REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA*

LEONARDO GRISON**

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 à pessoa humana, durante a guerra, a doutrina focou sua preocupação na pessoa humana, e nos valores inerentes à pessoa. Após a escola histórica alemã, e a tradição francesa, com o Código de Napoleão, nosso sistema jurídico se focou no conceito de "relação jurídica". Contra esta visão technicista do direito, surgiu o discurso da repersonalização. 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.
PALAVRAS-CHAVE: Repersonalização; Fenomenologia Hermenêutica.

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 happend to the human person, during the war, the doctrine has focused his preocupation at the human person, and the values inherent in the person. 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". Against this technical view of law, has become the repersonalization speech. 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 existencial, ontological, and historical way of being.
KEYWORDS: Repersonalization, hermeneutical-fenomenology.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Repersonalização do Direito Privado; 3. A Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger como Enfoque Adequado à Pessoa; 4. A Repersonalização do Direito Privado sob o Prisma da Fenomenologia Hermenêutica; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

---

* O presente artigo é resultado das pesquisas realizadas como Trabalho de Conclusão de Curso, na graduação em Direito da UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS. O referido trabalho, de mesmo título, também teve amparo em pesquisas realizadas anteriormente em sede de iniciação científica, junto ao PPG Direito da UNISINOS, integrando o projeto de pesquisa "Relações contratuais: em busca de um novo modelo a partir da ética da alteridade e da hermenêutica filosófica". O trabalho foi orientado pelo professor Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho.

** Bacharel em Direito pela UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Repersonalization of Private Law; 3. Heidegger's hermeneutical phenomenology as an adequate focus of the person; 4. The repersonalization of private law under the matrix of hermeneutical phenomenology; 5. Final Remarks; 6. References.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem seu foco no discurso da repersonalização do direito privado, discurso que surge, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial. A perplexidade dos juristas diante das atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante a guerra fez com que o foco de discussão se voltasse à pessoa, rejeitando-se leituras meramente tecnicistas, ou que, de outra forma qualquer, escamoteassem a pessoa do centro gravitacional do direito.

O termo repersonalização (e não apenas personalização) aponta para um novo pensar da pessoa humana. Não significa dizer que não havia uma preocupação com a pessoa humana, e de fato havia grande preocupação, porém a forma de pensar era diversa. A pessoa, ao tempo das grandes codificações, foi pensada em um contexto racionalista e individualista.

Nesse contexto, o direito optou por uma abordagem tecnicista que acabou por escamotear a pessoa.

Assim, pretende-se uma construção mais adequada da pessoa humana, atendendo ao discurso da repersonalização do direito privado.

Norteado pelo principio da dignidade da pessoa humana, quebrando a ilusória separação entre direito público e privado, fruto da separação entre estado e sociedade, e por fim da própria separação entre os espaços públicos e privados, o discurso pretende colocar a pessoa de volta ao centro valorativo do Direito.

Nesse contexto, mostra-se adequado o referencial teórico da fenomenologia hermenêutica, de Martin Heidegger, para pensar a pessoa humana. Adota-se o conceito heideggeriano de *Dasein*, no qual a pessoa é vista de forma mais adequada se considerada em sua concretude, mundanidade, historicidade, e, principalmente, na dimensão pré-compreensiva na qual se encontra.

2. REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Após a Segunda Guerra Mundial a reflexão jurídica tomou caminhos diametralmente diversos daqueles de quando lançadas as bases do positivismo jurídico, qual seja, o Código Civil Francês, e por conseguinte a Escola da Exegese, e a Escola Histórica Alemã, também denominada Pandectística Alemã.[1] A pessoa voltou a tomar a cena jurídica, devido à preocupação existente em função das atrocidades cometidas durante o conflito.

[1] Sobre a Escola Histórica, esclarece Franz Wieacker que "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". (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 491.)

A discussão, que antes se dava no nível técnico, em um direito apartado de valores e preocupada com a relação jurídica[2], não dera conta de evitar o que a guerra teve de pior, revelando-se impotente diante da sua realidade. Retornou-se então à discussão acerca dos valores.

A essa altura o Direito Privado, sustentado por uma rígida repartição entre público e privado, estava distanciado do Direito Constitucional, tornando-se quase que impermeável aos valores constitucionais. 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*. O público era considerada a antiga idéia de o homem como ser político[3], 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. Na *polis*, portanto no espaço público, todos são iguais, ao passo que no espaço privado reina a desigualdade.

Era também o espaço privado o espaço da economia, já que, no contexto grego, a economia dizia unicamente com a subsistência de cada família. 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".[4]

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. A esfera privada ascende tomando conta da sociedade e até mesmo invadindo os espaços públicos. Freqüentemente 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.

---

[2] Parte-se do pressuposto que "Não da vida, mas da vida em relação, nasce o Direito" Em relação ao jusnaturalismo individualista que antecede a Escola Histórica, tal conceito representava um avanço, pois reconhece o caráter social intrínseco ao Direito. Entretanto a idéia não prosperou. Orlando de Carvalho classificou a tentativa em Savigny e seus sucessores como pouco mais que inútil. (CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*: Seu Sentido e Limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 45.) Com esse rigor tecno-científico a pessoa acabou perdendo lugar para o conceito de relação juridical. Entretanto, cabe salientar que esse jamais foi o interesse dos doutrinadores dessa escola. Nas palavras do próprio 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". (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema do Direito Romano Atual*. Volume VIII. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 38.)

[3] 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, so 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. (ARENDT, Hannah. A condição humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp. 32-3). 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." (GRAY, John. *Cachorros de Palha*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 28)

[4] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 38.

2.1. 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 *lócus* 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.[5]

Nesse escopo, acaba por se alterar o entendimento acerca da Constituição. Ela deixa de ser encarada como uma lei, apesar de estruturada de tal maneira, e, juridicamente estando em hierarquia superior às demais leis, para ser compreendida como um pacto político, o pacto político que dá origem e sentido ao Estado.[6] 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 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".[7] Para usar a expressão gadameriana, a Constituição tem de estar sempre no horizonte hermenêutico do intérprete.

Nesse escopo surge o que se tem denominado *Constitucionalização do Direito Privado*, ou até mesmo *publicização* do direito privado, bem como *Repersonalização do Direito Privado.* Diz-se repersonalização justamente em função do postulado da dignidade da Pessoa Humana[8], que impõe a Pessoa como centro do ordenamento jurídico.[9]

---

[5] Como bem ressaltou Daniel Sarmento, "Nossa Constituição, apesar da irresignação 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". SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279.

[6] Nesse sentido ver HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A Forca Normativa da Constituição*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

[7] 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.

[8] Conforme leciona Inglo 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". (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p., p 60.)

[9] 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

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. 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.

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

Para se ter respeitada a dignidade humana, a pessoa tem de ser pensada sempre a partir da comunidade onde está localizada, seu contexto histórico. Inadmissível se torna interpretações atomísticas e solipsistas da pessoa.

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.[10]

Para ser respeitada a dignidade da pessoa humana, entendida como a vedação da instrumentalização humana, há que se repensar conceitos chave de nossa dogmática jurídica.[11]

Ainda, há que se buscar uma definição da pessoa, para que se possa compreender melhor o sentido da repersonalização. Pessoa é conceito cultural, o que remete, obrigatoriamente, a 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.

3. 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 séc. XX. Sua obra é a mais extensa da História da Filosofia, com 102 volumes. É de sua autoria também *Ser e Tempo* (1927), também considerado o livro mais importante do século passado, por diversos filósofos, sendo a principal obra do pensador.

---

individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social". (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11.)

[10] Segundo Ingo Sarlet, "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". (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 51.)

[11] Sobre o conceito chave de relação jurídica discorre 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". (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 26.)

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, o interesse pelo *a priori* do mundo da vida. De Husserl vem o método da fenomenologia que Heidegger irá adotar.[12]

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".[13]

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).[14] 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." [15] (Grifos do Autor)

A dificuldade, segundo o filósofo, em definir o ser reside na própria linguagem, ela 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 meta-linguagem 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".[16]

É indefinível também o ser, pois não se pode definí-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".[17]

---

[12] Conforme explicita o jurista José Carlos Moreira da Silva Filho, "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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual. 1.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 53)

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

[14] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002. Vol I. p. 27.

[15] Ibidem, p. 29.

[16] Ibidem, p. 29.

[17] Ibidem, p. 29.

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 Streck[18] 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. 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".[19]

Esse "mostrar-se" do ente, anteriormente tratado, que é chamado de fenômeno.[20]

A palavra fenomenologia tem em sua origem a palavra fenômeno e logos. 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*.[21]

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.[22]

---

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

[19] SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 190.

[20] Segundo José Carlos da Silva Filho, "Assim, inicialmente, a palavra fenômeno, em sua acepção etimológica grega (phainómenon) aponta para um mostrar-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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. cit., p. 55.)

[21] Conforme o próprio filósofo alemão explicita em *Ser e Tempo*, "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...'."(HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 58.)

[22] O filósofo explica: "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

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".[23]

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

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. 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 "objeto de estudo", o filósofo deu o nome de *Dasein* (ser-aí).

E aqui passa a fazer parte de seu pensamento a hermenêutica, não entendida como em Schleiermacher, como um método de interpretação de textos, mas como um existencial humano.[24]

Ela funda-se justamente no momento mais radical, o da abertura para o mundo, da compreensão primeira. 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*.[25]

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 compreensão é, portanto, uma interpretação daquelas possibilidades estabelecidas na pré-compreensão. Ela é a condição de possibilidade do sentido.

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"*.[26]

A relação inicial que o homem assume com os entes que o cercam é de uma

---

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". (Ibidem, pp. 62-3.)

[23] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. Op. cit., p. 56.

[24] Segundo José Carlos Moreira da Silva Filho, "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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. cit., p. 57.)

[25] Ibidem, p. 58.

[26] Ibidem, p. 62.

utilidade pragmática, sendo que esta utilidade já vem determinada culturalmente, de acordo com o contexto social. Primeiro somos *jogados no mundo*, adquirindo uma relação de utilidade com os entes[27], tomando consciência somente mais tarde, onde há a especulação, o questionar, o perguntar pelo sentido do ser.[28]

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."[29]

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 a 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. E 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.

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.[30]

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).

---

[27] 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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. cit., p. 174.)

[28] Nas palavras de Safranski, "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". (SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 195.)

[29] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. cit., p. 63.

[30] SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 188.

Através do método, em especial na Modernidade, julgou-se possível apreender um sentido estático do ser, objetivando-o, tornando- imutável, sólido.[31]

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 não só a mudança do tempo, mas do contexto cultural, é apta a provocar um choque cultural.

A compreensão do sentido do ser é uma interpretação, e toda interpretação é um exercício daquelas possibilidades já instaladas na pré-compreensão. A este passo, Heidegger inverte a ordem em que comumente são entendidos os termos interpretação e compreensão.[32]

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 pensou. 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 pré-existentes.

Conclui-se, portanto, que as coisas que nos 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, 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.

4. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOB O PRISMA DA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA

O Direito não pode fechar os olhos às proposições aqui esboçadas. Como já se frisou, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana impõe o dever de pensar a pessoa

[31] Segundo José Carlos Moreira da Silva Filho, "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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Op. cit., pp. 173-4.)

[32] Consoante José Carlos Moreira da Silva Filho, "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 existência, 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". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual. 1.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. pp. 60-1.)

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.

A conseqüência prática disso é que o Direito não pode virar refém do conceitualismo, como muito já fez. Nesta seara, importante autor a ser lembrado, é Luiz Edson Fachin, que há muito denuncia os conceitualismos no nosso Direito. Segundo o autor,

> O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo, delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-Direito; por essa via, fica de fora do sistema o que a ele não interessa, como as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado.[33]

Também com o principio da boa-fé objetiva fica evidente tais mudanças. Ele aponta para 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.

O contexto social no se insere este princípio é diverso daquele das tradicionais codificações, e se deve, principalmente a certas mudanças estruturais ocorridas no seio da sociedade. "Estas condições apontam, basicamente, para dois vetores: a crescente complexidade social [...] e a reformulação do pensamento hermenêutico".[34] A hermenêutica deixa de ser considerada uma metodologia para ser compreendida como um existencial do *ser*-aí.[35]

O jurista José Carlos Moreira da Silva Filho alerta ainda para as conseqüências de um Direito Civil repersonalizado no âmbito das questões indígenas. O autor alerta para a incapacidade da concepção abstrata e racional do sujeito de direito moderno em lidar com os problemas das comunidades indígenas. Lembra ainda que o atual texto constitucional rompe com o paradigma assimilacionista (que vê os índios como seres inferiores e que devem ser "incorporado" à civilização) e infantilista outrora

[33] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003. p. 213
[34] SILVA FILHO, José Carlos da. Op cit. p. 238
[35] Esta é a tese central da obra de SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual. 1.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

adotado por nossa dogmática jurídica. Assim, inadmissível em um direito repersonalizado interpretações que entendam que os índios são inferiores e por isso não podem ter sua plena capacidade civil, devendo permanecer sempre sob tutela. Não raramente assim é que é interpretado o art. 4° do nosso Código Civil, que remete a questão à legislação especial, no caso o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), com texto flagrantemente inconstitucional.[36]

Objetivamente falando, se somos um ser-no-mundo, não somos um ente abstrato, que paira no ar. Somos um ser de realidade concreta, inserido em uma realidade social. O *ser-aí* não "cabe" em conceitos objetificadores como "consumidor", "comprador", "locador", ou qualquer que seja. É preciso ir além dessas fronteiras. Deve se pensar acerca da pré-compreensão de que ela parte.

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 o 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.

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.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Anteriormente, vivíamos uma situação de rígida separação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que baseava-se 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.

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 a 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 cabe essa incumbência como aos particulares.

---

[36] Para aprofundar melhor a questão ver SILVA FILHO, José Carlos da. *A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos:* o exemplo da questão indígena no Brasil. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

Porém nada disso tem sentido se a pessoa for considerada a partir de um conceito estanque, abstrato, e metafísico. A pessoa há de ser considerada 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 que sempre 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. Há que se ter em mente que a pessoa não é um ente em abstrato, mas sim está situada concretamente, é 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, numa interpretação que se dá no interior de um círculo hermenêutico, no qual o sentido sempre se antecipa.

Isso vale dizer que a realidade histórica, o contexto geográfico-cultural, dentre outros fatores, é elemento essencial e constitutivo da pessoa. Apenas mencionar a centralidade da pessoa não é suficiente. Para que ela realmente seja o centro axiológico do sistema, é necessária compreendê-la de maneira que não seja meramente objetificadora, entificadora do ser, para que, enfim, não se instrumentalize-a, tendo-a sempre como fim em si mesma.

6. REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: Seu Sentido e Limites.* 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

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

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. 255 p.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002. Vol. I.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A Forca Normativa da Constituição.* 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

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: Juruá, 2006.

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. 410 p.

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

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: Lúmen 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: UNISINOS, 2006.

STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre "Ser e Tempo"*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. 132 p.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.