

Direito e pessoa: o direito, o que é?

O homem, quem é ele?

A questão prévia do ordenamento jurídico

Cleyson de Moraes Mello¹

Resumo

É necessário o esclarecimento da experiência do direito como (um) modo de ser-pensar do homem. A investigação da realização do direito alinhado a partir da tutela da dignidade humana é enfrentada pela reconstrução fenomenológica. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. Esta abordagem permite aprofundar um certo ponto de vista fenomenológico, de que o ser do homem (pessoa) está em jogo no seu existir, permitindo vislumbrar mais nitidamente a sua relação com o direito. Especialmente interessante é refletir o direito compreendido a partir do homem (pessoa) em seu próprio acontecer, historicamente situado. É na medida em que o ser-aí humano existe como fundamento do direito – e somente nesta medida –, é que o julgador poderá compreender a questão prévia do ordenamento jurídico pautado nos elementos da *historicidade, mundanidade e personalisticidade*.

37

Palavras-chave: Direito. Pessoa. Dignidade humana. Fundamento do direito. Historicidade.

Sintesi

È necessario chiarire l'esperienza di diritto (un modo) di essere uomo di pensiero. L'inchiesta della realizzazione della linea fin dalla protezione della dignità umana si trova di fronte alla ricostruzione fenomenologica. Di qui la necessità di comprendere il diritto da essere nel mondo. Questo approccio consente inoltre un certo punto di vista fenomenologico, che è l'uomo (persona) è in gioco nella sua esistenza, permettendo più chiaramente immaginare il loro rapporto con la legge. Particolarmente interessante è quello di riflettere il diritto periodo dall'uomo (persona) nel suo caso, storicamente situata. In quanto dell'essere-ci umano, vi è il fondamento del diritto - e solo in tal senso - è che il giudice può comprendere l'obiezione del sistema giuridico guidati da elementi di storicità, mondanità e personalistico.

Parole-chiave: Diritto. Persona. Dignità umana. Fondamenti del diritto. Storicità.

¹ Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, FAA-FDV, UNISUAM e UNIPAC (Juiz de Fora/MG); Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Vice-presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; autor e coordenador de diversas obras jurídicas. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

Introdução

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 ganham destaque as *cláusulas gerais* e os *direitos da personalidade*. A *peessoa* humana está inserida no *Direito* sobre diversas possibilidades, já que passa a colorir a exegese da fundamentação jurídica na contemporaneidade.

O direito deve ser interpretado em sintonia com as cláusulas constitucionais protetivas da personalidade, quais sejam: *dignidade humana como valor fundamental da Constituição da República* (art. 1º, III, da CRFB/88) e *igualdade substancial* (art. 3º, III, da CRFB/88).

Ora, daí a necessidade de o jurista conhecer o que é o *homem*, saber o que significa a *dignidade humana* e realizar o amálgama com a *realidade jurídica*.

É na esteira da filosofia existencialista que a *peessoa* ganha *status* de questão prévia para o ordenamento jurídico, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos encontrados no sistema jurídico. A *peessoa* não pode ser considerada como um reducto do poder do indivíduo, mas sim “como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade”.² Nesse sentido que o autor fala de uma verdadeira “*cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*”, tomada como valor máximo pelo ordenamento.³

FRANCISCO AMARAL, antes do advento do novo Código Civil de 2002, já alertava sobre as tendências do Direito Civil contemporâneo, em especial, quanto à *personalização do Direito Civil*, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da *peessoa* humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. É o personalismo ético da época contemporânea.⁴

É neste ponto que se desvela o sentido existencial do próprio ser humano, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da *peessoa* humana ressoando em sua mais nobre originalidade.

É a hermenêutica ontológica (modo de ser) que ajudará o intérprete a conduzir o entrelaçamento entre *Pessoa* e *Direito*. No mundo pós-moderno, o jurista não pode ficar adstrito ao conceito de *peessoa* (sujeito) abstrata, tal como os atores mitológicos Tício, Mévio e Caio. Ora, na maioria das vezes, o que se vê é um completo esvaziamento do conceito de *peessoa*.

Um novo viés epistemológico

O Direito, instruído pela hermenêutica filosófica, deve desenvolver um discurso mais sólido com a história, a cultura, a fenomenologia, a psicanálise, a antropologia, a filosofia e a moral, de forma a ter uma visão mais completa a respeito do homem.

A cultura jurídica operada em salas de aula e nos tribunais de justiça deve ser descontruída (visão de um sistema fechado codicista) em busca de uma postura metodológica mais aberta, prospectiva, que dê suporte a uma sociedade complexa e pluralista. Isso não quer dizer que o julgador desconsidere a segurança jurídica e passe a decidir de forma

² TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

³ *Ibid.*, p. XXV.

⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151-153.

arbitrária (neste caso, estaríamos diante de um Estado-Judiciário). Pelo contrário, a jurisprudência deve reconhecer a eficácia normativa dos princípios constitucionais, bem como recorrer à hermenêutica jurídica não como um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica).

O *locus* hermenêutico constitucional esta fincado no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa humana. Daí que mais do que aplicar, torna-se necessário compreender o Direito. O *Direito* deve estar relacionado à *pessoa*, de acordo com as suas exigências, o seu ambiente e a sua cultura. Mas como relacionar o Direito a um mundo multicultural?⁵ Esta é uma das mais árduas questões na atualidade. Assim, o Direito

⁵ No Brasil, parte da doutrina (Maria Berenice Dias) entende que a defesa da homoafetividade está inserida nos direitos das minorias (Direitos Humanos) com base no artigo 1º, inciso III da CRFB/88. Já em Uganda, a prática de relação homossexual é considerada crime. Vejamos: BILL n° 18 THE ANTI HOMOSEXUALITY BILL. 2009. **MEMORANDUM.** The object of this Bill is to establish a comprehensive consolidated legislation to protect the traditional family by prohibiting (i) any form of sexual relations between persons of the same sex; and (ii) the promotion or recognition of such sexual relations in public institutions and other places through or with the support of any Government entity in Uganda or any non governmental organization inside or outside the country. This Bill aims at strengthening the nation's capacity to deal with emerging internal and external threats to the traditional heterosexual family.

This legislation further recognizes the fact that same sex attraction is not an innate and immutable characteristic.

The Bill further aims at providing a comprehensive and enhanced legislation to protect the cherished culture of the people of Uganda. Legal, religious, and traditional family values of the people of Uganda against the attempts of sexual rights activists seeking to impose their values of sexual promiscuity on the people of Uganda.

There is also need to protect the children and youths of Uganda who are made vulnerable to sexual abuse and deviation as a result of cultural changes, uncensored information technologies, parentless child developmental settings and increasing attempts by homosexuals to raise children in homosexual relationships through adoption, foster care, or otherwise.

2.1. Defects in existing law.

This proposed legislation is designed to fill the gaps in the provisions of other laws in Uganda e.g. the Penal Code Act Cap. 120.

The Penal Code Act (Cap. 120) has no comprehensive provision catering for anti homosexuality. It focuses on unnatural offences under section 145 and lacks provisions for penalizing the procurement, promoting, disseminating literature and other pornographic materials concerning the offences of homosexuality hence the need for legislation to provide for charging, investigating, prosecuting, convicting and sentencing of offenders.

This legislation comes to complement and supplement the provisions of the Constitution of Uganda and the Penal Code Act Cap. 120 by not only criminalizing same sex marriages but also same-sex sexual acts and other related acts.

3. The objectives of the Bill

The objectives of the Bill are to: (a) provide for marriage in Uganda as that contracted only between a man and a woman;(b) prohibit and penalize homosexual behavior and related practices in Uganda as they constitute a threat to the traditional family;

(c) prohibit ratification of any international treaties, conventions, protocols, agreements and declarations which are contrary or inconsistent with the provisions of this Act;

(d) prohibit the licensing of organizations which promote homosexuality.

3.1. Part I of the Bill incorporating clause 1 provides for preliminary mailers relating to interpretation of the words and phrases used in the Bill.

3.2. Part II of the Bill incorporating clause 2 to 6 prohibits homosexuality and related practices by introducing the offences of engaging in homosexuality, and the penalties of imprisonment upon conviction. This part also provides for protection, assistance and support for victims of homosexuality.

3.3. Part III of the Bill incorporating clause 7 to clause 14 creates offences and penalties for acts that promote homosexuality, failure to report the offence and impose a duty on the community to report suspected cases of homosexuality.

deve ser dotado de *mundanidade e personalisticidade*, respeitando o multiculturalismo e os Direitos Humanos.

Ora, é a concepção do fenômeno jurídico alinhado ao mundo da vida ou mundo vivido (Ernildo Stein). É o interfaceamento do Direito com a ideia de ser-no-mundo (*Dasein*, na concepção heideggeriana). Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de interrelação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade. Por exemplo, não podemos compreender o Direito somente lendo os manuais, devemos também praticá-lo, analisar e refletir acerca da concretude judicial, adaptá-lo de forma que a pessoa seja o epicentro do ordenamento jurídico, realizando um entranhamento da pessoa na esfera jurídica.

Outro ponto importante para o Direito é inseri-lo em sua *historicidade*. O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O Direito deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica. Dessa maneira, a compreensão do Direito não é nunca uma tabula rasa, senão um substrato que já possui uma pré-compreensão (uma questão prévia).

A historicidade é um dos elementos que constituem o ser do homem. GADAMER, em *Verdade e método*, tratou da consciência história.

3.4. Part IV of the Bill incorporating clause 15 to clause 17 provides for the jurisdiction of Uganda Courts in case of Homosexuality, including extra territorial jurisdiction.

3.5. Part V of the Bill incorporating clauses 18 and 19 provides for miscellaneous provisions on International Treaties, Protocols. Declarations and conventions and the Minister to make regulations to give effect to the Act.

Schedule of the Bill gives the value of the currency point. *Member of Parliament, Ndoorwa County West Kabale. Clause*

I. Interpretation.

THE ANTI HOMOSEXUALITY BILL, 2009. ARRANGEMENT OF CLAUSES. PART I — PRELIMINARY.

PART II-PROHIBITION OF HOMOSEXUALITY.

2. The offence of homosexuality
 3. Aggravated homosexuality.
 4. Attempt to commit homosexuality.
 5. Protection, assistance and payment of compensation to victims of homosexuality.
 6. Confidentiality. HON DAVID BAHATI,
- PART III — RELATED OFFENCES AND PENALTIES.
7. Aiding and abating homosexuality.
 8. Conspiracy to engage in homosexuality.
 9. Procuring homosexuality. by threats, etc.
 10. Detention with intent to commit homosexuality.
 11. Brothels.
 12. Same sex marriage.
 13. Promotion of homosexuality.
 14. Failure to disclose the offence.
- PART IV — JURISDICTION.
15. Jurisdiction. 16. Extra-territorial Jurisdiction. 17. Extradition.
- PART V — MISCELLANEOUS PROVISIONS
18. International treaties. 19. Regulations.

Schedule

Currency point.

Daí a importância do julgador inserido e compreendido no processo de criação do Direito a partir de um horizonte histórico. É o deixar que a pré-compreensão, os preconceitos falem por si na conformidade de uma situação hermenêutica. Na verdade, o que importa é que o interprete jurídico fique atento à fusão de horizontes. GADAMER afirma que “o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nos mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmo e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.”⁶

É justamente por isso que precisamos ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao poder ser, a diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural.

Para compreender o *homem* é, pois, necessário a compreensão de sua *historicidade*. Da mesma forma, para compreender o *Direito* a partir da *pessoa* é necessário se colocar no lugar do outro (Hermenêutica do Tu).

Assim, se este entrelaçamento entre *direito* e *pessoa* é um entrelaçamento necessário e originariamente uno, a questão do fundamento do Direito perpassa esta discussão que deve ser uma questão prévia do ordenamento jurídico. Ora, desta forma, o problema do fundamento do Direito é o problema da essência da dignidade da pessoa humana.

É necessário, pois, a realização do ultrapassamento do ente (texto legal normativo) em direção ao ser do Direito (o Direito visto a partir do próprio ser-aí humano). Melhor dizendo: o Direito entificado (objetificado, coisificado) é ultrapassado por algo designado pelo fenômeno da (re) personalização do Direito.⁷ É um modo de compreender o Direito como *constituição fundamental do próprio Direito, uma constituição que acontece previamente antes de todo o fenômeno jurídico*.

Direito e *pessoa* coexistem na estrutura prévia do fenômeno jurídico. O sujeito nunca existe antes como “sujeito abstrato”, para então subsistir no caso concreto decidendo; mas ser sujeito (pessoa) quer dizer coexistir na própria fundamentalidade do direito. A pré-compreensão já é muito mais a decisão judicial fincada no binômio *Direito* e *pessoa*.

Destarte, a estrutura fundamental do Direito não pode mais ser determinada a partir da “relação sujeito-objeto”. Na exegese jurídica, o texto legal normativo deve ser ultrapassado de forma que a compreensão e o fundamento do Direito estejam umbilicalmente atrelados ao ser-aí humano.

É no momento do ultrapassamento (momento em que o ser ultrapassa o ente) que a *pessoa* vem primeiramente ao encontro do texto legal. É uma espécie de dignificação e ontologização do Direito. É só na ultrapassagem e por meio dela que o julgador poderá realizar correções normativas com vistas a priorizar a dignidade da pessoa humana. Na medida em que o ser-aí humano existe como fundamento do Direito - e somente nesta

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 457.

⁷ Também conhecido como fenômeno da despatrimonialização do Direito.

medida -, é que o julgador poderá ter um comportamento exegético de forma a alinhar a decisão judicial aos elementos de *historicidade*, *mundanidade* e *personalisticidade* intrínsecos ao mundo jurídico na pós-modernidade.

É o *Direito* inserido no *ser-no-mundo*, isto é, o *Direito* (re)encontrado em sua essência. Vale lembrar que, de acordo com as lições heideggerianas, o *ser-no-mundo* não está atrelado a uma situação fática, senão ontológica. Heidegger afirma que “o discurso que trata do *ser-no-mundo* não é uma verificação da ocorrência fática de *ser-aí*; ele não é, aliás, de maneira alguma uma enunciação ôntica. Ele se refere a um estado de coisas essencial (*Wesensverhalt*) que determina o *ser-aí* em geral e tem como consequência o caráter de uma tese ontológica. Por conseguinte, o que importa é: o *ser-aí* não é um *ser-no-mundo* pelo fato de, e apenas pelo fato de existir faticamente; mas, pelo contrário, ele só *pode ser* como existente, isto é, como *ser-aí*, *porque* a sua constituição essencial reside no *ser-no-mundo*.”⁸

Direito e pessoa

Como visto acima, o *Direito* não pode ser explicado a partir de uma relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto.

A superação da relação sujeito-objeto é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de *ser-no-mundo*, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do *Direito*.

Ora, o que é *ser pessoa* para o *Direito*? Estaríamos limitados ao direito da personalidade na esfera juscivilística ou seria necessário aplicarmos o princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer relação jurídica interprivada? Ou melhor: o que é o homem para o *Direito*? Nas investigações antropológicas abandonou-se o terreno metafísico em busca de novas imagens para o homem. Vejamos: a) o homem econômico (Marx); b) o homem instintivo (Freud); c) o homem angustiado (Kierkegaard); d) o homem utópico (Bloch); e) o homem existente (Heidegger); f) o homem falível (Ricoeur); g) o homem hermenêutico (Gadamer); h) o homem cultural (Gehlen), etc.⁹

Como restaria a aplicação do *Direito*? O sentido jurídico da pessoa estaria limitado aos comandos do nosso ordenamento jurídico ou seria necessária uma ampliação na exegese jurídica no exercício da tutela jurisdicional?

A relação entre *Direito* e pessoa é uma questão prévia do ordenamento jurídico! É uma questão de pré-compreensão (viés ontológico) que perpassa a análise dos fundamentos do *Direito*. Levando-se em consideração as complexas e difusas relações do mundo vivido, torna-se evidente a necessidade de procurar uma (re)fundamentação do pensamento jurídico. O *Direito* não pode mais ser visto como um objeto cognoscível, da mesma forma que o julgador não será como um sujeito cognoscente passivo e desinteressado.

No momento da prestação jurisdicional, o homem, a sociedade, o mundo, os valores, a cultura, a historicidade e a temporalidade não podem ser desconsiderados.

Um sistema jurídico axiologicamente neutro, atemporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado, uma vez que as funções judicativo-decisórias devem considerar a pergunta sobre o *Direito* e a pessoa.

É comum no mundo pós-moderno que a norma jurídica abstrata não agasalhe o problema do caso concreto decidendo ou que decisões judiciais se tornem esdrúxulas ou

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2008, p.153.

⁹ MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. 13. ed. Tradução Leal Ferreira e M.A.S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 2008, p. 13.

descontextualizadas se a metodologia jurídica aplicada for aquela de cariz dedutivística. Verifica-se, também, que soluções normativas são construídas por magistrados que conseguem vislumbrar os parâmetros jurídico-constitucionais de aplicabilidade necessária em cada caso concreto, em especial, naqueles que reflipam o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a reificação do Direito. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas e científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí.

É necessária a busca pela essência do Direito. O que essencializa a ciência jurídica já não pode ser uma ciência, já que esta essência é algo de meta-ciência. Isto se dá porque a essência de alguma coisa só pode ser pensada. É algo existencial; logo, não é um ente.

Daí que o Direito não pode mais ser concebido como uma ordem normativa isolada, cujo fundamento de validade seja encontrado em si mesmo, alheio ao homem real e concreto inserido no tecido social. Ao contrário, o Direito deve ser compreendido a partir de um pressuposto constitucional, de caráter existencialista.

É nesse sentido que o Direito seria entendido como decadente e em si alienante, já que ocorreria o encobrimento do seu poder-ser mais próprio, desatrelado ao modo de ser-no-mundo. Essa alienação gera um aprisionamento do próprio julgador, uma vez que sua decisão estaria distanciada de seu sentido mais originário.

A dinamicidade social é complexa e plural. Neste sentido, situações existenciais humanas conflituosas exurgem do mundo da vida fazendo com que o Direito tutele tais colisões jurídicas a partir de um horizonte ontológico-existencial.

Nestes termos, não se pode dispensar o desenvolvimento de toda uma crítica ao Direito posto e o empenho na construção de um novo horizonte fundacional para o ordenamento jurídico, sobretudo, face à complexidade social do novo milênio.

Assim, o Direito se revela fortemente problemático. Apresenta-se normativamente inadequado e institucionalmente ineficiente frente a uma sociedade hodierna alinhada por uma alta complexidade estrutural, que suscita uma série de questões novas.¹⁰

Essas questões são fruto de uma radical mutação dos referentes axiológicos e culturais de nossa sociedade. É preciso, pois, “uma efetiva renovação dos esquemas interpretativos, que se caracteriza pela redefinição dos valores jurídicos e de categorias tradicionais do Direito.”¹¹ Nesta linha, afirma François Ost que a vida do Direito “está longe de representar esse longo rio tranquilo que muitos imaginam talvez do exterior: nele se agitam as forças vivas da consciência social e se enfrentam os mais variados tipos de práticas e interesses.”¹²

Por exemplo, o Direito da Bioética é na atualidade um solo fértil para o debate acerca do Direito, da pessoa, da ética, da filosofia, da sociologia, etc. Questões como o início da vida, a procriação assistida, a reprodução pós-morte, a clonagem, a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapêuticos e a apreciação ética da proteção do embrião são assuntos em pauta no mundo do Direito.¹³ Estes exemplos permitem

¹⁰ NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 10.

¹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Apresentação da Coleção Díke. In: OST, François. *Contar a Lei: As fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 7.

¹² OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 19.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de direito da bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

demonstrar que, na maioria das vezes, Direito e pessoa devem estar em sintonia com a racionalidade normativa do sistema jurídico. Melhor dizendo: Direito e pessoa estão entrelaçados aos conteúdos normativos materiais historicamente e temporalmente considerados. O sistema das normas jurídicas não pode ficar dissociado de sua realização concreta. Não há como enfrentar aquelas questões no anonimato da pessoa humana.

Os conceitos de vida, do Direito e da pessoa sofrem um redimensionamento com os avanços da biologia e da biotecnologia. Neste sentido é possível perguntar: qual a influência dos novos cenários trazidos pela biotecnologia na definição dos conceitos de Direito e pessoa?

Mais uma vez frise-se que o Direito fechado sobre si mesmo numa ambiência formal e abstrata fomenta uma alienação de uma realidade social em mutação e se afasta cada vez mais do contexto sociocultural contemporâneo.

Neste sentido, Castanheira Neves tem ensinado que a abertura para um funcionalismo jurídico é o meio para superar o normativismo, com o seu formalismo e o seu lógico-sistematismo. Nessa linha do funcionalismo, o Direito deixa de ser um sistema autossustentado e passa a ser um “instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionalmente o submetem”.¹⁴

Talvez o grande desafio seja o de pensar o *Direito* e a *pessoa* com vistas na profunda mutação dos valores, da moral, da ética e dos novos comportamentos sociais.

Os valores de índole liberal-individualista passam a ser sopesados por valores de cunho solidarista e de justiça social. Vê-se, portanto, a necessidade de reflexão acerca da jusfundamentalidade jurídica. Refletir não é trancar-se isoladamente em um conjunto de normas em si e por si. É na reflexão do Direito que se retorna ao seu fundamento sem fundo, seu abismo.

Conclusões

A decisão judicial não pode ficar limitada a ser a simples resultante da lógica dedutiva. É necessário, pois, haver horizontes, ou seja, o julgador não pode ficar limitado ao Direito positivo, ao texto da lei.

Os conceitos de *Direito* e *pessoa* devem dialogar com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo.

Pensar o Direito em sua forma mais profunda, mais originária, a partir do pensamento mais digno de ser pensado, é um caminhar em direção aos cânones constitucionais, em especial, respeitando a tutela da proteção da dignidade da pessoa humana. É um caminhar ontológico e não metodológico.

O caso concreto decidendo deve ser ontologicamente analisado a partir da hermenêutica ligada ao modo de ser-no-mundo, a uma essência do Ser que é a Essência do homem, ao *homo humanus*.

A compreensão do fenômeno jurídico deve ocorrer a partir de uma forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico).

É através de uma *situação hermenêutica* que o intérprete e aplicador do Direito deve compreender a *pessoa* na unidade do ordenamento jurídico, articulando as normas jurídicas entre si e com outras disciplinas afins relativas aos estudos da pessoa humana. Somente então será possível a reelaboração da dogmática jurídica pautada na pessoa, de forma a adequar a aplicação daquela às situações flexíveis e mutáveis da vida humana.

¹⁴ NEVES, op. cit., p. 31.

Os comandos normativos rígidos aliados a uma forma mecanicista de ser e pensar o Direito distancia o *Direito da pessoa*. Daí o motivo de a norma jurídica requerer sempre uma interpretação. O magistrado não pode proferir sua decisão judicial por meio apenas do procedimento lógico-formal, segundo um modelo clássico do silogismo lógico-dedutivo. A dimensão hermenêutica deve habitar o espaço jurídico, visto que a pré-compreensão do intérprete “entra em jogo”, como modo de ser da condição humana de ser-no-mundo. Por isso a fenomenologia hermenêutica se faz presente na estrutura e na organização do pensamento jurídico.

É a proeminência do como hermenêutico, em que o ser do Direito é entendido como condição de possibilidades. Nesse sentido, as lições de LENIO STRECK, “é exatamente por isto, que não se pode confundir hermenêutica, entendida como filosofia hermenêutica ou ontologia fundamental, com qualquer teoria da argumentação jurídica ou ‘técnicas, métodos ou cânones’ de interpretação, que são procedimentos discursivos que vão se formando numa sucessão de explicitações que nunca se esgotam, e que cuidam de outra racionalidade, que é apenas discursiva.”¹⁵

A missão do juiz é atuar como um agente de transformação que não se limita a ser um aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos, mas sim um instrumento de mudança social, pautado pelos objetivos socioeconômicos atuais, levando-se em consideração a complexidade e a pluralidade da sociedade.

Neste momento, cabe ao julgador a máxima cautela no processo decisório com vistas a proteger-se das opiniões prévias inadequadas, da arbitrariedade e do subjetivismo. Ao intérprete cabe realizar sempre um projetar.¹⁶ Nesse sentido, GADAMER afirma que a compreensão do texto consiste na elaboração de um projeto prévio que deve ser constantemente revisado à medida que se penetra em seu sentido.¹⁷ É desta forma que o intérprete jurídico deve proceder, ou seja, a partir do primeiro sentido do texto legal, o julgador prelineia um sentido do todo. Isto quer dizer que deve analisar o caso concreto em todas as suas possibilidades, elaborando um projeto prévio que vai sendo constantemente revisado a partir da releitura do texto à luz dos princípios constitucionais. É esse constante reprojeter no qual os conceitos prévios são substituídos por outros mais adequados que protege o intérprete dos erros de suas opiniões prévias.

O desvelamento de um Direito autêntico torna-se um processo gradativo através do qual os magistrados, isoladamente ou em combinação com os demais operadores do Direito, procuram superar as técnicas tradicionais de hermenêutica, juntamente com as operações lógicas utilizadas para dizer o Direito. Digamos que é a superação das crenças, mitos e superstições do Direito.

As normas jurídicas não ficam mais relacionadas a uma norma fundamental kelseniana, norma pressuposta, mas sim, devem ser pensadas a partir do entrelaçamento dos conceitos de Direito e pessoa.

É a partir de um nível antropológico-existencial que o Direito vai desfazer o abismo que o separava do ser humano.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 256.

¹⁶ Gadamer afirma que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 402.

¹⁷ *Ibid.*

Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Apresentação da Coleção Díke. In: OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. *El problema de la conciencia histórica*. Tradução Agustín Domingo Moratalla. 2.ed. Madrid: Tecnos, 2000.
- _____. *El giro hermenéutico*. Tradução Arturo Parada. 2. ed. Madrid: Catedra, 2001a.
- _____. *Elogio da teoria*. Tradução João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001b.
- _____. *Acotaciones hermenéuticas*. Tradução Ana Agud e Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2002a.
- _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002b.
- _____. *Los caminos de Heidegger*. Tradução Angela Ackermann Pilári. 2. ed. Barcelona: Herder, 2003.
- _____. *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.
- 46 MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? o problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- SILVA, Juremir Machado da. Apresentação: *o vazio do crepúsculo na cultura hiperespetacular*. In: LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. In: *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucionais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987.