta da revolução contra o antigo regionalismo corporativo transformou essa exigência num programa quotidiano, que já é reconhecido pela Constituição de 1792.⁵⁹

Aqui se vislumbra, também, o caráter político do *Code*. A fim de se evitar que a revolução não se perfectibilizasse, retornando-se ao *status quo ante*, ou seja, o *ancien regime*, era necessário manter a unidade do reino da França. Daí decorre a idéia de o juiz como “boca da lei”, bem como a própria idéia de codificação, necessária a fim de unificar o país.

Como se sabe, a Revolução Francesa é marcada por uma espécie de desconfiança em relação aos juízes, por sua vinculação à nobreza, e o medo de um retorno ao antigo regime. Assim, os revolucionários tentam tirar poder de tudo que poderia evitar o sucesso da revolução, colocando todo poder no povo, que se eleva ao patamar de soberano, sendo representado pelo poder legislativo. A desconfiança igualmente ocorre com a tradição jurídica, em relação à criação dos códigos.

Por isso mesmo, eles também não são em regra projetados pelos detentores da tradição especializada, pelos

⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995-1999, p. 64.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 65.

⁵⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 386.

professores de Direito ou pelos colégios de juízes, como antes em geral acontecia, mas antes por gente de confiança dos soberanos, com formação filosófica e política.⁶⁰

Por trás disso, está presente, também, uma inspiração de cunho democrático, já que as leis seriam acessíveis a toda a população, ventilando-se, inclusive, a possibilidade dos júris populares, no qual, especialmente em matéria penal, seria possível a alguém, que não é um juiz togado, julgar um caso jurídico, dada a simplicidade e fácil compreensão que as leis codificadas teriam.

Pensadores como Padre Siéyès vieram inclusive a defender que não seria mais necessário debater questões de direito, reduzindo-se o debate às questões de fato, dado a simplicidade do direito.⁶¹

“O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época.”⁶²

O primeiro jurista a apresentar um projeto do código civil foi Cambacérès, conforme demonstra Bobbio.

O projeto definitivo, aprovado em 1804, foi precedido por alguns outros projetos, nascidos no clima da Convenção e, portanto, ainda com um caráter nitidamente iluminista, os quais, porém, como foi indicado, nunca foram aprovados. [...] Durante a Convenção e o Diretório, Cambacérès apresentou, em menos de quatro anos, três projetos de código civil de inspiração jusnaturalista.⁶³

O primeiro projeto de Cambacérès foi apresentado em 1793, e baseava-se em três princípios: a aproximação da natureza, a unidade e a simplicidade. As concepções de fundo desse projeto

eram a igualdade de todos perante a lei e a liberdade pessoal, que se traduzia pela autonomia da vontade, principalmente a autonomia negocial, portanto no campo dos contratos.⁶⁴

O projeto não foi adiante, foi considerado demasiado jurídico e pouco filosófico, não causando agrado aos deputados. Já o segundo projeto foi bastante simplificado, reduzindo-se de 719 artigos para 287, sendo um código que mais apresentava princípios gerais do que normas específicas e baseava-se em três exigências do homem na sociedade: ser senhor da própria pessoa, possuir bens para poder satisfazer as próprias necessidades, e poder dispor desses bens em interesse próprio e da família.⁶⁵

Veio, então, o projeto final, fruto de uma comissão instalada por Napoleão e composta por quatro juristas, dentre os quais o que mais teve destaque foi Jean Etienne Marie Portalis. A exemplo de Cambacérès, Portalis era jurista e político, mas as influências ideológicas de ambos eram distintas.

Portalis era muito mais um crítico do racionalismo, e do espírito iluminista de maneira geral, do que um entusiasta. Parte da crítica dirigia-se diretamente a Kant. A irrisignação dele em relação aos iluministas era quanto ao desprezo pelo passado, “crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo e à parte mais nefasta da Revolução Francesa”.⁶⁶

Desse modo, Portalis está muito mais inserido no contexto da Restauração do que da Revolução, constituindo sua obra, inclusive, um marco histórico.

A comissão instalada por Napoleão elaborou o projeto, o qual foi submetido ao Conselho de

⁶⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 367.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 67.

⁶² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 378.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 68.

⁶⁴ Para se ter uma idéia, este projeto era de longe o mais avançado para a época. Segundo Orlando de Carvalho, “o mais expressivo, de todos os projetos revolucionários, do espírito individualista e igualitarista do momento: casamento dissolúvel por vontade unilateral; mulher casada completamente capaz; interdição de destruir através de disposições a igualdade entre os herdeiros; interdição de dispor ou doar a ricos e a celibatários”. CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, op. cit., p. 34.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 70.

⁶⁶ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, op. cit., p. 72.

Estado, sendo ouvido o próprio Napoleão. Por diversas vezes, alterações foram feitas, permanecendo a sua vontade, seja em função da autoridade, seja em função de sua percepção brilhante.

Só a iniciativa de Napoleão Bonaparte (primeiro cônsul a partir de 1800) tornou rapidamente numa realidade os planos de codificação. – [...] Em muitas normas isoladas revela-se o seu estilo pessoal; na obra de conjunto sente-se ao lado da herança de Pothier e da revolução, a vontade ordenadora e a monumental segurança de si deste grande dirigente.⁶⁷

Passou-se, então, a publicar o *Code* em diversos fragmentos, à medida que os capítulos iam sendo aprovados, sendo reunidos em 1804, sob o título de *Code Civil des Français*, sendo que somente na sua segunda edição, em 1807, recebeu o nome de *Code Napoléon*.⁶⁸

O resultado da versão definitiva acaba por ser um código muito mais afeito à tradição do direito comum francês do que ao espírito jusnaturalista da Revolução.

Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico.⁶⁹

Ainda assim, o Código de Napoleão constitui um marco na história, tendo influenciado diversas codificações ao redor do mundo.

A razão do legislador francês tem, portanto, uma tendência antitradicionalista muito mais nítida – apesar da defesa da continuidade com a grande tradição jurídico-científica precedente – do que na Europa central. Foi precisamente esta característica que assegurou ao Código uma missão histórica em todas as nações que começaram a modelar-se de acordo com a imagem da francesa, especialmente naquelas que viam aí uma emancipação em relação a formas de opressão interna ou externa; foi assim, no entanto,

que ele se tornou facilmente num leito de Procusto para convidados estranhos.⁷⁰

As polêmicas então começam a surgir entorno do art. 4º, que em sua redação mencionava que “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Da interpretação desse artigo é que surge a controvérsia, restando como pacífico de que o juiz estaria proibido de se abster de julgar. Dos casos em que o juiz poderia estar em dificuldade, enumera-se a obscuridade, na qual o juiz deveria recorrer à interpretação para clarificar o entendimento, a insuficiência da lei, na qual o juiz deveria completar o dispositivo legal, e o silêncio da lei, a lacuna, no qual o juiz deveria suprir a lei, eliminando-se a controvérsia.

Ocorre que determinada corrente entendeu que tal artigo dava liberdade criativa ao juiz para buscar elementos exteriores em seu julgamento, enquanto outra corrente entendeu que a resposta deveria estar no próprio ordenamento jurídico. A primeira corrente foi denominada de hetero-integração, enquanto a segunda foi chamada de auto-integração do ordenamento jurídico. Esta última, adotada em sua íntegra pelo Positivismo Jurídico, constituindo-se o seu grande dogma, criando a chamada completude do ordenamento jurídico, que tem como base uma espécie de legislador universal, um legislador que não falha e que tudo prevê.

Assim, ao contrário do que pretendiam os redatores do art. 4º, preponderou a tese de que o juiz estava preso ao ordenamento jurídico. Perde-se a idéia de que o verdadeiro Direito estaria acima das leis, caindo por terra o jusnaturalismo. Do objetivo inicial, que era evitar que, como havia ocorrido nos primórdios da Revolução, os juízes se abstivessem de decidir causas de qualquer natureza, chegou-se à conseqüência de que to-

⁶⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 388.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 72.

⁶⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 73.

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 391.

das as respostas possíveis estariam no ordenamento jurídico, devendo o juiz valer-se de interpretação análoga, ou valer-se de princípios gerais do ordenamento jurídico, resolvendo, por fim, todas as questões.

O Código está vinculado ao jusracionalismo sobretudo pela sua teoria das fontes do direito, nomeadamente pela exclusão da doutrina (e, para o futuro), também do direito consuetudinário e pela expressa prescrição de que as lacunas da lei deviam ser preenchidas primeiro pela analogia e, depois, segundo os “princípios naturais”.⁷¹

Assim, fundou-se a Escola da Exegese, doutrina interpretativa do *Code* que pregava a interpretação fechada do ordenamento jurídico, reconhecendo, como fim último, a intenção do legislador.

O debatido art. 4º levou, ao contrário do que pretendiam seus redatores, ao que Savigny denunciaria em 1814, ou seja, um processo de ruptura da tradição, levando as ciências jurídicas à estagnação, eliminando-se a capacidade criativa. A Escola Da Exegese acaba, portanto, sendo a grande vedete deste fenômeno, já que pregava uma interpretação passiva e mecânica do Código, ao contrário da “Escola Científica” do Direito, assim denominada justamente pela posição adotada em relação à legislação, diametralmente oposta à da Escola Da Exegese, admitindo conceitos jurídicos cuja validade transcendem o Código.

A Escola da Exegese apoiava-se em cinco pilares.

O primeiro deles é a própria codificação. Na síntese de Norberto Bobbio:

Os operadores do direito (juízes, administradores públicos, advogados) procuram sempre a via mais simples e mais curta para resolver uma dada questão. Ora, é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução no próprio código, desprezando as outras fontes dos quais se poderia deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina etc.), sendo o manuseio destas fontes mais complexo e difícil do que o do direito codificado.⁷²

O segundo ponto é a própria mentalidade dos juristas, que preferem sempre um argumento de autoridade. Assim, o grande argumento acaba sendo a “vontade do legislador”. Facilita em muito a vida do jurista, na medida em que dispensa até a responsabilidade do jurista, que em muitos casos, como já se viu, justifica-se dizendo que aplicou a “letra fria da lei”. Essa cultura permanece até hoje. É quando, não buscando na lei, buscam o fundamento, os juristas, na jurisprudência, ou seja, uma espécie de fala autorizada que irá dizer o que é válido e o que não é, mas que acaba por ter validade por ser emanada pelo Estado.

Nesse ponto, os franceses eram mais radicais, considerando autoridade, em termos de lei, somente o poder Legislativo, sob o dogma da separação de poderes. Tal dogma era uma das grandes conquistas da Revolução e expressava, diretamente, o pensamento de Charles du Secondat, o Barão de Montesquieu, que buscou inspiração na Constituição Inglesa.

Tal dogma era indubitavelmente uma conquista, porém também era um freio à capacidade criativa dos juristas, na medida em que os impediam de assim o fazê-lo, sob pena de estarem invadindo a esfera de competência do poder Legislativo, devendo o judiciário ser apenas a boca da lei.

O quarto pilar, que Bobbio denominou princípio da certeza do direito, é o que mais teve respaldo popular. Com o objetivo de visar à segurança jurídica, as normas deveriam exprimir previsibilidade, não podendo as pessoas serem pegas de surpresa. Assim, as normas deveriam ser claras, e a interpretação restrita aos textos legais. Desse modo, a única operação lícita ao jurista seria a do silogismo, deduzindo-se aquilo que já está implícito na lei.

À doutrina ficava reservada apenas uma tarefa explicativa das leis.

E, por fim, e talvez o mais importante, um motivo de ordem política, condizente com as

⁷¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 384.

⁷² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 78.

pressões exercidas pelo regime napoleônico. Essas pressões, exercidas junto aos cursos de Direito, primavam pela exclusão das disciplinas propedêuticas, e o fim das concepções jusnaturalistas, “todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário”.⁷³ Desse modo, ocorreu movimento semelhante ao que ocorreu no Brasil por ocasião da ditadura militar, onde o ensino do Direito ficou cada vez mais restrito às disciplinas de Direito Civil, eliminando-se ao máximo as propedêuticas. No caso francês, o interesse de Napoleão era claro: eliminar a capacidade crítica, evitando-se questionamentos acerca das leis por ele impostas, considerando a vocação autoritária dele.

Dessa maneira, acabou por criar a Escola Da Exegese, uma ciência jurídica aos moldes das ciências naturais, seguindo o mesmo ideal de cientificidade.

Dentre outras conseqüências, esta tradição promoveu a alteração da relação entre Direito Natural e Direito Positivo. Se antes se considerava que o Direito Positivo era um reflexo do Direito Natural, e que o verdadeiro direito era anterior ao código, agora só teria validade o direito positivo. A grande parte dos autores não ignorou a existência de um direito natural ou a sua importância, mas reduziu a sua utilidade, ao pregar que só teria validade quando reconhecido pelo Direito Positivo. Uma justificativa constantemente apontada seria a vagueza a que o Direito Natural conduziria, ao contrário da certeza do Direito Positivo.

Outro caminho que a tradição tomou foi o de um direito como um fenômeno exclusivamente estatal. A lei é válida na medida em que é proveniente do Estado. A conseqüência lógica deste entendimento acaba sendo a criação da chamada “onipotência do legislador”, e o subseqüente entendimento de que a tarefa do intérprete era reproduzir a vontade do legislador.

O fundamento é que, sendo o legislador representante legítimo do povo, portanto do poder soberano, sua vontade era fundamental. Dessa investigação, surgia a vontade real e vontade presumida. A primeira advinha de investigações históricas, muitas vezes por relato dos próprios criadores da legislação, a fim de saber, de fato, qual era a vontade do legislador. A segunda, na impossibilidade da primeira, cria presunções, com base no próprio ordenamento jurídico, a fim de se achar uma presunção de qual seria a vontade do legislador.

A contraposição viria a surgir apenas mais tarde, quando o debate tomou por mote a vontade da lei. “Enquanto o primeiro método se baseia numa concepção *subjetiva* da vontade da lei (entendida como vontade do legislador que a pôs historicamente), o segundo se baseia numa concepção *objetiva* da vontade da lei.”⁷⁴

A idéia basilar é de que a lei possui um sentido em si mesma, pronto a ser revelado pelo ato de interpretação.

Nesse passo, a Escola Da Exegese já estava provocando na mentalidade dos juristas uma espécie de culto do texto legal.

É, sem dúvida, o Código de Napoleão, um grande passo na história. Assim o permanece até hoje.

Não obstante, uma magistratura extremamente inteligente e bastante independente e uma ciência jurídica prática altamente desenvolvida têm até aqui mantido este código, freqüentemente ultrapassado do ponto de vista social e econômico, em contato com a realidade.⁷⁵

Em suma: este foi o caminho traçado na tradição francesa, que migrou de um jusnaturalismo que valorizava a pessoa, ainda que de maneira abstrata, a um direito extremamente formal e legalista, que viria a criar, junto com a crítica feita pela escola histórica do Direito, as bases para o surgimento do Positivismo Jurídico.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 81.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 87.

⁷⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 392.

2.2 Escola Histórica Alemã como predecessora do Positivismo Jurídico

A *contrario sensu* da postura humanizante da tradição francesa surgiu a Pandectística Alemã do século XIX, com seus principais representantes sendo Savigny, Puchta e Windscheid.

Se o objetivo inicial dos franceses era uma codificação que estabelecesse um primado da pessoa, o dos alemães era estabelecer uma ciência do direito com métodos semelhantes aos das ciências naturais. Através de conceitos que se reduziam, chegar-se-ia à resposta dos casos pretendidos.

No âmago dessa escola, havia um espírito científico que pretendia afastar qualquer ideologia. Por trás dela, a filosofia de Kant dava grande suporte.

Já de pronto cabe ressaltar as diferenças conceituais entre Positivismo Jurídico, Escola Histórica Alemã, e Pandectística Alemã. Por Positivismo Jurídico, entende-se a doutrina que irá surgir posteriormente, sob a influência tanto da Pandectística Alemã como da Escola Histórica Alemã, cujos principais representantes virão a ser Kelsen, Hart, e Ross.

A Escola Histórica e a Pandectística passarão a ser estudadas nesse capítulo.

Pandectística Alemã, que em muito se confunde com a Escola Histórica, tem seu nome originado das “pandectas”, que eram as compilações das decisões do direito comum romano, que serviram de substrato para as posteriores codificações alemãs.

Aqui se mostra a importância da Escola Histórica, que trilhou os caminhos a serem seguidos pelo Positivismo Jurídico. Como bem lembrou Norberto Bobbio,

Para que o direito natural perca terreno é necessário um outro passo, é preciso que a filosofia jusnaturalista seja criticada a fundo e que as concepções ou, ainda, os “mitos” jusnaturalistas desapareçam da consciência dos doutos. [...] Foi precisamente no quadro geral da polémica anti-racionalista conduzida na primeira metade do século XIX pelo historicismo que acontece a “dessacralização” do direito natural.⁷⁶

E é justo do rompimento da tradição jusnaturalista que surge a Escola Histórica. Ao contrário do Código de Napoleão, abordado anteriormente, que possuía forte inspiração jusnaturalista-racionalista, apesar do posterior abandono a essa tradição, o que se verá na Escola Histórica é uma verdadeira ruptura com o jusnaturalismo.

Os códigos jusnaturalistas foram o trunfo de uma época, entretanto não atingiram o sucesso esperado, seja em função da jurisprudência, seja em razão da própria ciência jurídica técnica. Tanto por isso como pelas críticas já realizadas anteriormente, o jusnaturalismo entrou em colapso.

É precisamente a partir do sentimento desta decadência e desta falta de objetivos que surge na Alemanha o colapso do jusnaturalismo iluminista, justamente no momento em que o sentimento cívico e a renovação cultural se juntaram na ofensiva contra a legislação mecanicista do Estado autoritário.⁷⁷

A base de tal crítica é justamente o historicismo, eivado de muito romantismo. De acordo com Norberto Bobbio, são cinco as características do historicismo.

Primeiro constata-se que, diferentemente dos jusnaturalistas, a humanidade não é um ente abstrato. Ela não pode ser tomada como um todo, como um ente que paira no ar, descontextualizado da sua historicidade. Tampouco existe um homem geral que sirva para qualquer contexto histórico, e sim existe a diversidade própria de cada lugar. O local, o regional e o provinciano acabam por serem essenciais. Historicistas não pensam em homens; pensam em franceses, ingleses, espanhóis, por exemplo.

Isso reflete diretamente no pensamento da escola histórica. A aplicação direta disso leva à conclusão lógica de que não existe um direito único, universal, que tenha sua vigência e validade em qualquer contexto histórico. O direito é, pois, um produto da história, e não um fruto da razão como querem os jusnaturalistas-racionalistas. “Nasce e se desenvolve na história, como todos

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 45.

⁷⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 398.

os fenômenos sociais e, portanto, varia no tempo e no espaço.”⁷⁸

Segundo, a história possui uma dimensão irracional. Aqui, o contraponto se estabelece com o pensamento iluminista que via a história como uma sucessão de atos racionais deliberados pelos homens. Para os historicistas, a roda da história faz girar-se por motivos de ordem irracional, por inclinações e paixões humanas. O pano de fundo é que a história não é algo que foi programado, estudado, projetado, mas sim uma sucessão de eventos aleatórios, que não necessariamente possuem uma vertente racional. Exalta-se o desconhecido, o incerto. Justo por acreditar nessas paixões e inclinações como mola mestra da história que, o elemento de romantismo está presente no historicismo. A crítica acaba sendo dirigida diretamente aos contratualistas, para quem o Estado surgiu de uma deliberação racional de indivíduos que se encontravam em estado de natureza e decidiram-se por criar um Estado e viver em sociedade. Ao contrário, os historicistas mostram que o Estado surge como um fato histórico, um produto da história, um acontecimento.

Para a Escola Histórica, esse pressuposto se revela na afirmação de que o Direito não é um fruto da razão, mas sim um fato histórico.

O Direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento da justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado Moderno.⁷⁹

Mais evidente torna-se essa afirmação quando se observa o processo legislativo, especialmente em países de democracia tardia como o Brasil, onde se repara que o processo de elaboração de normas atende muito mais a critérios políticos de conveniência e poder do que exatamente a deliberações racionais.

A terceira característica do historicismo é o pessimismo: considerando as características já apontadas, o historicista mostra-se extremamente pessimista, não acreditando no progresso da humanidade, ao contrário dos iluministas, com sua crença no bom e racional homem. Para o racionalista, o caminho da razão levará a um mundo melhor. Ao fazer uso da razão, chega-se ao progresso, e, portanto, a uma maior qualidade de vida. Espera-se um futuro melhor. Como o historicista não crê na razão, nem no progresso, não vê solução positiva para o futuro, tornando-se um pessimista. Se a roda da história está a “Deus dará” não há o que se esperar de bom do futuro. Percebe-se a diferença existente entre os franceses, com sua vocação revolucionária. O revolucionário é o exemplo perfeito de quem crê que a razão pode transformar o mundo. Essa é exatamente a crítica que fazem os historicistas, mostrando-se como pensadores ligados aos setores conservadores da Alemanha.

Assim, também no Direito irão entender os historicistas que há de se manter as estruturas já solidificadas pelo tempo, não devendo se confiar nas futuras legislações que possam surgir. O pessimismo é quanto ao futuro, o descrédito do que possa surgir, tanto em termos de codificações como de instituições jurídicas. Isso irá se refletir no que será abordado ulteriormente, na posição tomada por Savigny e outros historicistas, contrária à codificação do direito alemão. De fato, a Alemanha irá adotar posição adotada por outros países somente no princípio do século XX. Reflexo também da unificação tardia da Alemanha, que só ocorre em 1871.

Elogio e amor ao passado: já que ao futuro nada surgirá de melhor, ama-se e idolatra-se o passado. Tudo o que veio do passado, toda a tradição, acaba ganhando uma áurea de sagrado. “Não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado que não

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 51.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 51.

pode mais voltar e que aos seus olhos parece idealizado.”⁸⁰ As origens das civilizações, as culturas passadas, as sociedades antigas, são, dentre outros temas, pauta do dia dos historicistas. Nesse ponto, diferenciam-se dos iluministas, que, ao exaltarem o “século das luzes”, a ascensão do racionalismo, zombavam e desprezavam do passado que os precedia. Causavam verdadeira ruptura, e a revolução é prova disso, entendendo que nada de bom havia no passado, e tudo o que há de melhor estava por vir. É justo esse desprezo que os historicistas criticam.

“Para os juristas partidários da Escola Histórica, este amor significou a tentativa de remontar além da ‘recepção’ do direito romano na Alemanha.”⁸¹ Além do direito romano, migrou-se ao antigo direito germânico. Assim, autores como Savigny debruçaram-se sobre o direito romano. Esse é um dos principais motivos por que Friedrich Carl Von Savigny é considerado integrante da Pandectística Alemã, já que sua obra é um compilado do direito comum romano, que serviu de substrato para as posteriores codificações.

Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se – de acordo com o título dos seus manuais mais característicos – numa “pandectística” ou “ciência das pandectas”. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo.⁸²

E, por fim, como consequência disso, há o amor pelas instituições e costumes existentes na sociedade, que a história solidificou através dos tempos. Nesse ponto, é elucidativo o conceito de prescrição histórica, elaborado por Burke, que

Bobbio analisa dizendo que é “o exercício de fato de um direito por um longo período de tempo faz adquirir tal direito mesmo se originariamente o seu exercício não se fundasse num título jurídico válido”. Prossegue o autor afirmando que “O tempo sana as feridas da história”.⁸³

Nesta seara, acaba por ganhar valor o direito consuetudinário, já que o costume é a expressão direta da tradição, que tem formação longa e gradual, sedimentando padrões de conhecimento jurídico.

Os pandectistas partiram de um sistema historicamente concluído para estabelecer seu plano de trabalho. Observando o direito comum romano passaram a extrair princípios fixos e conceitos. A partir desses conceitos, desenvolveram-se as codificações, organizadas de tal forma que um conceito se submetia ao outro. O sistema das “pandectas” trazia um estilo teórico retraído, estilo manualístico e desprovido de paixão, “como se o Direito não fosse de homens e para homens”.⁸⁴

O processo de análise do Direito passou a se assemelhar às ciências da dedução, como no caso de Puchta e a “Genealogia dos conceitos”, ou ciências da indução, como no caso de Ihering com seu método científico-natural.

Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do Direito do Positivismo Científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos (por exemplo, religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas. “Considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais”, dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid.⁸⁵

A fundamentação ética deste entendimento remonta a Kant, sobre o qual já se falou anterior-

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 50.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 52.

⁸² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 491.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 51.

⁸⁴ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, op. cit., p. 43.

⁸⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 492.

mente, para o qual o Direito e a Ética eram coisas radicalmente diversas.⁸⁶

O corolário lógico do pensamento exposto é o fato de que o positivismo científico deduz o Direito única e exclusivamente a partir do sistema. A partir disso extraem-se algumas conclusões.

A primeira delas é que, em sendo a ordem jurídica um sistema fechado e autônomo, independente das forças sociais, das relações fáticas, da realidade em si, é possível encontrar a resposta para todos os casos no próprio ordenamento jurídico. “É em princípio possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático”.⁸⁷

Se a decisão vai ser justa ou não, vai depender de outro pressuposto. E o pressuposto é o de que as normas são válidas, pois assimilam os princípios jurídicos que são permanentemente válidos. Assim, a aplicação correta das leis conduz automaticamente a uma decisão correta e, portanto, justa.

O ponto de partida deste método é a convicção, baseada no ideal científico do idealismo formal, de que a natureza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também a sua correção material. Mas, na modalidade extrema da jurisprudência dos conceitos que é o “método histórico-natural”, esta idéia desenvolve-se na assunção, infundamentável a partir daqueles pressupostos, de que os direitos e as situações jurídicas seriam coisas reais, regidas pelas leis gerais da experimentação física.⁸⁸

O sistema fechado, da mesma maneira que o Código de Napoleão e a Escola da Exegese, tem também um sentido político. “Ao vincular o juiz a princípios científicos estabelecidos, [...] o Estado de direito desviava também do domínio da ju-

risprudência os interesses sociais e econômicos contraditórios da sociedade liberal”.⁸⁹

A idéia é seguir a risca o modelo liberal kantiano, separando de vez o Estado e a política, da moral e da ética. Por óbvio que essa concepção mostra-se irresponsável do ponto de vista ético-social.

Num mundo de mudanças sociais e econômicas como o nosso, a exigência do positivismo de que o jurista “como tal” não deveria deixar entrar em linha de conta as considerações éticas, sociais e econômicas aparece como desresponsabilizada do ponto de vista ético-social. E, no entanto, ela constitui um pressuposto de qualquer concepção jurídica que acredite no valor autônomo do direito e que não apele directamente para instâncias metajurídicas.⁹⁰

Cabe ressaltar, como bem observou Orlando de Carvalho,⁹¹ que a Escola Histórica mais era uma escola “historicística”, já que tratava de um sistema historicamente concluído, mas ignorava o fato de que tal sistema estava inserido em um contexto histórico totalmente diverso. Tal fato se deve, em parte, pelo amor pelo passado, típico do historicismo. Não crendo em um futuro melhor, os historicistas abraçam-se ao passado. Também desenvolvem igual amor pela tradição, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e solidificados ao longo do tempo.

No seio dessa teoria, começa a desaparecer o conceito de pessoa para dar lugar ao conceito de “relação jurídica”. Parte-se do pressuposto que “Não da vida, mas da vida em relação, nasce o Direito”.⁹² Em relação ao jusnaturalismo individualista que antecede a Escola Histórica, tal conceito representa um avanço, pois reconhece o caráter social intrínseco ao Direito. Entretanto, a idéia não prosperou. Orlando de Carvalho⁹³ clas-

⁸⁶ Ver capítulo 1.2.

⁸⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 494.

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 495.

⁸⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 502.

⁹⁰ Idem, ibidem, p. 503.

⁹¹ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, op. cit., p. 42.

⁹² Idem, ibidem, p. 45.

⁹³ Idem, ibidem, p. 45.

sificou a tentativa em Savigny⁹⁴ e seus sucessores como pouco mais que inútil. E não prosperou justamente pelo sistema “científico”, que carregava-nos a um mundo de abstração.

Por óbvio que a intenção de Savigny não era escamotear a pessoa. Aliás, muito pelo contrário, a intenção do autor, ao estabelecer como elemento principal a relação jurídica, era justamente proteger a pessoa. Para Savigny, “Todo direito aparece em primeiro lugar como um poder pertencente à pessoa. Devemos, portanto, nesse ponto de vista mais próximo e direto, considerar as relações jurídicas como atributos da pessoa”.⁹⁵

A relação jurídica colocava-se inclusive como um atributo superior ao legalismo.

Era tarefa do jurista se preocupar com a relação jurídica antes de mais nada. Entretanto, como já se disse, a idéia não prosperou. Assim, ao invés do esforço de correspondência às estruturas vitais, a Pandectística contentou-se com os conceitos preestabelecidos.

Com o tempo, passou a gerar efeitos a Escola Histórica, para além das fronteiras da Alemanha, repercutindo, principalmente, para os países que já possuíam influência da codificação napoleônica, para os quais o rigor científico pareceu uma idéia sedutora. Entre as principais contribuições destaca-se:

Que o Direito Civil se divide em direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito sucessório; que a tudo isto preside uma “parte geral” centrada na **relação jurídica civil**, *summum genus* das múltiplas rela-

ções quotidianas que se organizam homogeneamente naqueles grupos; que nessa relação jurídica, abstractamente pensada, o homem é um elemento ao lado de outros elementos – do objeto, do facto jurídico, da garantia –, nem sequer possuindo, na qualidade de sujeito, qualquer específica posição de privilégio (pois condivide esse estatuto com outros sujeitos de direito); que não nos deve surpreender, enfim, essa formalização das relações ou esta desumanização do homem porque o Direito (direito objetivo) se oferece como um *præius* em face dos direitos de cada um (direito subjetivo), sendo ele que funciona como o distribuidor desses direitos e até da capacidade ou da personalidade que os ostenta. (grifos nossos).⁹⁶

Savigny mostrava-se contrário às codificações, já que, “assim fazendo, se bloquearia o processo natural de desenvolvimento e de organização do direito”.⁹⁷ Entretanto, o seu trabalho, juntamente com os demais integrantes da Escola Histórica, trabalho de compilação do direito comum romano, que rendeu a eles o título de pandectístas, serviu de substrato para as codificações que se seguiram. Esse foi o caminho que a “pessoa” percorreu, perdendo a centralidade no ordenamento jurídico, dando lugar ao tecnicismo da “relação jurídica”.

Esse tecnicismo virá a ser questionado principalmente após a Segunda Guerra Mundial, por todas atrocidades cometidas contra a pessoa humana, que revelou a fragilidade dessa sistemática. Juntamente surgem novos modelos de constitucionalismo, dentre eles o que adota o Brasil, que tem na dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado.

⁹⁴ Apesar das controvérsias teóricas a respeito de Savigny ser ou não integrante da Pandectística Alemã, nos filiamos à corrente teórica que entende Savigny como membro da Pandectística Alemã e da Escola Histórica Alemã.

⁹⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Volume VIII. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 38.

⁹⁶ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*, op. cit., p. 48.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 61.

3 Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica

3.1 Repersonalização do Direito Privado

Após a Segunda Guerra Mundial, a reflexão jurídica tomou caminhos diametralmente diversos. A pessoa voltou a tomar a cena jurídica, devido à preocupação existente em função das atrocidades cometidas durante a guerra.

A discussão, que antes se dava no nível técnico, em um direito apartado de valores, que tinha como preocupação central a relação jurídica, não dera conta de se evitar o que a guerra teve de pior. Retornou-se, então, à discussão acerca dos valores.

O tema da repersonalização surge, assim, com as mudanças no constitucionalismo e na própria estrutura do Estado. Das transformações que implementaram o Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo que o sustenta, surge a idéia de que a pessoa adquire a centralidade do ordenamento jurídico. Como já foi dito, o primeiro capítulo da nossa Constituição já consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro, fazendo com que isso se estenda aos demais ramos do Direito, não estando circunscrito apenas ao Direito Constitucional. Dessa forma, chega ao Direito Privado, e, por conseguinte, também o Direito

Civil, ramo mais resistente às transformações, à idéia de repersonalização.

3.1.1 Público e Privado: quando o privado invade o público

A essa altura, o Direito Privado estava distanciado do Direito Constitucional, tornando-se quase que impermeável aos valores constitucionais, sustentado por uma rígida repartição entre público e privado. Tal separação é fruto da separação entre Sociedade e Estado, que, por sua vez, também é fruto de uma separação entre público e privado.

Como bem analisa Hannah Arendt, ao observar a sociedade grega, o espaço privado era aquele concernente à família, enquanto que o público referia-se à *polis*. No tocante à família, não era por nada que ela se agrupava de tal maneira. Isso ocorria por necessidade, sendo, portanto, o espaço privado um espaço referente à necessidade de sobrevivência.

O espaço público era considerado a antiga idéia de o homem como ser político,⁹⁸ o espaço “social”, o espaço da política, da interação social, do discurso. Era o espaço da realização pessoal, restando ao espaço privado ser um fardo na vida do cidadão. O espaço da liberdade. Na *polis*, por-

⁹⁸ Tal expressão surgia já em Aristóteles, e curiosamente não se falava em animal “social”. Aliás, tal palavra nem mesmo existia no vocabulário grego, inexistindo similar. O vocábulo *societas*, em latim, só viria a surgir com os romanos, tomando contornos diversos. A razão é que os gregos não viam esta “qualidade” como sendo da natureza humana, mas sim inerente à própria vida. As necessidades biológicas de todos animais que impunham a vida em conjunto, sendo esta idéia, portanto, difundida para toda a vida, sem a distinção tipicamente moderna, que separa o homem da natureza que o cerca. (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 32-33). John Gray faz importante crítica quando refere que “Humanidade não existe. Existem apenas humanos, impulsionados por necessidades e ilusões conflitivas e sujeitos a todo tipo de condições debilitantes de vontade e do julgamento”. In: GRAY, John. *Cachorros de palha*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 28.

tanto no espaço público, todos são iguais, ao passo que no espaço privado reina a desigualdade.

A distinção tem como base a separação entre família e política, reservando a cada um o seu espaço. Era também o espaço privado o espaço da economia, já que, no contexto grego, a economia dizia unicamente com a subsistência de cada família. Por óbvio que a expressão “economia política” seria uma contradição. A sobrevivência de cada indivíduo e da espécie em geral era assunto da esfera privada.

Entretanto, o espaço privado gozava do *status* de lugar sagrado, já que ele que possibilitava o espaço público. “Historicamente, é muito provável que o surgimento da cidade estado e da esfera pública tenha ocorrido às custas da esfera privada da família e do lar.”⁹⁹

E assim também era respeitada a propriedade privada, já que, se um homem não fosse dono de sua casa, ele não poderia participar dos negócios do mundo. A propriedade privada era, portanto, condição de ingresso na esfera pública. Garantir a propriedade era garantir a democracia. Dessa maneira, surgia a política, não para proteger a propriedade, ou menos ainda a sociedade, e sim para proteger a liberdade da sociedade, própria do espaço público, autorizando-se a limitação da autoridade política.

Entretanto, tais conceitos se perderam na modernidade. O que passa a existir é o “social”. A idéia de propriedade passou a ser substituída pela de riqueza, e o Estado veio a garantir não a propriedade privada, como os gregos concebiam, mas sim a acumulação de capital. Aquele espaço sagrado da vida privada perdia seu lugar para dar espaço às necessidades mercadológicas. A esfera privada ascende tomando conta da sociedade e até mesmo invadindo os espaços públicos. Frequentemente se observa um interesse privatístico por parte da população em assuntos de ordem pública. Tal fato põe em questão até mesmo a tradicional distinção entre Direito Público

e Privado, e vem na contramão de uma pretensa publicização do Direito Privado.

3.1.2 Constitucionalização do Direito Privado

Outro dogma que cai por terra quando se perdem esses pressupostos é a rígida separação entre Estado e Sociedade. Tal separação só tem sentido quando há uma clara separação entre os espaços públicos e privados, sendo o Estado integrante da esfera pública e a Sociedade o *locus* da esfera privada. Essa distinção que fazia com que o Estado não interviesse nas relações privadas, para os gregos, por exemplo.

Em nossa recente história, essa distinção amparava a tese de que os Direitos Fundamentais seriam exigidos somente do Estado. Segundo esta tese, só o Estado poderia ser agente passivo, não se estendendo aos particulares.

Todavia, transformações ocorreram, inclusive no Estado. E o Estado consagrado na atual ordem constitucional deixa claro que tal posição não é coerente com o projeto democrático nele presente. Como bem disse Daniel Sarmiento,

Nossa Constituição, apesar da irrisignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre os particulares.¹⁰⁰

Nesse escopo, acaba por alterar-se o entendimento acerca da Constituição. Ela deixa de ser encarada como uma lei, apesar de estruturada de tal maneira, para ser compreendida como um pacto político, o pacto político que dá origem e sentido ao Estado. Eliminando-se a ficção que separa o Estado da Sociedade, chega-se à conclusão de que a Constituição é necessária à Sociedade, pois pauta os valores que serão observados

⁹⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 38.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279.

nas relações sociais. “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.”¹⁰¹ Para usar a expressão gadameriana, a Constituição tem de estar sempre no horizonte hermenêutico do intérprete.

Os velhos pressupostos que estabeleceram que a Constituição é a lei do Estado e o Código Civil acabam por serem eliminados. Rompe-se com longa tradição, que vem desde as primeiras Constituições e os primeiros códigos civis.

Nesse escopo, surge o que se tem denominado Constitucionalização do Direito Privado, ou até mesmo publicização do Direito Privado, bem como sua repersonalização. E diz-se repersonalização justamente em função do postulado da dignidade da pessoa humana, que impõe a pessoa como centro do ordenamento jurídico. Ela é o centro de toda ordem constitucional, razão da existência do Estado, e atendendo à tese da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, vem a atingir as relações sociais também.

Como bem disse Teresa Negreiros,

O processo de constitucionalização do Direito Civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.¹⁰²

Aliás, esta foi a solução encontrada para o impasse que se estabeleceu após a Segunda Guerra Mundial. No anseio por resguardar a pessoa, no ordenamento jurídico, os juristas encontraram como solução justamente a constitucionalização do Direito Privado. Via de regra, os códigos em vigor se assemelhavam ou ao Código Civil Francês, e sua tradição exegetica,¹⁰³ ou aos postulados

da Pandectística Alemã, levando, de alguma maneira, influência dessas duas tradições, e possuindo um sistema fechado, que vedava a entrada dos valores. Como já se disse anteriormente, o positivismo jurídico adotou quase que integralmente a influência kantiana da separação entre Direito e Moral. Logo, a única maneira de buscar certa influência dos valores era no Direito Constitucional, que aos poucos vinha mudando seu modo de ser, notadamente com as primeiras constituições típicas do Estado Social.

Os juristas, segundo Hans Hattenhauer,

Proliferaron doctos pronunciamientos em favor de los “valores” de la democracia, el humanitarismo y la dignidad de la persona. Por todas partes se leían profesiones de fé em los derechos del hombre y em la primacia del individuo sobre la sociedad, pero, apesar de todo, no se produjo un retorno a la doctrina liberal-jusnaturalista de la persona, y em su lugar, los juristas, eticamente purificados, buscaron su salvación em una exégesis constitucionalista del Código Civil, lo que fue posible porque, a sabiendas, se pasó por alto que desde siempre la codificación, nascida de um espíritu de libertad, habia sido extraordinariamente fiel a la constitución, ajustada a derecho y em sintonia com la imagen que la Ley fundamental daba del hombre.¹⁰⁴

Essa posição também é adotada pelos juristas brasileiros que discutem o tema da constitucionalização do Direito Privado, e da repersonalização.¹⁰⁵ Assim refere Teresa Negreiros, que,

Ao assumir a sua historicidade, o Direito Civil assume, conseqüentemente, o seu papel político, e isto é decisivo para aproximá-lo da normativa constitucional. Reconhece-se como inadequada a concepção do Direito Civil como sendo politicamente neutro, da sociedade como apartada do Estado e, sobretudo, da Constituição como indiferente às relações interprivadas.¹⁰⁶

¹⁰¹ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Juruá, 2006, p. 110.

¹⁰² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

¹⁰³ Nesse sentido, ver capítulo 2.

¹⁰⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales Del Derecho Civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 26.

¹⁰⁵ Entre eles vale citar, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Daniel Sarmento, Teresa Negreiros, dentre outros.

¹⁰⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 10.

Assim, o Direito Civil perde a pretensa imunidade aos princípios constitucionais, e o conteúdo ético arraigado neles.¹⁰⁷

3.1.3 A dignidade da pessoa humana como elemento norteador da repersonalização

No constitucionalismo mais recente, incluindo o caso do Brasil, a repersonalização ganha outro fundamento, a dignidade da pessoa humana. Tal princípio é insculpido já entre os primeiros capítulos da Constituição,¹⁰⁸ estabelecendo de vez o fim da separação entre Direito e moral, colocando como postulado ético o fundamento da República. Como já se abordou anteriormente,¹⁰⁹ a dignidade impõe que a pessoa seja tomada sempre como fim em si mesma e nunca como meio, portanto, quando o Estado assume para si esse dever ético, tem a obrigação de remeter a pessoa à centralidade de suas ações. Igualmente ocorre com o Direito Civil repersonalizado.

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Entendemos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra

todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹⁰

Por óbvio que todo conceito acaba sendo um leito de Procusto, principalmente se tentar encerrar a definição em si mesmo. Considerada a extensão do conceito, desde já percebe-se a preocupação do professor Ingo Sarlet, e a leitura de sua obra não deixa dúvida de que a dignidade da pessoa humana é um conceito cultural, e que está em aberto, estando sempre em renovação. Como bem definiu o também magistrado Mauro Nicolau Junior,

se o conceito de direitos humanos deve ser sensível à cultura, não podemos chegar a um conceito universalmente válido de direitos humanos, nem à definição do que seja dignidade da pessoa, ao menos não um conceito unívoco e universal. Neste sentido, não parece apropriado que um texto jurídico, ainda que constitucional, busque definir os limites do conceito de dignidade da pessoa, pois ele estaria atrelado a circunstâncias momentâneas e geográficas.¹¹¹

Mais uma vez, fica evidente o necessário caráter transdisciplinar do Direito, que, para sua própria compreensão e ideal aplicação, precisa de

¹⁰⁷ A emergência do conteúdo ético dos princípios assume o caráter de urgência em uma sociedade de desigualdades como a brasileira, muito mais que em países de Primeiro Mundo. Como bem ressaltou Daniel Sarmento, “a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais, que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando?’; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa grande e senzala’”. In: SARMENTO, Daniel. *A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais*. p. 281.

¹⁰⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – pluralismo político.

¹⁰⁹ Nesse sentido ver capítulo 1.2.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 60.

¹¹¹ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*, op. cit., p. 109.

amparo nos demais ramos do saber, como a Filosofia, as Ciências Econômicas, a Sociologia, a Antropologia etc. Nesse aspecto, acertou o constituinte ao não encerrar um conceito, e adotar o modelo de cláusulas abertas, como também ocorre com o recente Código Civil. Esta é a nova postura hermenêutica que exige a atual legislação.

Neste trabalho, já foi possível explicitar a noção kantiana de dignidade da pessoa humana, que permanece como base para o pensar atual. Parece unânime que não se quer retornar a algo anterior a esta noção.

No próprio conceito anteriormente citado, elaborado por Ingo Sarlet, percebe-se as raízes da noção kantiana de dignidade. Portanto, dignidade vem a ser algo que é inerente ao ser humano, uma qualidade intrínseca da espécie. Isso se traduz no Direito, e na ética, na proibição de utilizar o ser humano e a humanidade como um meio para outros fins. A humanidade é sempre o fim último do Estado.

Entretanto, compreender o significado prático dessa afirmação nem sempre é uma tarefa fácil. Não faltam exemplos da invocação abusiva e meramente retórica do princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo-se da noção kantiana, tal tarefa parece simples (apesar de que por si já faria uma verdadeira revolução em nosso Direito), entretanto devemos lembrar que a noção kantiana de pessoa é noção abstrata e individualista.¹¹²

É mister referir que, apesar do atomismo kantiano, como já se tratou no primeiro capítulo do presente trabalho, pessoa é conceito ético, indo muito além da esfera do indivíduo, envolvendo toda corporalidade da pessoa, englobando a sua situação de ser que se relaciona. Portanto, não pode o princípio da dignidade da pessoa humana traduzir-se em instrumento liberal-individualista de simples limitação do poder estatal.

Para se ter respeitada a dignidade humana, a pessoa tem de ser pensada sempre a partir da comunidade onde está localizada, seu contexto his-

tórico. Inadmissível se torna interpretações atomísticas e solipsistas da pessoa.

Ainda no que diz com a tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato.¹¹³

A esse passo, é importante diferenciar dignidade humana de dignidade da pessoa humana, referindo-se a primeira à dignidade da humanidade, como um todo, e, portanto, em abstrato, enquanto que a segunda trata da dignidade de pessoas individualmente localizadas. Cabe ressaltar que a proteção constitucional se dá em relação à dignidade da pessoa humana, ou seja, a qualidade intrínseca a cada pessoa, mas que só pode ser desrespeitada concretamente, nunca em abstrato.

Num Estado que prima pela dignidade da pessoa humana, até mesmo o princípio da igualdade se faz desnecessário de positivar, já que este passa a ser uma decorrência lógica daquele, na medida em que, sendo todos seres humanos iguais em dignidade, é vedado ao Estado tratá-los em desigualdade. Todo ser humano é digno de incondicional respeito. Se é assim para o Estado, igual obrigação têm os particulares, obrigação ética, e que, por força da Constituição, também se traduz em obrigação jurídica, na medida em que os valores constitucionais atingem as relações privadas.

Assim, mais uma vez fica evidente o necessário conteúdo ético do Direito, fazendo com que os valores constitucionais, através dos princípios constitucionais, atuem regulando as relações privadas. Igualmente ocorre com os “novos” princípios adotados pelo Código Civil.

Os chamados “novos princípios”, agora positivados no novo Código Civil de 2002, já vinham sendo aplicados pela jurisprudência antes mesmo do código. Estes princípios, que se contrapõem aos princípios liberais, como autonomia da vontade, força vinculante dos contratos,

¹¹² Ver capítulo 1.2.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 51.

dentre outros, nem sempre possuem uma fácil aplicação.

O princípio da boa-fé objetiva nos contratos é um exemplo privilegiado de que, para se ver cumprido este princípio, a velha conduta, amparada pelos antigos princípios liberais, não se mostra adequada. Os juristas necessitam de outra atitude hermenêutica, fazendo com que, para que seja atendida a boa-fé objetiva, tenha-se sempre no horizonte hermenêutico do intérprete o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, para ser respeitada a dignidade da pessoa humana, entendida como a vedação da instrumentalização humana, nas relações privadas, há que ser observada a boa-fé objetiva.

O mesmo ocorre com a relação jurídica, da qual já se falou no segundo capítulo do presente trabalho. Ela traduz-se muito mais em um rigor técnico que escamoteia a pessoa do que em um instrumento em favor da pessoa. Como bem salientou Luiz Edson Fachin,

A relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de *um modo de ver* a vida e sua circunstância. Sob as suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria insuficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames.¹¹⁴

O que se está a dizer não é de que o conceito de relação jurídica tenha perdido a sua serventia, bem como a tradição da dogmática jurídica a qual este conceito se filia, muito pelo contrário, há que se compreender as limitações e a insuficiência deste conceito. Não pode ser a pessoa instrumentalizada por esse conceito, e sim ao contrário.

Há que ser compreendida a dimensão social da qual estão envolvidas as partes das relações jurídicas. Não podem as pessoas envolvidas nas relações jurídicas se perderem em um emaranhado conceitual.

Outro conceito que conduz a uma “coisificação” da pessoa é o de capacidade jurídica. Através dele se diz que alguns possuem mais personalidade do que outros, cominando uma espécie de pena aos atos praticados por aqueles que não a detêm, seja a nulidade absoluta, sejam os atos anuláveis.

Num contexto de um direito repersonalizado, não há que se abandonar a dogmática jurídica, incluindo conceitos como de relação jurídica e capacidade jurídica, mas há sim é que se ter uma releitura desses institutos, à luz dos princípios constitucionais. Como já se explicitou, o principal deles é o da dignidade da pessoa humana, elemento fundante do Estado, que veda a possibilidade de instrumentalização da pessoa, impondo o dever de tratá-la sempre como fim em si mesma. Assim, não é necessário abandonar os conceitos de relação jurídica e capacidade jurídica, mas sim serem fazer com que sejam lidos de forma a não serem o fim último, reservando esse espaço à pessoa.

Tampouco é aceitável uma leitura reducionista da pessoa, que tente encaixá-la em categorias abstratas. Inegável a importância de construções doutrinárias que consagram o “consumidor”, o “contratante”, o “proprietário”, dentre outras categorias, mas há que se compreender a limitação dessas categorias. Há que se saber que por trás dessas categorias existe uma pessoa.

Desse modo, é preciso buscar uma definição da pessoa, para que se possa compreender melhor o sentido da repersonalização. Como já se expôs ao longo deste trabalho, pessoa é conceito cultural, o que remete, obrigatoriamente, à discussão para além do campo jurídico.

Para a melhor compreensão da pessoa se optou por utilizar o referencial teórico do filósofo Martin Heidegger, para o qual o homem é visto de forma tanto mais adequada e autêntica se considerado concretamente, a partir de sua existência e da dimensão pré-compreensiva na qual se situa.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26.

3.2 A Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger como enfoque adequado à pessoa

O filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) é considerado por muitos o pensador mais importante do século XX. Sua obra é a mais extensa da História da Filosofia, com 102 volumes. É de sua autoria também *Ser e tempo* (1927), considerado o livro mais importante do século passado, sendo a principal obra do filósofo.

Heidegger se criou na Alemanha católica, tendo a religião exercido grande influência em sua vida. Conheceu a vida estudiosa através do sacerdócio, que mais tarde abandonaria para se dedicar à vida acadêmica. Teve formação impecável, com vasto conhecimento sobre os clássicos, sendo considerado o último de uma linhagem de grandes filósofos, que, antes de se proporem ao novo, dominavam com perfeição a tradição que os antecedia.

Seu grande mestre foi Edmund Husserl (1858-1938), fundador da fenomenologia. Por fenomenologia, entende-se o ramo da filosofia que estuda os “fenômenos”, e tem por máxima “ir as coisas nelas mesmas”. A grande influência no pensamento de Heidegger será, tanto da parte de Husserl como de Dilthey,¹¹⁵ o interesse pelo *a*

priori do mundo da vida. De Husserl vem o método da fenomenologia que Heidegger irá adotar.

A fenomenologia de HEIDEGGER parte do mundo da vida, mas não busca, como em seu mestre, chegar a uma posição anterior à objetividade das ciências, a um *ego transcendental*. Antes disso, HEIDEGGER combate o idealismo especulativo e representa uma ruptura com a história da metafísica ocidental. Para o autor de *Ser e tempo* não se trata, como em HUSSERL, de estabelecer uma continuidade com a filosofia subjetiva, onde o fundamento, o *ontos*, o ser, identifica-se com o sujeito, esboçado metafísica e idealisticamente, mas sim de resgatar a questão do ser, negligenciada desde os gregos, percebendo que ela aponta não para um sujeito absoluto e transcendental, mas para uma temporalidade absoluta, para o *a priori* da própria existência humana em relação ao *logos*.¹¹⁶ (Grifos do autor)

O filósofo expressa a preocupação com o sentido do ser, que na sua concepção ficou esquecido desde os gregos. O que o autor quer dizer com isso é que, pela maneira como é feita a pergunta, pela forma de questionar, que o *ser* restou esquecido. Safranski pondera que essa indagação pelo sentido do ser sempre ocupou e ocupa a reflexão humana até hoje. “É a pergunta pelo sentido objetivo e pela importância da vida humana e da natureza.”¹¹⁷ Segundo Safranski, a própria vida moral-prática faz esse questionar, e, desde que a filosofia e as ciências andaram juntas, esta ques-

¹¹⁵ Wilhelm Dilthey (1833-1911) foi um filósofo alemão, que teve como grande contribuição a aplicação do pensamento hermenêutico – sob influência de Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) – ao estudo da história. A hermenêutica, antes restrita aos textos bíblicos, agora tinha sua aplicação ao estudo da história. Influenciado pela *crítica da razão pura* de Kant, Dilthey realiza importante crítica, ao referir que jamais poderíamos ter uma compreensão completa da história, pois somos parte dela, não estando em um ponto externo passível de observá-la. Dilthey quer romper com o idealismo racionalista. Um dos principais objetivos deste filósofo, e que se traduz em grande contribuição, é a separação entre ciências naturais e ciências do espírito, sendo que na primeira se opera a explicação, enquanto na segunda ocorre a compreensão. Nas ciências naturais, há a observação empírica, a experiência permite a explicação. Nas ciências naturais, partimos do ‘mundo da vida’, e dele só podemos compreender. No estudo da história, a compreensão se dá no interior dum círculo hermenêutico (herança de Schleiermacher) que gira entre o todo e a parte, entre o fato histórico e a totalidade da história. “No âmbito do conhecimento da natureza só têm importância as constatações verificáveis que se dão pela experiência, ou seja, que se desvinculam da experiência do indivíduo constituindo um acervo permanente e confiável do conhecimento empírico”. In: GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 299. Entretanto, Dilthey acaba por virar escravo de suas próprias críticas, pois ao final conclui que é possível uma perfeita compreensão da história. “A história apresenta-se, enfim, como um grande texto a ser decifrado”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 49. Nesse sentido, ver também GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 146-156.

¹¹⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*, op. cit., p. 53.

¹¹⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: Um Mestre da Alemanha entre o Bem e o Mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 188.

tão foi central. Entretanto, a coisa muda de figura na modernidade. “Desde que Kant descobriu que como seres morais temos de fazer a pergunta, mas como cientistas não a podemos responder, desde então as ciências exatas recuam diante dessa pergunta.”¹¹⁸

Heidegger deixa claro, portanto, qual a sua grande preocupação, que leva o título de seu livro: o ser. O filósofo já começa seu livro, em seu primeiro capítulo, dizendo que “*ser* é o conceito mais universal e mais vazio. Como tal, resiste a toda tentativa de definição”. (Grifos do autor)¹¹⁹

O filósofo prossegue dizendo que é o conceito mais universal, conceito indefinível, e conceito que ao mesmo tempo é evidente por si mesmo. É evidente, pois é do cotidiano das pessoas, sendo que “todo mundo compreende: ‘o céu é azul’, ‘eu sou feliz’ etc.”¹²⁰ (Grifos do Autor)

A dificuldade, segundo o filósofo, em definir o ser reside na própria linguagem, que paradoxalmente é a que permite a compreensão do sentido do ser. E a dificuldade é justamente a de não existir um ponto exterior do qual poderíamos nos situar e observar o ser, vale dizer, não há uma metalinguagem passível de utilização para definição do ser. “Não se pode tentar definir o ser sem cair no seguinte absurdo: pois não se pode definir uma palavra sem começar por – é –, quer se a exprima, quer se a subentenda. Portanto, para definir o ser seria preciso dizer é, e assim empregar a palavra definida na definição.”¹²¹

É indefinível também o ser, pois não se pode defini-lo confundindo com o ente. “O ser não pode ser determinado, acrescentando-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores.”¹²²

E aqui fica explicitado um dos conceitos-chaves, e mais importantes, na obra de Heidegger: a diferença ontológica. Ela trata exatamente da distinção entre ser e ente. Este último é o que torna possível a percepção, a cognição. O ser nunca é passível de apreensão, sendo uma busca interminável, pois o nosso contato se dá com o ente.

Esta importante distinção levou Lenio Streck¹²³ a diferenciar texto e norma, no campo do Direito. Com este exemplo resta clara a distinção. O texto da norma é o ente, é com ele que nos relacionamos, com ele se estabelece o contato, a percepção sensorial. É o texto legislativo, são os códigos etc. Ora, mas sabemos que isto não é a norma “em si” – fazendo-se referência à máxima de “ir as coisas nelas mesmas”. O que a norma é, ou seja, o seu *ser*, é algo diferente daquilo que está visível aos olhos, e consiste na grande busca do jurista. O ser nunca é passível de apreensão, pois quando o jurista referir-se ao sentido do *ser* da norma terá de utilizar a linguagem, objetificando, entificando o ser, tornando-o passível de compreensão. Entificar o ser, objetificar, é tarefa essencial do jurista, e da tradição da dogmática jurídica, mas, ao mesmo tempo, o jurista há de ter a consciência de que está a lidar com o ente, e não com o ser, sendo o ser sua verdadeira busca.

Assim, é mister explicitar os termos ôntico (relativo ao ente) e ontológico (relativo ao ser). “A expressão *ôntico* designa tudo que existe. A expressão *ontológico* designa o pensar curioso, espantado, assustado, sobre o fato de que eu existo e que qualquer coisa exista.”¹²⁴

Esse “mostrar-se” do ente, anteriormente tratado, que é chamado de fenômeno.

Assim, inicialmente, a palavra *fenômeno*, em sua acepção etimológica grega (*phainômenon*), aponta para um mos-

¹¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 188.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I, p. 27.

¹²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 29.

¹²¹ Idem, *ibidem*, p. 29.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 29.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹²⁴ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger*, op. cit., p. 190.

trar-se, para aquilo que se mostra em si mesmo, o patente. Contudo, um ente pode ter várias maneiras de mostrar-se, adotando, inclusive, uma maneira na qual ele, em verdade, acaba por ocultar-se, como sói acontecer com o fenômeno no sentido de aparência, do parecer ser. Ambos os conceitos estão unidos pela sua própria estrutura, sendo que o primeiro fundamenta o segundo. O que importa, porém, para Heidegger, não é o que possa ser, de fato, aquilo que se mostra (se o ente ou seu caráter ontológico), mas tão-somente o fato de que algo se mostra. Este é o sentido formal de fenômeno, ou *conceito fenomenológico de fenômeno*.¹²⁵ (Grifos do autor)

Heidegger explicita, no §7º de *Ser e tempo*, o que entende por método fenomenológico, bem como o que entende pelo conceito de fenômeno. Inicialmente diferencia-se ontologia de fenomenologia. “Apreender o ser dos entes e explicar o próprio ser é tarefa da ontologia.”¹²⁶ Posteriormente se esclarece ser a fenomenologia um método, bem como a máxima “às coisas em si mesmas!”.

A palavra fenomenologia tem em sua origem a palavra fenômeno e *logos* (a exemplo da bio-logia, socio-logia, teo-logia etc.)

Na sua origem, a palavra fenômeno, significa mostrar-se, e diz com o que se mostra, o que se revela. É o *que se mostra em si mesmo*, que os gregos identificam com o ente.

Ora, o ente pode-se mostrar por si mesmo de várias maneiras, segundo sua via e modo de acesso. Há até a possibilidade de o ente se mostrar como aquilo que, em si mesmo, ele *não é*. Neste modo de mostrar-se, o ente “se faz ver assim como...” Chamamos de *aparecer, parecer e aparência* a esse modo de mostrar-se. [...] Somente na medida em que algo pretende mostrar-se em seu sentido, isto é, algo pretende ser fenômeno, é que *pode* mostrar-se *como* algo que ele mesmo não é, pode “apenas se fazer ver assim como...”¹²⁷

O exemplo clássico é o dos sintomas de uma doença, que se manifestam no organismo, entretanto indicam algo que em si não se manifesta.

O segundo elemento é o *logos*. Tal conceito, como já adianta o filósofo, é polissêmico tanto em Aristóteles como em Platão, sendo muitas vezes traduzido por “discurso”, o que implica na dificuldade de se determinar o que é discurso.

Logos tem sua tradução mais adequada quando entendido como razão, juízo, conceito, definição, fundamento, relação, proporção.

O *logos* deixa e faz ver aquilo sobre o que se discorre e o faz para *quem* discorre (médium) e para todos aqueles que discursam uns com os outros. [...] O discurso autêntico é aquele que retira o *que* diz daquilo sobre que discorre de tal maneira que, em seu discurso, a comunicação discursiva revele e, assim, torne acessível aos outros, aquilo sobre que discorre.[...]

Em seu exercício concreto, o discurso (deixar ver) tem o caráter de fala, de articulação em palavras.¹²⁸ (Grifos do autor)

Mas, antes de partir do sentido de *logos* como razão, juízo ou conceito, é importante abordá-lo como fala. Enquanto fala, o *logos* aponta para algo que se desvela pelo dizer, o ente que, antes velado, acaba por perder o seu velamento. “Não é a mente que projeta um sentido no fenômeno, ela apenas permite que este sentido apareça.”¹²⁹

Portanto, a tradução de fenomenologia seria algo como “ciência dos fenômenos”.

Ela traduz, antes de tudo, um permitir que as coisas se manifestem em si mesma, sem serem encobridas com juízos *a priori*. O sentido fenomenológico de fenômeno é, portanto, aquele que permite, quando da manifestação do ente, o aparecimento do ser, que deve ser desvelado.

A esta altura, Heidegger pergunta-se pelo único ser que compreende o ser. O ser humano é o único que consegue compreender o sentido do ser. Assim, torna-se essencial voltar-se para ele para compreender o sentido do ser. A este ser humano, que interpreta as coisas ao seu redor, o seu

¹²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 55.

¹²⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 56.

¹²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, op. cit., p. 58.

¹²⁸ Idem, *ibidem*, p. 62-63.

¹²⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*, op. cit., p. 56.

“objeto de estudo”, o filósofo denominou de *dasein* (ser-aí).¹³⁰

E aqui passa a fazer parte de seu pensamento a hermenêutica, não entendida como em Schleiermacher,¹³¹ como um método de interpretação de textos, mas como um existencial humano.

É aqui que adentra triunfante e revolucionariamente a hermenêutica, pois o *ser-aí* caracteriza-se por ser um ente que atua a partir de uma certa compreensão do seu próprio ser, uma compreensão que se transmuda ao longo da experiência histórica, e que se revela, na linguagem heideggeriana, como uma interpretação fundada no momento mais radical, o da abertura para o mundo, o da compreensão primeira, a partir da qual se desenvolve a ação humana.¹³²

Por este momento inicial, em que o *dasein* é lançado no mundo, e passa a se relacionar com as coisas ao seu redor, este momento fundante é

chamado de compreensão existencial. Sendo a compreensão do ser uma determinação ontológica do *dasein*, só pode a análise heideggeriana iniciar pelo estudo do *dasein*. Assim, às estruturas deste ente fundamental, o filósofo chama de existencialidade. Seus elementos específicos são chamados de existenciais ou existenciários, e as determinações do ser dos entes que não são o *dasein* são nominadas categorias.¹³³

Mas, neste processo todo, ocorre um fenômeno, e sua constatação seja talvez o maior mérito de Heidegger. Ao compreender o sentido do ser, através do desvelamento do ser, que se dá através do ente, o sentido já se antecipa. Aqui nasce o conceito de pré-compreensão.

Da nossa vivência, da nossa cotidianidade, vai se formando a pré-compreensão. A compreen-

¹³⁰ A tradução brasileira de *Ser e tempo*, da editora Vozes, adotou, quase que de maneira isolada, a tradução de pré-sença, ao contrário da maior parte da tradição, que preferiu traduzir o *dasein* por ser-aí. Neste trabalho, sempre que possível, se preservará o original, tratando por *dasein*. Dentre outras traduções possíveis, encontra-se estar-aí, tradução adotada pelo filósofo Ernildo Stein em muitas obras (em especial STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. 132 p.). Em obras de língua inglesa, encontra-se a tradução *existence*, que em sua tradução para o português, literalmente, seria “existência”. (termo não raramente encontrado). Entretanto, advertimos para evitar confusão, de que Heidegger já utiliza este termo com outra conotação. (No original, *Existenz*.) A expressão *dasein* é utilizada por respeitados autores, dentre eles Safranski, com sua célebre biografia sobre Heidegger. “*Dasein* ou existência significam pois: nós não apenas somos, mas percebemos *que* somos. E nunca estamos acabados, como algo presente, não podemos rodear a nós mesmos, mas em todos os pontos estamos abertos para um futuro. Temos de conduzir a nossa vida. Estamos entregues a nós mesmos. Somos aquilo que nos tornamos”. In: SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o Bem e o Mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 190.

¹³¹ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1768-1834) é um teólogo alemão do período do romantismo, do século XIX. Schleiermacher é praticamente um dos “pais” da hermenêutica, na medida em que estabelece a “generalização do mal-entendido”. Ao contrário dos que antecederam ele, para o teólogo sempre há uma espécie de mal-entendido. Antes, os pensadores da hermenêutica entendiam que a hermenêutica era uma tarefa circunscrita às situações de obscuridade. (Situação semelhante ocorria no Direito, onde durante muito tempo se sustentou o brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio*, ou seja, quando há clareza não é necessário interpretar.) Agora, o mal-entendido passa a ser a regra geral da interpretação de textos. Schleiermacher promove o que Paul Ricoeur chamou de desregionalização da hermenêutica, na medida em que estendeu a interpretação, a tarefa da hermenêutica, não só aos textos, como antes ocorria, mas ao próprio discurso humano. A grande contribuição de Schleiermacher é *círculo hermenêutico* (que em verdade é uma contribuição de Friedrich Ast). Para o autor, a compreensão se dá de maneira circular, sendo este caráter intrínseco à hermenêutica. “No aspecto gramatical da interpretação o círculo pode ser visualizado em vários níveis: na relação entre a palavra e a frase (onde o sentido da palavra só pode ser precisado a partir do todo da frase e este é confirmado e corrigido pelo recurso às palavras que o compõem), na relação entre a frase e o discurso onde ela está inserida, na relação entre o discurso e a obra que o abrange, e, finalmente, na relação entre a obra e a língua onde ela figura, abrangendo a totalidade de suas obras literárias”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*. Op. cit., p. 23. Tanto o todo pode ser compreendido através da parte como a parte pode ser compreendida através do todo. Para Schleiermacher, a tarefa da hermenêutica é reformular o ato criativo do autor (movimento semelhante ao da hermenêutica jurídica que buscava a vontade do legislador).

¹³² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 57.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 58.

são é, portanto, uma interpretação daquelas possibilidades estabelecidas na pré-compreensão.

Sempre interpretamos as coisas em um *como*. O *dasein* já possui desde sempre toda uma rede de significações, onde então algo é revelado como *algo*. O significado de um ente será “determinado pelo papel que este assume no *ser-em* do *ser-no-mundo*”.¹³⁴

A relação inicial que o homem assume com os entes que o cercam é de uma utilidade pragmática, sendo que esta utilidade já vem determinada culturalmente, de acordo com o contexto social. Primeiro somos jogados no mundo,¹³⁵ adquirindo uma relação de utilidade com os entes,¹³⁶ tomando consciência somente mais tarde, onde há a especulação, o questionar, o perguntar pelo sentido do ser.

Nesse sentido a filosofia pecou muito até aqui. Ou descreve como a consciência surge no mundo (naturalismo), ou como o mundo é constituído pela consciência (idealismo). Heidegger procura um terceiro caminho. Seu ponto de irrupção é original, mas também é forçado: é preciso começar no *ser-em* (*In-Sein*). Pois “fenomenalmente” eu não experimento primeiro a mim mesmo e depois ao mundo, nem ao contrário primeiro ao mundo e depois a mim mesmo, mas as duas coisas são dadas na experiência numa ligação indissolúvel.¹³⁷

A pré-compreensão é um sentido que assumimos inconscientemente, e que nos é transmitido

pela linguagem. Ela parte da premissa que “não existe conhecimento sem pressupostos”.¹³⁸

Acaba por se revelar, então, que as coisas não têm um sentido em si. O sentido do ente, antes de ser uma qualidade intrínseca ao ente, é um modo-de-ser do *dasein*. Isso põe as ciências em cheque, já que partem de uma idéia de verdade, acreditando ser possível, geralmente através de um método, chegar-se à compreensão do sentido inerente ao ente. Ocorre que este sentido está no sujeito que compreende, e não no objeto a ser compreendido.

É rompida a tradicional teoria do conhecimento, a teoria sujeito-objeto. Não se concebe mais o conhecimento como representação do real, e sim como interpretação. Uma interpretação que se dá no interior do círculo hermenêutico. Porém, ao contrário de Scheleiermacher, para quem o importante era tentar sair do círculo hermenêutico, Heidegger constata que o importante é adentrar no círculo de maneira correta. O importante é perceber que o círculo hermenêutico é um existencial humano, do qual não poderemos sair.

A compreensão do sentido do ser, portanto, sempre se dará através do ente, numa dinâmica circular, baseada numa pré-compreensão que nos é anterior, no interior da qual o sentido sempre se antecipa.¹³⁹

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 62.

¹³⁵ Safranski explica o porquê da linguagem muitas vezes “complicada” utilizada por Heidegger: “A análise do ser-em leva a bizarras complicações na terminologia. Pois cada depoimento conceitual tem de evitar recair na separação tão evidente entre sujeito e objeto, e na escolha de um ponto-de-vista ‘subjetivo’ (interior) ou ‘objetivo’ (exterior). Assim surgem as construções vocabulares com hífen, para designar os dispositivos numa ligação indissolúvel. Alguns exemplos. *Ser-no-mundo* (*In-der-Welt-sein*) significa: o *dasein* não se defronta com um mundo, mas sempre já se encontra diante dele. *Ser-com-outros* (*Mit-sein-mit-anderen*) significa: o *dasein* já se encontra sempre em situações comuns com os outros. *Ser-adiante-de-si* (o *dasein* não olha eventualmente do ponto-de-vista do agora, mas olha para o futuro constantemente providenciado (*besorgend*)). Essas expressões mostram o caráter paradoxal de todo o empreendimento. Análise, afinal, significa que algo é desmembrado. Mas Heidegger, analisando os efeitos da análise, tenta revogar outra vez a separação em pares e elementos. Heidegger mete as mãos no *dasein* como numa colônia de algas. Não importa onde as pegamos, sempre as teremos de retirar como um todo”. In: SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger*. Op. cit., p. 195.

¹³⁶ Ou nas palavras de José Carlos Moreira da Silva Filho, “O normal é que o homem viva na *impropriedade*, estando sempre ocupado com os entes em sua disponibilidade, mas sem se dar conta do ser destes entes bem como do seu próprio”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 174.

¹³⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger*, op. cit., p. 195.

¹³⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 63.

¹³⁹ Interessante e oportuno citar a construção feita por José Carlos Moreira da Silva Filho, que aplica o conceito de pré-compreensão ao Direito, criando, inclusive, a categoria de *pré-compreensão jurídica complexa*. Sobre a contribuição do

E o mais importante (relembrando o título da obra do filósofo): o sentido do *ser é tempo*. Heidegger já deixa claro em seu prólogo. Sobre o tema, Safranski comenta que

Como convém a um prólogo, já no início alude-se ao ponto para onde tudo isso converge: *a interpretação do tempo como o horizonte possível de qualquer compreensão do ser*. O sentido do ser é tempo. Está revelado o tema, mas para torná-lo compreensível Heidegger não precisará apenas de todo esse livro, e sim do resto de sua vida.¹⁴⁰

O que se quer dizer com isso é que o sentido do ser é sempre temporal, nunca estático. E assim o é porque a pré-compreensão também é temporal. O tempo insere-se em nossa vida de maneira que não deixa espaços sem sua influência.

Esse é justamente o problema que Heidegger viu na metafísica clássica. Como já se disse, o sentido do ser sempre foi o objetivo de todo pensar humano, mas a forma como foi feito esse questionar acabou por objetificar o ser. (Vale dizer, entificar o ser.)

Através do método, em especial na modernidade, julgou-se possível apreender um sentido estático do ser, objetivando-o, tornando-o imutável, sólido.

Para HEIDEGGER, a história da metafísica ocidental é a história do encobrimento do ser, isto é, da busca de um sentido fixo para o ser que, ao invés de manter sempre aberta a porta (melhor seria dizer *clareira*) para a revelação do ser enquanto *acontecimento*, não permite sequer que se tenha consciência da existência de uma tal dimensão, tomando-se o efeito pela causa.¹⁴¹

Alteram-se os pressupostos, altera-se a interpretação do sentido do ser. O tempo transforma as relações sociais, o contexto histórico, mudanças que, enfim, acabam por modificar a pré-compreensão dos sujeitos.

O sentido do ser se dá como no rio de Heráclito, onde “nunca nos banhamos duas vezes na mesma água de um rio”. “Tudo flui. Tudo muda e nada permanece” são máximas que expressam de maneira adequada a relação do ser com o tempo.

Mesmo que o ente venha a continuar o mesmo, o ser mudará com o tempo. E não só o tempo, mas a historicidade em si, pois tanto a mudança do tempo quanto do contexto cultural é apta a provocar um choque cultural.¹⁴²

A compreensão do sentido do ser é uma interpretação, e toda interpretação é um exercício da-

conceito ao Direito, explicita o autor que “a) a pré-compreensão advém da própria estrutura de conhecimento do homem, desnudada neste aspecto por HEIDEGGER, demonstrando que toda atividade intelectual pressupõe um pré-entendimento ou uma compreensão primeira sobre a qual se apóia. Desta feita, a interpretação da norma jurídica, como qualquer outra forma de conhecimento, derivada desta circunstância, opera em uma dinâmica circular e não linear como entende a teoria da subsunção; b) a pré-compreensão funciona como “antecipação do todo” diante do texto da norma, mas tal antecipação apóia-se não só no âmbito textual, mas refere-se igualmente ao problema a ser resolvido juridicamente e ao mundo da vida apontado pelo texto da norma, cujos elementos transcendem os limites deste; c) uma *pré-compreensão jurídica complexa* pressupõe não só a tradição dogmática, referente ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário da dogmática jurídica, mas também a tradição jurídica pulverizada por todos os setores sociais, já que norma e fato estão ambos inseridos no mundo da vida conformado pelo grupo social, devendo considerar-se, igualmente, os elementos prévios que o próprio caso concreto traz; d) nega-se a pré-compreensão como ponto de partida provisório rumo a um conhecimento seguro da realidade, pois a norma nunca vai existir de modo completo, fechado e autônomo, já que interage com a “futuridade dos casos”, logo não se ambiciona sair do círculo, mas sim entrar nele de modo correto; e) entrar no círculo de modo correto significa realizar o esforço de conhecer nossos pressupostos e aceitar o risco de que, no embate com as normas e os casos a se resolver, tais (pré)-conceitos sejam alterados”. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 149-50.

¹⁴⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger*, op. cit., p. 188.

¹⁴¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 173-174.

¹⁴² No filme *Os deuses devem estar loucos* (The Gods Must Be Crazy. CAT Films; Botsuana/África do Sul, 1980), fica evidente como esta relação entre *ser e ente* se dá no *tempo*. A película inicia mostrando os avanços das grandes civilizações, fazendo o contraste com as tribos da África. Em seguida um avião passa por uma tribo e o piloto atira pela janela uma garrafa de Coca-cola, de vidro, a fim de dispensá-la. Ocorre que a garrafa cai em meio aos nativos, que ao encontrá-la pensam ser um presente dos deuses. Aquele objeto, que para o povo civilizado não havia dúvidas de que se tratava de uma simples garrafa de refrigerante, para os nativos causa perplexidade. O sentido ontológico que ela assume é totalmente diverso.

quelas possibilidades já instaladas na pré-compreensão. A este passo, Heidegger inverte a ordem em que comumente são entendidos os termos interpretação e compreensão.

Na análise dos §§ 31 a 33 de *Ser e tempo* percebe-se como Heidegger inverte a relação tradicional entre os termos *interpretação e compreensão*, evidenciando, em consonância com sua abordagem existencial, a procedência da segunda em relação à primeira. Assim, qualquer significação que se atribua a um ente é, na verdade, uma interpretação, visto que toda a atividade do sujeito está calcada em um momento prévio, fundante, de abertura para o mundo. [...] A interpretação é o desenvolvimento dessas possibilidades, pré-alojadas no sujeito.¹⁴³

Sempre interpretamos. A interpretação é algo que toma conta de nossa vida a todo instante. A todo tempo estamos interpretando algo. Ela não é uma ferramenta, que utilizamos nos momentos de obscuridade, como já se passou. Ela faz parte da existência humana. É o que possibilita a compreensão de tudo aquilo que nos cerca. É

sempre um *como*, em relação àquelas possibilidades preexistentes.

Conclui-se, portanto, que as coisas que não cercam, bem como nós mesmos, ou o que quer que seja, não possuem um sentido objetivo a ser extraído através de um método de interpretação (como queria a Escola da Exegese). As coisas apenas são, e o sentido irá ser construído pelo intérprete. Este intérprete, o ser humano em sua situação existencial, que se abre ao questionar-se pelo sentido do ser, Heidegger chamou de *dasein*. Só o *dasein* compreende o sentido do ser. E o ser não se confunde com o ente, apesar da relação de mútua existência de ambos, onde um possibilita o outro. A compreensão do sentido do ser então, que se dá através do embate com o ente, é possibilitada pela interpretação, que é um exercício daquelas possibilidades pré-alojadas na pré-compreensão, através de uma dinâmica circular, um círculo hermenêutico.

Aliás, o próprio sentido ôntico é diferente. Em princípio, tanto o povo civilizado como os nativos possuem uma relação de simples utilidade com ela, sem aquele perguntar curioso típico do pensamento ontológico. Para os nativos, aquele objeto, transparente, duro, diferente de tudo que já haviam visto, e vindo dos céus, só poderia ser um presente dos deuses. E assim o trataram. Descobriram inúmeras utilidades para o objeto – por óbvio que não a mesma que nós. A garrafa era um excelente martelo, ótimo para curtir couro dos animais, fazer escavações. Enfim, uma ferramenta universal, que só poderia ser um presente dos deuses. Mas em seguida ela começa a semear a discórdia. Como era apenas uma, para todos da tribo (tribo, aliás, extremamente pacífica), ela passa a ser um objeto de desejo. Eles então, ao ver a desgraça que ela acaba por trazer, concluem que os deuses só podem estar loucos. Não haveria motivo para fazer isso à eles, que sempre foram tão bons. Decidem então entrar em uma longa jornada que visa devolver o objeto aos deuses. Durante toda a exibição do filme, fica evidente a forma como o homem se porta diante daquilo que o cerca, vale dizer, como o *dasein* se porta enquanto ser-em. Num primeiro momento, o contato é apenas numa relação usual, não há qualquer mistério. Não há um perguntar pelo sentido do ser. A relação se dá no plano ôntico. Entretanto, ao algo dar errado, acabamos por ficar angustiados, despertando-nos para o perguntar pelo sentido do ser. No presente filme, por mais que os membros da tribo se perguntassem sobre o sentido do ser, buscando seus fundamentos últimos, jamais chegariam a mesma conclusão que alguém que vive na civilização chegaria se fizesse o mesmo questionamento. Isso ocorre porque a pré-compreensão de que partem ambos os intérpretes é deveras diversa. Resta evidente como o sentido do ser se dá no tempo. Mudam-se os tempos, mudam-se os sentidos. Outro exemplo semelhante é relatado, com um caso verídico, no documentário *Eram os deuses astronautas?* (Erinnerungen an die Zukunft; Alemanha, 1970), no qual se investiga uma tribo que, durante a Segunda Guerra, ao entrar em contato com aviões alemães que utilizaram as imediações da tribo como base, pensaram tratar-se de deuses, que vinham dos céus, em suas máquinas barulhentas. Após esse feito, todos os dias os membros da tribo esperavam os deuses voltarem, aguardavam ansiosos olhando para o céu. Construíram réplicas, feitas de palha, de aviões, em forma de homenagem aos deuses. A pergunta pelo ser, ou seja, aquilo que aquele objeto “é”, levou-os à conclusão de que só poderiam serem deuses. Não havia, na pré-compreensão de que partiam, condições de aferir que tratava-se de aviões. Assim ocorre também com as legislações, onde não raro se observa sentido totalmente diverso ser tomado nas decisões, acerca de uma mesma lei. Com o tempo, alteram-se as pré-compreensões dos juristas, alterando-se o sentido que elas assumem. Cabe lembrar que os exemplos aqui citados são meramente didáticos, não devendo ser assumidos como verdades, pois exemplos são entificações do ser, não sendo, o *ser*.

¹⁴³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e Direito*, op. cit., p. 60-61.

Assim é o ser humano. Assim é a pessoa. Essa foi a forma que Heidegger encontrou de pensar o sentido do ser: voltar-se para aquele que compreende o sentido dessa afirmação. O homem, o *dasein*, o ser-aí, que desde sempre é um ser-no-mundo.

O direito não pode ignorar tais constatações. Como já se frisou, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o dever de pensar a pessoa como o fim último de toda ação humana, seja ela por parte do Estado, seja entre os particulares, por força da constitucionalização do Direito Privado.

Isto é repersonalização. Mas pessoa é conceito cultural e, para compreender o sentido de tal conceito, é necessária uma análise que vá além das fronteiras do Direito, que é onde entra a filosofia, bem como os demais ramos do saber.

A analítica existencial de Heidegger constitui o referencial adequado para pensar a pessoa, tanto no direito como em qualquer outra ciência.

O jurista há de ter em mente que conceitos como relação jurídica, capacidade jurídica, dentre outros, entificam o ser, objetificam a realidade. Não se está defendendo o abandono de tais conceitos, mas sim que sejam questionados, que se provoque um estranhamento, um questionar pelo seu real sentido. Estes conceitos não podem tornar a pessoa um elemento secundário, em relação a eles. O Estado não está autorizado a tratar de forma instrumentalizada os seus cidadãos.

Igualmente se impõe tal dever aos particulares. O princípio da boa-fé objetiva, por exemplo, impõe o dever de uma correta informação nas negociações. Num Direito Civil repersonalizado, isso impõe o dever de considerar adequadamente, existencialmente, aquela pessoa com quem se está contratando. Para isso, é necessária a compreensão de que esta pessoa é um ser-no-mundo, possui uma pré-compreensão, que lhe é anterior.

Ora, objetivamente falando, se é um ser-no-mundo, não é um ente abstrato, que paira no ar. É um ser de realidade concreta, inserido em uma realidade social. Não “cabe” em conceitos objetificadores como “consumidor”, “comprador”, “locador”, ou qualquer que seja. É preciso ir além dessas fronteiras. A contratação deve levar em consideração as reais condições na qual se encontra aquela pessoa. Deve-se pensar acerca da pré-compreensão de que ela parte. Sempre compreendemos a partir de alguns pressupostos, nosso ponto de vista sempre parte de algum lugar.

O que se está a fazer não é elencar uma série de exemplos práticos a serem adotados no cotidiano forense, ou fornecer teses aos operadores jurídicos, e sim fornecer um instrumental apto a pensar a realidade do Direito.

Se, para Heidegger, a metafísica foi o esquecimento do ser, igualmente incorreu o Direito, ao não fazer as perguntas de modo adequado, e muitas vezes, inclusive, ao não questionar, encobriu o real sentido do ser, mantendo-o em categorias fixas, imutáveis, aprisionando-o. Muitas vezes se ignorou também a importância do tempo, e tempo é o sentido do ser.

A pretensão que a Pandectística Alemã, como outros movimentos de codificação, tiveram de criar conceitos fixos e imutáveis, resistentes aos efeitos do tempo, não passam de ficção que confronta a realidade.

É tarefa da jurisprudência repensar isso, para, enfim, repersonalizar o direito.

É dever também da doutrina, bem como dos legisladores, para que enfim se cumpram as promessas constitucionais.

Necessário se faz pensar as pessoas como elas são (reprisando a máxima “às coisas nelas mesmas”). Antes que categorias objetificadoras, temos de pensar nas pessoas em sua concretude, historicidade e existencialidade.

Considerações finais

A formação da identidade moderna levou a um individualismo que se, por um lado, foi uma conquista da humanidade, por outro, levou ao isolamento dos indivíduos. Aliás, esta é a conotação da palavra indivíduo, que tem sua origem no latim *indiviso*, que é aquele que não se divide. Ao contrário do sujeito, o indivíduo é sozinho. Sujeito é sempre em relação com o outro, é aquele que se sujeita ao outro.

Nesse contexto, acabou por se formar o que Charles Taylor denominou *self* pontual, um sujeito que é como um ponto, que vive numa relação de solipsismo, não se relacionando com o mundo a sua volta. Isso se deve muito ao tipo de pensamento que se desenvolveu na modernidade, e aqui se destacam pensadores como Descartes e Kant, que pensaram a razão humana como uma razão descolada da realidade, descolada até mesmo de seu corpo.

Com base nessa razão descolada, acreditou-se ser possível observar com precisão instrumentalizadora toda a realidade que nos cerca, ignorando-se o fato de que a razão também está inserida na realidade. Ou seja, que o homem é desde sempre ser-no-mundo.

Também o liberalismo econômico influenciou o individualismo. Na crença de que agindo de forma egoísta, pensando apenas em si próprios, trariam o benefício coletivo, os indivíduos se fecham. Acreditam que uma mão invisível irá regular o mercado. Essa é a promessa do liberalismo de Adam Smith e da escola clássica de economia.

O conceito de pessoa é um conceito cultural, e, apesar de se referir a indivíduos de carne e osso, remete à uma dimensão ética. Indivíduo, sujeito, e pessoa são coisas diferentes, mas pessoa engloba tudo isso na sua totalidade. Essa é a base para pensar a dignidade da pessoa humana, conceito que tem suas bases em Kant. Ele desenvolve o conceito de maneira mais enfática, sendo a base

até hoje das discussões acerca da dignidade. Entretanto, a ética kantiana é individualista, que necessita reflexão crítica, pois, em sua origem, não pensa o social. Ignora a dimensão relacional do homem, e acredita que a ética se dará apenas através do racionalismo presente no imperativo categórico.

É idéia-chave, e essencial a qualquer construção acerca da dignidade da pessoa humana que se queira construir, mas é preciso ir além.

Todas essas idéias culminam com as grandes codificações modernas. E o primeiro grande código da modernidade é o Código de Napoleão. Nele, principalmente em seus primeiros projetos, se verifica uma clara tendência antropocêntrica. A pessoa é a grande preocupação desse código de aspiração jusnaturalista. Entretanto, com a promulgação desse código, e a tradição que o cercou, com a Escola de Exegese, migrou-se a um tecnicismo que excluiu a pessoa do cenário.

Ao proferir que ao juiz só cabia “dizer” a lei, sendo a “boca da lei”, estava excluída qualquer possibilidade de pensar a pessoa como fim, restando o ordenamento como óbice.

Em seguida, surge a escola histórica alemã. Em seu apego ao passado, debruçou-se sobre o direito comum romano para daí extrair o substrato para as codificações. Receberam o nome de pandectistas, por retomarem as “pandectas”, compilações do direito comum romano, do período de Justiniano. Foi uma escola historicística, como bem ressaltou Orlando de Carvalho, e não histórica, pois ignorou o fato de que estava colecionando preceitos de períodos e sistemas jurídicos totalmente diversos.

Partindo do pressuposto de que da vida em relação é que nasce o Direito, criaram o conceito de relação jurídica. Estabelecida a relação jurídica, pouco importa a pessoa. Juntamente com este conceito se estabelece também o de capacidade jurídica, que nada mais faz do que dizer que uns

têm mais personalidade que os outros, e penaliza os atos praticados por aqueles que não detêm a capacidade, com nulidade.

Nesse tecnicismo acaba sendo esquecida a pessoa. Tais pressupostos foram essenciais para a formação do positivismo jurídico. A filosofia kantiana e a crítica da escola histórica ao jusnaturalismo é que possibilitam o surgimento do juspositivismo.

Esse sistema vai preponderar até o Segundo Pós-Guerra, quando começa a ser questionado severamente. Ao perceber que todo esse tecnicismo não pode evitar o pior da guerra, a discussão acerca dos valores, e da pessoa, volta à tona.

A solução encontrada é a constitucionalização do Direito Privado.

Anteriormente, vivíamos uma situação de rígida separação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que se baseava em uma separação entre Estado e Sociedade, que por vez se inspira na separação entre público e privado.

Quebrada essa relação, inexistem os fundamentos para a separação que entende ambos como sistemas estanques e incomunicáveis. Os valores constitucionais passam então a atingir o direito privado, ramo mais resistente às transformações históricas, preso ainda hoje, muitas vezes, em um modelo exegético.

Dado isso, e, principalmente, num contexto de sistema jurídico que tem como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana, impõe-se um direito privado com a pessoa no centro valorativo. O princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como a vedação de instrumentalização da pessoa, tanto por parte do Estado como dos particulares, por força da constitucionalização do direito privado, impõe o pensar à pessoa.

A pessoa, portanto, deve ser considerada sempre como um fim em si mesma, e jamais como meio para outro fim. Cabe-se frisar novamente, tanto ao Estado como aos particulares cabe essa incumbência.

Porém, nada disso tem sentido se a pessoa for considerada a partir de um conceito estanque, abstrato e metafísico. A pessoa há de ser conside-

rada existencialmente, historicamente, e na dimensão pré-compreensiva na qual se encontra.

O pensador mais importante nesse contexto é Martin Heidegger, que, ao perguntar-se pelo sentido do ser, volta-se àquele que pode compreender o sentido do ser, o *dasein*, ou o ser-aí, em vernáculo, empreendendo uma analítica existencial do homem.

Heidegger quebra com a idéia de que as coisas possuem um sentido em si próprias, restando apenas ao intérprete extrair esse sentido (como quer a Escola da Exegese). O filósofo alemão demonstra que, assentado na diferença ontológica, a diferença entre ser e ente, o sentido do ser está naquele que pode compreender este sentido: o *dasein*.

Ele demonstra como o sentido desse ser é fruto de uma interpretação, que se dá de maneira circular, no interior de um círculo hermenêutico, fundada em uma pré-compreensão, que sempre se antecipa e é anterior.

Essa pré-compreensão é o pressuposto, a base, de qualquer conhecimento. Ela é fruto de nossas experiências de vida, de nossa vivência, de nossa historicidade.

Reconhecer essa estrutura é condição essencial para pensar a pessoa. É preciso ter em mente que a pessoa não é um ente em abstrato, mas sim está situada concretamente, sendo desde sempre um ser-no-mundo.

Assim deve acontecer em um direito privado repersonalizado, um direito que deve compreender que a pessoa é um ser-no-mundo, dotada de uma pré-compreensão, que interpreta tudo à sua volta, no interior de um círculo hermenêutico, no qual o sentido sempre se antecipa.

É importante afirmar que a realidade histórica e o contexto geográfico-cultural, dentre outros fatores, são elementos essenciais e constitutivos da pessoa. Apenas mencionar a centralidade da pessoa não é suficiente. Para que ela realmente seja o centro axiológico do sistema, é necessário compreendê-la de maneira que não seja meramente objetificadora, entificadora do ser, para que, enfim, não seja instrumentalizada, tendo-a sempre como fim em si mesma.

Referências bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELES, Jussara Maria Leal; BARRETTO, V. P. (Orgs.). *Novos temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- _____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995-1999.
- BORJA, Sérgio. *Direito Público e Direito Privado: Desenvolvimento Histórico da Distinção*. In ESTUDOS JURÍDICOS. vol. 24. n° 60. Janeiro/Abril 1991, p. 5-26. São Leopoldo: UNISINOS, 1971.
- CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.
- DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- DICIONÁRIO de bioética. Portugal: Perpétuo Socorro, 2001.
- DICIONÁRIO de ética e filosofia moral (Org. Monique Canto-Sperber). São Leopoldo: UNISINOS, 2003. 2 v.
- ECO, Umberto. “Quando o outro entra em cena, nasce a ética”. In: ECO, Umberto, MARTINI, Carlo Maria. In: *Em que crêem os que não crêem?*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 79-90.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1998.
- GAARDER, Jostein. *O mundo de Sofia: romance da História da Filosofia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995-2001.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRAY, John. *Cachorros de palha*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Cívil: Introducción Histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002. Vol. I.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación*. Barcelona: José María Bosch, 1992.
- JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999-2002.
- _____. O Respeito à Dignidade Humana como Fundamento de todo Humanismo. In: *Teologia e Humanismo Social Cristão: Traçando Rotas*, n° 1. Unisinos: São Leopoldo, 2000.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LOPARIC, Zeljko. *Ética e finitude*. 2. ed. São Paulo: Escuta, 2004.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Jurua, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Cívil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Papi-rus, 1991.
- SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um Mestre da Alemanha entre o Bem e o Mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Vol. VIII. Trad. Ciro Mioranza. Unijuí: Ijuí, 2004.

- SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- SILVA, Juremir Machado da. *As tecnologias do imaginário*. Porto Alegre: Sulina 2003.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- _____. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: A alteridade que emerge da ipseidade. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.
- _____. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo, Unisinos.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques de Almeida; ORIGUELLA, Daniela. *Ensino do Direito e Hermenêutica Jurídica*: Entre a Abordagem Metodológica e a Viragem Lingüística. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, vol. 37, n° 101, dez 2004.
- SKOBLE, Aeon J.; IRWIN, William; CONARD, Mark T. *Os Simpsons e a filosofia*. São Paulo: Madras, 2004.
- SMITH, Adam. Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 1 v.
- STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia*: limites de um Paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.
- _____. *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self*: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.
- _____. *The ethics of authenticity*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Temas dos Cadernos IHU

- Nº 01 – *O imaginário religioso do estudante da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS*
Prof. Dr. Hilário Dick
- Nº 02 – *O mundo das religiões em Canoas*
Prof. Dr. José Ivo Follmann (Coord.), MS Adevanir Aparecida Pinheiro, MS Inácio José Spohr & MS Geraldo Alzemiro Schweinberger
- Nº 03 – *O pensamento político e religioso de José Martí*
Prof. Dr. Werner Altmann
- Nº 04 – *A construção da telerrealidade: O Caso Linha Direta*
Sonia Montañó
- Nº 05 – *Pelo êxodo da sociedade salarial: a evolução do conceito de trabalho em André Gorz*
MS André Langer
- Nº 06 – *Gilberto Freyre: da Casa-Grande ao Sobrado – Gênese e dissolução do patriarcalismo escravista no Brasil: Algumas considerações*
Prof. Dr. Mário Maestri
- Nº 07 – *A Igreja Doméstica: Estratégias televisivas de construção de novas religiosidades*
Prof. Dr. Antônio Fausto Neto
- Nº 08 – *Processos midiáticos e construção de novas religiosidades. Dimensões históricas*
Prof. Dr. Pedro Gilberto Gomes
- Nº 09 – *Religiosidade midiática: Uma nova agenda pública na construção de sentidos?*
Prof. Dr. Atillio Hartmann
- Nº 10 – *O mundo das religiões em Sapucaia do Sul*
Prof. Dr. José Ivo Follmann (Coord.)
- Nº 11 – *Às margens juvenis de São Leopoldo: Dados para entender o fenômeno juvenil na região*
Prof. Dr. Hilário Dick (Coord.)
- Nº 12 – *Agricultura Familiar e Trabalho Assalariado: Estratégias de reprodução de agricultores familiares migrantes*
MS Armando Triches Enderle
- Nº 13 – *O Escravidão Colonial: A revolução Copernicana de Jacob Gorender – A Gênese, o Reconhecimento, a Deslegitimação*
Prof. Dr. Mário Maestri
- Nº 14 – *Lealdade nas Atuais Relações de Trabalho*
Lauro Antônio Lacerda d'Ávila
- Nº 15 – *A Saúde e o Paradigma da Complexidade*
Naomar de Almeida Filho
- Nº 16 – *Perspectivas do diálogo em Gadamer: A questão do método*
Sérgio Ricardo Silva Gacki
- Nº 17 – *Estudando as Religiões: Aspectos da história e da identidade religiosos*
Adevanir Aparecida Pinheiro, Cleide Olsson Schneider & José Ivo Follmann (Organizadores)
- Nº 18 – *Discursos a Beira dos Sinos – A Emergência de Novos Valores na Juventude: O Caso de São Leopoldo*
Hilário Dick – Coordenador
- Nº 19 – *Imagens, Símbolos e Identidades no Espelho de um Grupo Inter-Religioso de Diálogo*
Adevanir Aparecida Pinheiro & José Ivo Follmann (Organizadores)
- Nº 20 – *Cooperativismo de Trabalho: Avanço ou Precarização? Um Estudo de Caso*
Lucas Henrique da Luz
- N. 21 – *Educação Popular e Pós-Modernidade: Um olhar em tempos de incerteza*
Jaime José Zitkoski
- N. 22 – *A temática afrodescendente: aspectos da história da África e dos afrodescendentes no Rio Grande do Sul*
Jorge Euzébio Assumpção
Adevanir Aparecida Pinheiro & José Ivo Follmann (Orgs.)
- N. 23 – *Emergência das lideranças na Economia Solidária*
Robinson Henrique Scholz
- N. 24 – *Participação e comunicação como ações coletivas nos empreendimentos solidários*
Marina Rodrigues Martins



Leonardo Grison possui graduação em Direito – Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2008). Em 2005, foi bolsista de iniciação científica (Unibic – Unisinos), junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, participando do projeto “Relações contratuais: em busca de um novo modelo jurídico a partir da ética da alteridade e da hermenêutica filosófica”. Em 2007, defendeu sua monografia, com base nas mesmas pesquisas, intitulada “Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica”, sendo aprovado com distinção. Em 2007, também estagiou junto à Defensoria Pública Estadual.