XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-036-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediel e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIEL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013).Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA

THE INTERPRETATION OF PRIVATE LAW UNDER THE POST-POSITIVIST ANALYSIS

César Augusto de Castro Fiuza
Aloísio Alencar Bolwerk

Resumo

O presente artigo traz a discussão epistemológica do Direito Civil entre a corrente positivista e a pós-positivista de interpretação. Para tal, abordou-se a leitura liberal do civilismo, assim como a proposta pós-positivista de interpretação do Direito Privado sob a égide do Estado Social. A metodologia foi outro ponto analisado, fazendo-se crítica ao uso exclusivo do método dedutivo e apresentando-se inclinação para uma proposta cuja metodologia se mostra aberta, levando-se em consideração as peculiaridades e a carga valorativa do caso concreto. Outro ponto discutido foi a questão da aplicação do conhecimento jurídico civil no que tange à segurança e à justiça, onde se procurou estabelecer o entrelaçamento dos dois institutos quando da apreciação da materialidade do Direito Civil. Ao final, defendeu-se a existência de pluralidade de fontes, bem como o diálogo entre elas a fim de dar suporte e servir como alimento ao conteúdo civilista.

Palavras-chave: Direito civil, Interpretação, Estado, Metodologia, Fontes

Abstract/Resumen/Résumé

This article brings about the epistemological discussion of private law between the positivist and the post-positivist currents of interpretation. To this end, private law was read according to the Liberal State, as well as to the Welfare State. Methodology was another point of analysis, with the criticism of the exclusive use of the deductive method and with the proposal of an open methodology, which takes into consideration the peculiarities and values of the case at bar. Another point of discussion was the issue of the application of private legal knowledge as regards security and justice, with the establishment of an entanglement of the two latter institutes concerning the materiality of private law. In the end, there has been defended the existence of a plurality of sources, as well as the dialogue among them in order to support and feed the contents of private law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Interpretation, State, Methodology, Sources

1. INTRODUÇÃO

As relações sociais são marcadas pela mutabilidade e pela capacidade de transição, suscetíveis ao tempo e ao espaço. O Direito – enquanto sistema fechado e instrumento normativo adstrito à reserva legal – já não consegue acompanhar e se adequar ao ritmo do embalo assistemático da sociedade. É neste enredo de certa "imperfeição" que a "Ciência Jurídica" aporta-se em métodos e critérios interpretativos para refletir o "pensar do fenômeno da dinâmica social".[1]

Assim é que o Direito, em sua vertente mais arraigada às relações privadas, tendo como símbolo maior desta representatividade o Código Civil,[2] passou a receber interpretações novas que romperam com a moldura interpretativa do diploma civilista outrora implantada e segmentada na ordem jurídica pátria. Tal mudança de paradigma teve início na Europa por meio da corrente pós-positivista, ganhando força e amplitude no Direito brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988. Neste passo, a tendência jurídica – atualmente representada não apenas pela ordem normativa positivada, mas também por mecanismos hermenêuticos estimulados pelo esforço interpretativo do ativismo judicial – ganha espaço para estabelecer novos paradigmas de compreensão e adequabilidade do Código Civil, que já não pode ser mais analisado como lei unitária e isolada, que em momento anterior representava um complexo sistema de normas positivadas e ordenadas dentro de um Código que, *de per si*, tinha soberania normativa sobre as demais leis. Deve ser analisado, ao revés, como diploma legal que indubitavelmente foi afetado pela concepção pós-positivista de interpretação.

A Constituição de 1988 prega o estado do bem-estar social, é cidadã e a favor do homem e de sua dignidade. Seu conteúdo normativo é robustecido de "normas-programa" e está calcado na humanização das relações sociais a partir de princípios de cooperação, igualdade substancial, prevalência dos direitos humanos e também pela eficácia e efetiva aplicação dos direitos às situações concretas. O Direito Civil não ficou à margem deste espírito humanístico e passa a suportar esta força irradiadora de natureza pós-positivista, e *pari passu* o Código Civil ganha contornos interpretativos que flexibilizam e humanizam sua aplicação às relações sociais privadas. Em verdade, o Diploma Civilista de 2002 já nasceu

[1] Importante consignar desde já a distinção entre Direito, enquanto ordem normativa dotada de metodologia sistematizadora e estruturante e de natureza tecnicista e mecânica, e Ciência Jurídica, enquanto suporte teórico, fruto da atividade interpretativa coadunada com a ação comunicativa da sociedade, cuja imperfeição e incompletude lhe são inerentes.
[2] Centro normativo.

“contaminado” (ou tendente a esta “contaminação”) por esta força irradiante em virtude dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que o norteiam.

Apesar desta vertente interpretativa do Direito Civil, que, em tese, tem inclinação para lhe atribuir maior efetividade social, é de se notar duas formas de se analisá-lo: a primeira parte da perspectiva positivista, ainda preponderante no universo jurídico em geral, que concebe uma disciplina civilista meramente codificada, de conteúdo jurídico sistematizado e completo, ou quase completo, a regular os fatos sociais das relações privadas; já numa segunda análise, pós-positivista, parte-se do pressuposto de um Direito Civil aberto (alopoiético), que, sob um olhar um tanto quanto intuitivo e de percepção existencialista, compreende as relações privadas, tendo como objeto a experiência dos casos concretos (GONTIJO, 2011, *passim*).

A problemática metodológica de aplicação do Direito Civil está no paradoxo epistemológico situado na questão da gênese humana entrelaçada ao conteúdo jurídico entre o método positivista de construção e emprego do Direito – elaborado pelo modelo estanque do Estado liberal, cujo propósito se alinha à vertente contratualista, a defender o princípio da autonomia da vontade, enquanto esplendor de ordem deontológica – e a interpretação pós-positivista, que vislumbra conteúdos e produtos jurídicos civilistas alinhados a resultados de percepção da dinâmica social, de modo a encontrar respostas mais adequadas e humanizadas quando da aplicação do Direito.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o pós-positivismo como corrente de interpretação do Direito Civil a partir do enfoque humanista – enquanto garantidor e concretizador de direitos, principalmente aqueles relacionados à liberalidade, patrimonialidade, disponibilidade e capacidade de deliberação pelo homem.[3]

2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

O movimento positivista foi fruto da necessidade do contexto social apresentado no período Moderno denominado “sociedade”. Trata-se de modelo que modificou conceitos e

[3] A capacidade de deliberação pelo homem corresponde ao sujeito cognoscente, portanto, apto ao livre e consciente exercício da autonomia privada.

afetou diversas estruturas, a exemplo do Direito (positivismo jurídico), fazendo surgir a concepção de ordenamento jurídico enquanto criação da "vontade humana".[4]

É no ritmo deste passo epistemológico que o positivismo jurídico passa a promover a leitura do Direito, encontrando na lei o método (mecanismo) pelo qual pretendeu converter o conhecimento jurídico em "ciência". Assim, construtos a respeito do Direito foram moldados, como o da neutralidade, da sistematização e do reducionismo. Também o positivismo enalteceu a dicotomia entre o público e o privado, restando às constituições liberais a disciplina e o modo de administrar e gerir o Estado, bem como sua estruturação e funcionamento, e ao Direito Privado, consubstanciado eminentemente na disciplina normativa do Código Civil,[5] a exemplo do Código Francês de 1804, a disciplina da sociedade civil e das relações jurídicas entre os cidadãos e o mundo econômico.

Contudo, o modelo positivista adotado entra em crise porque se mostra cada vez mais ineficaz e inadequado. Um novo pensamento, chamado de pós-positivismo vem ganhando espaço no conhecimento jurídico (GALUPPO, *on line*). Tal fato deu-se, sobremaneira, em virtude da passagem do Estado Liberal para o Estado Social a partir do reconhecimento da ampliação das desigualdades sociais e a necessidade de se garantir os direitos individuais e os direitos sociais. O Estado, antes voltado a conferir eficácia à liberdade econômica, precisou assumir funções, a fim de regular as relações subjetivas, e passou a intervir no processo econômico para estabelecer relações sociais mais justas; *pari passu*, a marca divisória entre o público e privado foi-se diluindo, consoante anota Bodin de Moraes: "direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão" (*on line*).

Certo é que há uma crise que afeta e gera angústia em relação ao Direito. Os construtos jurídicos já não são mais capazes de promover ajuste e adequação social (talvez isto nunca tenha acontecido, fruto apenas de um ideal positivista fictício de realização material do Direito). A técnica das ciências naturais aplicadas ao Direito ainda é uma realidade, que não se julgue enquanto incorreta, mas como meio mecânico e de certa forma redutor que procura amoldar e conformar a aplicação da norma à sociedade. Certo é também

---

[4] Esta "vontade humana" é mitigada, pois em verdade trata-se de uma vontade pré-estabelecida e imposta pelo Estado Liberal, que, de maneira fictícia, faz leitura do Direito no sentido de convencer a plenitude da autonomia do indivíduo.

[5] O Código Civil passou a ser interpretado como a espinha dorsal do Direito, tendo sido alçado ao *status* de lei unitária, que, isoladamente, representava um complexo sistema de normas positivadas e ordenadas dentro de um diploma que, *de per si*, tinha soberania normativa sobre as demais leis em relação ao conteúdo privado.

que a estrutura social é dinâmica, plural e mutável, e a técnica cientificista adotada não atinge os anseios sociais. É preciso ter em mente que o Direito trabalha com o fator social (humano). A conduta humana, por sua natureza, não está constrita ao completo, acabado, preestabelecido, mas ao imperfeito, ao não cientificado. A racionalidade que o positivismo jurídico imprime ao Direito (automaticidade) é contraditória com esta natureza diversificada da existência humana.

Em contraposição, o pós-positivismo afasta a ideologia do pensamento formal-positivista para buscar uma nova racionalidade afinada com a ideia de tutela material e, consequentemente, com a tarefa concretizadora de direitos. Assim, o ensaio (enredo) propugnado pela corrente é aquele que se encaixa ao das ciências culturais e revela o modo como se estrutura o conhecimento jurídico,[6] apoiado na reflexão teórica nutrida de observações a respeito da realidade social e histórica em que inseridos o jurista, o texto legal e a situação de fato a ser tutelada. Por tal, o ensaio revela as escolhas metodológicas capazes de incorporar os elementos valorativos da situação de fato ensejadores de uma interpretação concretista do Direito.

Assim é que a proposta pós-positivista acarreta na quebra de pré-conceitos, a exemplo do rigorismo normativista, da tecnicidade e da mecanicidade de aplicação do Direito, a da regra geral de subsunção do fato social à norma jurídica abstrata. Ao contrário desta visão, o homem é a matéria-prima da obra comunicativa social, portanto, é desta atividade que deve sair o substrato do conhecimento jurídico; desta perspectiva de dinâmica, diversidade e liberdade é que a norma jurídica[7] sofre o processo de adequabilidade às peculiaridades do caso concreto.

3. A PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA DE INTERPRETAÇÃO APLICADA AO DIREITO CIVIL

Os fatos sociais desaguam no Judiciário e este já não pode mais manter-se atrelado à antiga postura dogmática de interpretar literalmente as disposições do Código Civil, pois a dinâmica das relações sociais privadas provoca reações no Direito, de modo que o intérprete

[6] A expressão "conhecimento jurídico" aqui é explorada e associada ao pós-positivismo, porque denota interpretação aberta do Direito, que não se reduz somente ao texto normativo, mas também comporta a existência de outras fontes e o diálogo entre elas.

[7] Neste ponto percebe-se a unicidade metodológica empregada pelo positivismo jurídico, que formula situação geral para ser aplicada a um caso particular (método dedutivo). Diferentemente, o método de indução proposto pelo pós-positivismo (mas não o único, pois a metodologia também é aberta, tal qual a interpretação do conhecimento jurídico), que corresponde ao raciocínio que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral.

precisa conjugar de forma aberta os comandos civilistas em consonância com as diretrizes humanistas de adequação do Direito. A compreensão do conteúdo jurídico deve perpassar a construção dogmática de visão do Direito, porque tem por objetos a realidade social e a experiência jurídica do produto desta realidade, isto é, o conteúdo jurídico deve adequar-se (responder) ao existencialismo das necessidades da sociedade.

Neste sentido, observa-se no plano teórico e prático uma tendência jurídica de problematização dos casos e aplicação concretista, que busca reinterpretar o Código Civil de modo que suas disposições normativas sejam flexibilizadas, para se ajustar à realidade das relações privadas. A repersonalização da Lei Civil configurou passo importante para esta tarefa, mas as intensas inter-relações sociais provocam efeitos na doutrina civilista e nos julgados que tendem a operacionalizar o Diploma focados numa raiz mais humana e dialogados com a realidade social.

Para a consecução deste efeito prático, faz-se necessário analisar o Direito Civil dogmatizado, pois representado está por meio de um conjunto de normas compactadas e previamente elaboradas e postas (fechamento operacional), mas tendo em vista uma interpretação aberta capaz de direcionar na solução de possíveis conflitos que ocorrem no espaço social privado (adequação) (GONTIJO, 2011, p. 133). O intérprete contemporâneo precisa refletir sobre o "neocivilismo" a partir das relações que mantém com outras ordens, precisando suas determinações e orientando para uma ordem finalista de caráter concretista. Para o efeito prático, sustentado pelos princípios da socialidade, eticidade e principalmente o da operabilidade da Lei Civilista, o intérprete deve alinhavar seu pensamento jurídico perante os fatos sociais concretamente existentes na realidade fenomênica,[8] ou seja, diante da força probatória daquilo que é estabelecido e observável enquanto fato apurado e realizado no auditório universal (sociedade).[9]

A interpretação aqui proposta não desconsidera a carga normativa que o Código Civil contém, pelo contrário, valora esta normatividade de modo a ensejar exegese que possa ajustá-la ao fato social *in concreto*. Noutros termos, tem-se a regra jurídica enquanto norma-padrão pré-estabelecida, mas não petrificada, ou seja, a norma tipificada no diploma como centro norteador a guiar a reflexão jurídica interpretativa do aplicador.

Ao se lidar com um sistema aberto, como o aqui proposto, o intérprete deve ter cautela na medida em que sua exegese pode recair em aporia, isto é, em interpretação

[8] Sobre o método fenomenológico de Martin Heidegger vide RIZZATTO NUNES, 2004, p. 60-61.
[9] Trata-se do *argumentum ad rem*. De caráter universal, este argumento é tido como válido para todas as pessoas de forma indistinta, vez que sua observação e análise se processa em relação aos acontecimentos factuais e verdadeiros (FERRAZ JR., 1994, p. 340).

desprovida de sentido, pois eivada de fundamentação inconsistente e argumentação frágil. Tal vício termina por converter o conhecimento jurídico em produto desarrazoado e carente de conteúdo ou mesmo essência jurídica. Assim, é importante destacar a norma padrão fixada na Lei em relação a sua função diretiva capaz de fixar parâmetros interpretativos ao hermeneuta. Ademais, a metodologia empregada deve ser clara, a fim de atribuir a norma efeito restritivo ou extensivo.

A interpretação pós-positivista não remete à errônea ideia de que o conhecimento jurídico não deva obedecer a parâmetros metodológicos, porque para se chegar a uma interpretação, inicialmente, deve-se levar em consideração a norma-padrão, isto é, a literalidade da norma, o que de certo modo já recai no método (mecanismo) exegético gramatical.

O desiderato interpretativo acima arrimado almeja atingir a operabilidade do Código Civil atrelada ainda aos valores de dignidade e de bem-estar da pessoa humana (humanização do conteúdo jurídico). Assim, a metodologia aberta do pensamento pós-positivista deve estar amarrada dentro de uma estrutura lógica que possa permear a atividade interpretativa. Portanto, este trabalho não apoia a inconsistência metodológica, mas ensaio (enredo) exegético que acarrete num constante processo de construção e reconstrução, quando da aplicação da Lei Civil, e que pode ensejar uma atuação jurídica mais justa e realista.

Humanizar a aplicação da Lei Civil não significa desconstrução de seu conteúdo normativo, mas sentimento jurídico eivado de carga valorativa que desencadeia uma atuação voltada para as questões existenciais do caso *sub judice*.

Casos de interpretação desarrazoada, embora procurando fundamento nos princípios norteadores da própria base constitucional, podemos encontrar a todo momento, em todo lugar. Fala-se, por exemplo, na possibilidade de se admitir os chamados danos punitivos na sistemática jurídica nacional, com base numa leitura constitucionalizada do art. 944 (e principalmente seu parágrafo único) do Código Civil, levando em conta o princípio da função social da reparação civil.

Oriundos da Teoria do Desestímulo, do Direito Americano, os danos punitivos são danos cuja indenização é calculada a maior, com o intento de punir o agente, evitando, também, que reincida na conduta lesiva. Como se pode ver, trata-se mais de indenização punitiva. Obviamente, o objetivo não é meramente punir, vindicar, mas, antes de tudo, transformar o fato num exemplo, para desestimular condutas semelhantes do próprio réu e de outras pessoas. Há, pois, um intuito pedagógico na indenização, que, por isso, também recebe o nome de indenização pedagógica ou exemplar, ou ainda danos exemplares (*exemplary*

damages). A ideia de danos punitivos vem sendo introduzida no Brasil com algumas reservas. De um lado, seus defensores propugnam por sua aplicação imediata e irrestrita, advogando a tese de que ao Direito Civil também incumbe a tarefa de punir e principalmente a de coibir a reincidência da conduta ilícita. De outro lado, há os que a rechaçam, ao argumento de que é ao Direito Penal que incumbe punir e que a indenização além do merecido seria enriquecimento sem causa por parte da vítima. Por fim, há os que defendem a ideia, propondo a criação de fundos públicos, para onde seria dirigido o valor a maior da indenização. Esses fundos públicos teriam o objetivo de educar as pessoas ou de promover outras políticas para evitar e reparar danos.

A ideia de fundos públicos pode solucionar parte do problema, mas sempre haverá quem se oponha aos danos punitivos. Num primeiro momento, há que pesar de um lado da balança os benefícios dos danos punitivos, do outro lado, o malefício do enriquecimento sem causa. Essa ponderação há de ser feita, de modo argumentativo, diante do caso concreto.

De fato, não há em nosso Direito posto previsão legal para os danos punitivos. Pelo contrário, o art. 944 limita o valor da indenização à extensão dos danos e à gravidade da culpa. Literalmente, a leitura do art. 944 e de seu parágrafo único levam à conclusão de que o juiz pode apenas diminuir a indenização, se entendê-la desproporcional ao grau da culpa. Ora, se o juiz pode diminuir, *a contrario sensu*, pode aumentar; se o valor pode ser diminuído, pode ser também aumentado, como é lógico. Como se poderia diminuir o que não se pudesse fixar em patamares mais altos? Na verdade, o que deflui da interpretação lógica do art. 944 e de seu parágrafo único é que o juiz, ao fixar o valor da indenização, levará em conta a extensão do dano e a gravidade da culpa, seja para menos ou para mais. Bem, seja como for, não há previsão legal, nem qualquer fundamento de Direito Positivo para a imposição de um valor extra a título de danos punitivos. Nos casos em que seja possível a ação civil pública (danos coletivos, por exemplo), é possível, por expressa previsão legal, a condenação do réu a um valor, a ser entregue a um fundo que o gerenciará para o bem da coletividade. Esse valor, porém, há de ser apenas o suficiente para reparar o dano, na dicção do referido art. 13 da Lei 7.347/1985. Assim, nem a Lei 7.347 admite os danos punitivos. O que o juiz pode fazer, se o pedido do autor permitir, é fixar a indenização no patamar mais alto possível, não com fundamento em danos punitivos, mas com fundamento na extensão do dano e na gravidade da culpa. A indenização alta acabaria por, na prática, fazer as vezes de danos punitivos. Falta, sem dúvida alguma, intervenção do legislador, a fim de regulamentar o tema em nosso Direito.

Como dito, poder-se-ia defender a ideia de que os danos punitivos poderiam ser aplicados como decorrência do princípio da função social da reparação civil. Sem dúvida alguma, a reparação civil desempenha uma função social, educativa, exemplar. Serve como desestímulo e como prevenção de novos danos. Sem dúvida, isso é verdade. Acontece que, nem sob a ótica pós-positivista, pode-se deduzir de um princípio uma regra que dele não seja decorrência lógica e necessária. Há regras que são decorrência lógica e necessária de um princípio, há outras que necessitam da mediação do legislador. Vejamos dois exemplos. Dos princípios da reparação integral e do enriquecimento sem causa, poder-se-ia perfeitamente deduzir a regra do art. 944 (a indenização deve ser suficiente para reparar o dano). Esta regra nem precisaria estar positivada. Já as regras dos arts. 939/940 necessitam da mediação do legislador. Se não estivessem positivadas nos arts. 939/940, não existiriam, uma vez que não poderiam jamais ser inferidas dos referidos princípios, nem de qualquer outro. O que diz o art. 939? O credor que demandar por dívida antes do vencimento, ficará obrigado a esperar o tempo restante, além de perder o direito aos juros correspondentes. Ficará também obrigado a pagar as custas em dobro. O art. 940 dispõe que quem demandar por dívida já paga, ou pedir além do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que tiver cobrado, e, no segundo, o equivalente à quantia exigida a maior. A simples leitura dessas regras já nos dá uma ideia de que nenhuma das duas poderia ser deduzida de um princípio. Se não estivessem claramente dispostas no Código Civil, simplesmente não existiriam. O mesmo, a meu ver, pode ser dito dos danos punitivos. Não há como entender possam eles ser dedução lógica e necessária de qualquer princípio de nosso ordenamento jurídico. Por mais que teoricamente sejam defensáveis, não podem ser impostos sem a intermediação do legislador, criando as regras necessárias. A interpretação pós-positivista é aberta, não anárquica e desarrazoada.

4. A LEITURA DO CÓDIGO CIVIL ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A JUSTIÇA

A adequação à realidade social do conteúdo civilista é uma tendência que ganha espaço na doutrina e na jurisprudência, mas que ainda merece estudos para se averiguar a razoabilidade de implantação teórica e aplicação prática desta vertente que aqui pode ser denominada de “neocivilismo”.

Partindo-se da autonomia da vontade, esta é pilar direcionador e ao mesmo tempo conhecimento jurídico que se agrega ao patrimônio do Direito Civil. Todavia, nem sempre esta autonomia está diluída num exercício consciente do agente, o que pode gerar embate e dialética na questão a ser examinada pelo intérprete. Nesta senda, o hermeneuta está diante de situação delicada, pois envolta pelo exercício subjetivo da autonomia da vontade da pessoa. A exegese empregada não pode perder de vista a segurança jurídica, mas também não pode se desatrelar da justiça pretendida para a solução (e não mera decisão) do caso fático.

Assim é que a leitura do Código Civil atinge enredo que deve sopesar estes dois institutos: segurança e justiça. Não que eles sejam contraditórios, mas uma interpretação equivocada e descabida de compromisso jurídico pode acarretar o surgimento de uma "pseudo-dicotomia". A sugestão para esta tarefa interpretativa é partir do conteúdo da norma-padrão estabelecida pela Lei Civil e o resultado (produto) pretendido correspondente à aplicação concretista que enseja a solução justa do conflito. Neste ínterim, a norma-padrão resguarda em seu bojo não a certeza ou determinabilidade do conteúdo jurídico, mas a segurança que dele se espera no que tange a sua natureza de centro ou parâmetro que serve como instrumento a fixar limites à interpretação do hermeneuta.

A par deste contexto (estrutura) preliminar, o interprete lança mão da valoração cabível ao caso. No entanto, a axiologia arrolada, conforme dito antes, deve ser também acautelada, pois o que se pretende é direcionar uma resposta que possa adaptar-se dentro de critérios justos. Assim, a justiça que se pretende atribuir ao caso fático, eivada de valoração, também deve ser revestida de limites que possam sintonizar a interpretação em relação ao conteúdo norteador da norma-padrão, sob pena de se recair em juízo de valoração desarrazoado, porque desprovido de fundamento e de argumento. Nesta esteira, a ideia que se apresenta neste trabalho para ponderar e mesmo controlar a avaliação axiológica sobre justiça do intérprete é aquela que se encaixa no juízo de equidade.[10]

Para a análise do juízo de equidade é preciso levar em conta a apreciação de outros dois juízos: o de valor e o de realidade. O primeiro diz respeito às convicções pessoais do intérprete, no que tange a seus valores construídos durante sua existência e experiência de vida. Já o segundo relaciona-se com a realidade exposta ao hermeneuta, ou seja, como ela se apresenta face ao contexto fático (social, politico, econômico) em que se desenrola. A

[10] Para John Rawls a análise da justiça está associada com a ideia do juízo de equidade. O autor pondera que a equidade consiste num método de equilíbrio reflexivo, que visa enfatizar a questão política e a estrutura básica da sociedade a partir de uma forma racional e razoável que visa gerar um consenso sobreposto. (GONDIM e RODRIGUES, 2008, p. 01).

conjugação dos dois juízos deve ser ajustada, para que a interpretação por equidade ocorra no caso em tela.

> (...) as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica ou valorativa resulta a *imperatividade* da via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma decisão, arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado, o poder que decide. A caraterística da *imperatividade* do Direito como de todas as normas éticas, – embora tenha sido e continue sendo contestada, – parece-nos essencial a uma compreensão realística da experiência jurídica ou moral (*grifos no original*). (REALE, 2009, p. 33).

Do exposto, nota-se que o intérprete ao aplicar o Direito Civil a um caso concreto o exercita de modo imperativo e por tal deve permear seu pensamento, arrimado nos reflexos que podem surtir para os particulares interessados, porém, sem perder de vista os efeitos que também podem gerar no meio social (análise econômico-social do Direito). Levando-se em conta o juízo equitativo que, ao mesmo tempo procura realçar a valoração incidente, mas também a realidade fenomênica exposta, o intérprete guia seu pensamento jurídico de modo razoável, pois prima pela segurança, que de certa forma está atrelada à literalidade da Lei, e ainda intenta preencher sua interpretação de conteúdo tanto axiológico como de realidade, ou seja, aproximando-a aos parâmetros de justiça.

Ainda neste ritmo que desencadeia o processo interpretativo, os "parâmetros" para a ponderação, tanto da segurança jurídica como da justiça, devem estar alinhavados com os princípios e valores do Direito, como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade. Cria-se, assim, compromisso em gerar ato interpretativo aproximado do humanismo e com maior potencialidade para se coadunar com a inevitável mutabilidade da dinâmica das relações sociais. Evidentemente que, tratando-se de relações privadas, o intérprete deve ter o cuidado de analisar a questão dos dois lados, pois ambos têm direito à dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade. Não há, por assim dizer, uns mais iguais ou mais dignos do que outros.

Exemplo típico é o da Lei 8.009/90, no que diz respeito ao imóvel da pessoa solteira. Estaria o imóvel residencial de uma pessoa solteira incluído na proteção da Lei 8.009/1990 e do próprio Código Civil (arts. 1.711 a 1.722)?

A resposta parecer-nos-ia bastante óbvia, a se impor ao art. 1.º do referido diploma legal interpretação teleológica.

Ora, o objetivo do legislador teria sido o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um

teto onde morar, mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém teria o direito de "jogar quem quer que seja na rua" para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor "personalidade" tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido, pouco importando seja o devedor casado ou solteiro. Essa tese ganhou tanta força, que acabou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, Súmula 364, segundo a qual "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Há também quem defenda a ideia de família unipessoal, a fim de legitimar a proteção ao imóvel residencial da pessoa solteira. Trata-se de verdadeira ficção jurídica, que não se sustenta nem seria necessária, uma vez que a questão se resolveria a favor do devedor solteiro, com o amparo do art. 1.º, III da Constituição, que eleva a dignidade humana ao patamar de fundamento da República. Com fulcro nesta norma, poder-se-ia defender a ideia de um patrimônio mínimo, que garantisse a sobrevivência condigna do ser humano, por mais inadimplente que fosse.

Em artigo acerca do tema, Anderson Schreiber defende esse mesmo ponto de vista:

> "A proteção jurídica à dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento brasileiro, abrange, como se sabe, a tutela dos múltiplos aspectos existenciais da pessoa: nome, imagem, privacidade etc. Inclui também a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários – e não apenas mínimos – para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Tal garantia decorre logicamente da própria tutela da dignidade humana, que se converteria em fórmula vazia não fosse dever do Estado, das instituições e da sociedade civil assegurar os meios necessários ao pleno exercício dessa dignidade.
> Entre estes meios, avulta em importância a habitação, que, repita-se, é requisito inerente à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana. (...) a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, veio inserir expressamente no rol dos direitos sociais (art. 6.º) o direito à moradia, com aplicabilidade direta e imediata." (2002, p. 83-84)

Ademais, o art. 1.º da Lei 8.009/1990 é claro: "(...) o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável (...) por dívida (...) contraída pelos cônjuges, pelo casal ou pelos pais *ou filhos que sejam seus proprietários* (...)" (grifo nosso).

A lei, como se percebe, prevê, especificamente, a possibilidade de um filho, portanto pessoa solteira, ser proprietário de um imóvel, ficando este excluído de penhora por dívidas. Numa interpretação mais flexível, pouco importa se o "filho" more sozinho ou não.

Por que se oferecer proteção ao imóvel do casal sem filhos e negá-la ao da pessoa solteira? Essa é a pergunta que todos se fazem.

O problema ganha um novo matiz, porém, se introduzirmos uma nova indagação: não teria

o legislador ordinário feito uma opção pela dignidade da família e não pela dignidade da pessoa solteira, isto é, daquela que resida só? Digo isso porque não podemos nos esquecer de que o crédito também gera dignidade, isto é, a livre circulação de produtos e serviços gera riquezas, empregos, tributos etc. Em outras palavras, o crédito deve ser protegido, dada a dignidade que gera. Contrapondo a dignidade do crédito à da família, optou o legislador pela última, inclusive pelo fato de que, muitas vezes, a dívida inadimplida é contraída em benefício apenas de um de seus membros, aquele formalmente dono do imóvel. Por outro lado, a pessoa solteira que more sozinha não tem, em princípio, maiores problemas para se arranjar. Por isso, confrontada a sua dignidade à dignidade do crédito, optou o legislador por este último.

Data venia de doutas opiniões em contrário, hoje estamos convencidos, por esta razão acima exposta, de que o imóvel da pessoa solteira não merece a proteção da Lei 8.009/1990, tampouco dos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil.

Como se depreende, o pensamento pós-positivista de interpretação do direito não é desprovido de metodologia ou critérios hermenêuticos. A ideia de flexibilidade ofertada por esta corrente não importa dizer que a abertura interpretativa é ilimitada ou carente de parâmetros. Tal compreensão é equivocada, pois o próprio pós-positivismo encontra respaldo no conteúdo do positivismo jurídico quando da análise interpretativa dos casos.

A crítica que se faz neste trabalho reside na falsa ideia de que a unicidade metodológica do positivismo corresponde à forma "segura" de aplicação do Direito mediante critério de subsunção da lei ao fato social, conforme propugnava o Estado Liberal.

> (...) qualquer processo de aplicação do direito é concebido como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere. As normas jurídicas a serem aplicadas são entendidas em uma hierarquia auto-existente e auto-evidente, independendo da situação concreta. (...) Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. O pensamento sistemático preocupa-se em aferrar-se a verdades preestabelecidas. Elegeu como modelo a estrutura dedutiva da matemática. Proporcionar um sistema completo de demonstrações por meio de conceitos básicos irrefutáveis. (GALUPPO, *on line*).

É preciso destacar a inserção da fundamentalidade da participação do Direito Civil em garantir ao homem a sua posição de sujeito autônomo e para tal não enxergar na norma a fonte exclusiva do conhecimento jurídico a ser aplicada de modo imperativo aos conflitos sociais, pois em verdade, a pessoa humana, sua autonomia e liberdade correspondem à matéria prima valorativa e realística que deve nortear o conteúdo da Lei e pautar a ação do hermeneuta em seu ato interpretativo.

Assim é que a interpretação do operador deve se ajustar a esta ideia de sujeito de direito, sobretudo vulnerável em face da velocidade da pós-modernidade e pela presença do Estado contratual, ainda perseverante na sistemática de aplicação do Direito. A corrente pós-positivista propõe a utilização do juízo de adequabilidade realizado pelo Estado interventor aos casos concretos. Esta seria uma maneira humana de aplicação do Direito às relações privadas, respaldando e preservando a autonomia do sujeito.

A pertinência da valorização da autonomia da vontade no Direito Privado entra em cena no sentido de que a matéria com a qual o Direito se envolve (trabalha) é o fator humano; o homem engendrado no complexo enredo de seu existencialismo, e o produto a ser ofertado desta relação deve se coadunar com suas expectativas. Neste sentido Galuppo:

> Ao contrário do pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas (*correção normativa*) àquele caso. Essa posição caracteriza o pensamento problemático, que não exclui de seu método a ideia de sistema, mas que o concebe como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador (grifo nosso). (*on line*).

Nota-se que a leitura pós-positivista valora o caso particular, mas não pretende estabelecer uma técnica específica (método) a se seguir, pois isto acarretaria um enraizamento metodológico de aplicação do Direito. Do mesmo modo, descaracteriza a ideia de que o Direito é estatuto científico, porque sua base está calcada não num mero conteúdo legalista, mas em fenomenologia social, ou seja, no que concerne à autonomia presente no existencialismo humano.

No que tange à metodologia a ser empregada, esta deve constituir-se a partir da apreciação do fato. Noutros termos, "não há um método preestabelecido que sirva ao direito para a solução dos conflitos humanos, mas cada caso cria seu próprio método. Ou seja, os métodos jurídicos devem ser dialéticos, particularizados, erguidos e sustentados" (GONTIJO, 2011, p. 66).[11]

> A teoria antipositivista apresentada não pretende chegar ao limite de um, por assim dizer, desconstrutivismo jurídico. Procura-se tão-somente, *flexibilizar a rigidez dos métodos de conhecimento e a aplicação do direito*, a fim de trazer maior aproximação deste com as pelejas humanas. Busca-se, pois, particularizar a aplicação dos métodos jurídicos e mantê-los atentos às possíveis exigências peculiares de cada caso (grifo nosso). (GONTIJO, 2011, p. 129).[12]

[11] O autor apresenta proposta de método jurídico aberto, destacando dentre eles o pensamento dialético (p. 111).
[12] Para atingir este fim multifacetado interpretativo, Gontijo utiliza-se da Hermenêutica e seu denso campo de possibilidades (p. 129).

É importante trazer à baila, ainda que de maneira incipiente, a discussão sobre a necessidade de se atribuir ao Direito natureza cientificista, como vem sendo pregado (dogmatizado) pelo positivismo jurídico do Estado liberal e fomentado pela corrente contratualista do Direito. Não se pretende aqui afirmar a ideia de que o Direito não assuma *status* científico, mas sim de arrazoar sobre o modo como vem sendo empreendida esta qualificação por meio da metodologia positivista, ao equalizá-lo às ciências exatas e ao unilateralizá-lo ao método dedutivo (subsunção) de análise.

A autonomia da vontade realizável no produto da atividade humana não pode estar adstrita a uma única metodologia, pois não se está lidando com algo consistente, ou com alguma verdade humana absoluta e universalmente aplicada indistintamente. A inconsistência da natureza do homem, de suas ações, vontades e aspirações autônomas[13] ultrapassam o dogma de que a Lei seja a fonte de respostas e o que esteja fora de seu raio normativo não pode ser resguardado, porque não é jurídico ou permitido. O conhecimento que leva ao conteúdo jurídico deve ser aberto para novas propostas de se refletir o Direito (pluralidade de metodologias, sem necessidade de se fixar qual deva ser empregada), e neste sentido ganha ares de Ciência, na medida em que sua reflexão ilumine novos caminhos e percepções de análises.

Ocorre que a unicidade metodológica do positivismo jurídico intenta condicionar a atividade humana, estandardizando comportamentos segundos parâmetros de legalidade (im)posta pela vontade do legislador. Sobre o assunto, Eros Roberto Grau assevera que

> (...) como sujeito e objeto encontram-se em relação de funcionalidade reciproca e a matéria – isto é, o conjunto das relações do homem social com a natureza – é uma variável independente da consciência humana, as relações sociais são objetivas, estando fora do sujeito que pode pensá-las; mas a atividade sensível e prática (consciente) dos homens modifica as circunstâncias e o estado dado das relações entre a humanidade e a natureza. A atividade humana, pois, modifica as relações sociais. Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. (...) O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona o direito posto (positivo). Mas o *direito posto* transforma sua (dele) própria base (grifos do autor). (1996, p. 44).

Como se nota, o fator humano é imprescindível para a construção do conhecimento jurídico, conteúdo este que não precisa ser estático, uma vez que se está a lidar com direitos

[13] Esta inconsistência ganha projeção na dinâmica das relações privadas na medida em que se lida com a autonomia da vontade do homem. Autonomia esta concernente ao seu grau de consciência, portanto, quanto à sua percepção na condição de sujeito cognoscente.

inerentes ao homem e que estão amarrados ao exercício da autonomia da vontade. O enredo do conteúdo jurídico privado, no que toca a sua (re)interpretação, surtiu efeitos no Código Civil de 2002, erigido sob a nova perspectiva paradigmática da repersonalização e de realização cognoscente da autonomia privada, que em verdade contempla esta tendência humanística de valorizar o "ser" em relação a axiologia interpretativa do Direito.

> O direito privado, especialmente o direito civil, atravessou os tempos sob o signo da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão (1804) e incorporadas pelas codificações do século XIX, repercutiram sobre o Código Civil de 1916. A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado (...). A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios de ordem pública* (...). A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização* do direito privado (*grifos do autor*). (BARROSO, 2010, p. 59).

A publicização acentuada pelo autor reflete a mudança de paradigma que denotou na doutrina pós-positivista aplicada à autonomia da vontade no Direito Civil. Um Direito que sem perder de vista o foco singular e particularizado, mas atinente ao juízo de adequabilidade que deve sofrer em razão do intervencionismo estatal.

É no plano jurídico interpretativo que esta abordagem ganha maior dimensão valorativa; todavia é importante destacar que a perspectiva pós-positivista que ampara o Direito Civil não tem o condão de desvirtuar a natureza autônoma da Lei civilista, calcada em principiologia e conjunto normativo que lhes são inerentes. Em verdade, a ponderação valorativa deve ser prudente, respeitando limites de razoabilidade, pois inegável é o fato de que o Código Civil é a Lei (produto) mais importante do conteúdo jurídico privado. Mais importante não por conta de critério hierárquico (pois este foco é antagônico com a proposta desta discussão), mas porque é a Lei privada de maior operabilidade às relações sociais, capaz de aplicar o direito e o exercício da autonomia da vontade em situações diversificadas, disciplinando os direitos da pessoa, de sua existência; regulando contratos e relações patrimoniais; dispondo sobre família e sucessões e direitos correlatos. Neste sentido, falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros.

O que se apoia é a ideia de se estabelecer uma concordância no plano prático que permita uma aproximação (diálogo) tanto dos comandos normativos como da interpretação valorativa destes comandos a parâmetros humanísticos de justiça, igualdade (equilíbrio) e de dignidade das relações privadas.

A Hermenêutica Jurídica[14] é de salutar importância para compor a abordagem da repersonalização do Direito Civil, pois permite abertura interpretativa para que outras fontes, a exemplo da linguagem, possam estabelecer a relação dialógica pós-positivista. O olhar hermenêutico enseja a aproximação dos conteúdos dos diplomas legais, possibilita a flexibilização de princípios de direito e a ponderação de valores dentro de critérios de razoabilidade/proporcionalidade.

> Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta (MAXIMILIANO, 2009, p. 8).

O ato interpretativo deve caminhar em consonância com a peculiar axiologia da publicização dos direitos, sem perder de vista a autonomia normativa da Lei Civil enquanto norma que regula comportamentos sociais privados e autônomos e enquanto Lei de caráter ímpar positivada no ordenamento pátrio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado liberal fomentado no século XIX provocou mudanças sociais, políticas e também jurídicas. O Direito foi erigido ao *status* de ciência sem que houvesse qualquer compromisso quanto à fundamentação que razoavelmente pudesse convencer o estabelecimento deste pensamento. A equalização às ciências exatas e o emprego do método dedutivo de aplicação foram suficientes para que o liberalismo enaltecesse o ideal de cientificidade do Direito, arrimado na perspectiva positivista de interpretação.

---

[14] A palavra hermenêutica provém do grego *herméneuein*, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitando a terra, era um deus próximo à humanidade, o melhor amigo dos homens. (NADER, 2002, p. 261).

O Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) representou um marco que caracterizou a esteira do processo de compilação, acarretando na criação de ordenamentos sistematizados pelas codificações. Assim, uma nova fórmula "prodigiosa" foi encontrada para estabelecer o conteúdo jurídico, garantir segurança às relações e também utilizada como mecanismo de redução, vez que a lei passou a representar o instrumento de realização e materialização do Direito. Nas relações privadas o princípio da autonomia da vontade foi vociferado enquanto valor a emancipar e salvaguardar o homem, e Código Civil passou a representar a espinha dorsal do Direito, assumindo a função de sustentáculo do ordenamento jurídico e de norma diretriz das demais codificações privadas, restando à Carta Constitucional atuação que se limitava a organizar e estruturar o Estado, bem como sistematizar o Poder e redefinir a distribuição de suas funções ao Executivo, Legislativo e Judiciário.

Todavia, a leitura estatal positivista de perfeição, completude e neutralidade do Direito – principalmente do Direito Civil, – ainda que tenha ganhado expansão e expressividade, não se mostrou eficiente, porque o objeto de observação da "Ciência Jurídica"[15] encontra-se atrelado ao contexto social, o qual se mostra mutável, dinâmico e, sobretudo, imperfeito. Assim, a crítica da corrente pós-positivista apontava para a falência da leitura fictícia realizada pelo positivismo e inclinou-se pela apresentação de proposta metodológica aberta e de produção de conhecimento jurídico que não estivesse adstrito tão-somente à lei, vislumbrado enquanto mecanismo exclusivo.

Nesta esteira, o Direito Civil passou a ganhar roupagem interpretativa diferenciada, abraçando outros métodos e critérios de interpretação e caminhando num passo epistemológico mais dialogado com a realidade fenomênica social. A repersonalização e a despatrimonialização da Lei civilista foi envolvida por contornos humanísticos de percepção existencialista de realização do homem e de suas vontades individuais. O pensamento pós-positivista, assim, mostrou-se dinâmico e receptivo aos novos enredos que o Direito Privado passou a se enveredar.

É neste diapasão interpretativo que contemporaneamente o hermeneuta deve objetivar o seu olhar crítico, sem perder de vista o conteúdo literal da Lei, mas adequando-a às novas propostas de vida social que incidem no âmbito da autonomia privada do homem. A percepção analítica reside, sobremaneira, entre a segurança jurídica da resposta dada e o teor valorativo sobre justiça impregnado em sua decisão. A proposta "neocivilista" de realização

[15] Ao se abordar a expressão "Ciência Jurídica" quer-se imprimir realmente caráter científico, na medida em que se trata de conhecimento aberto, ou seja, vista enquanto disciplina reflexiva, de natureza jusfilosófica e alinhada (dialogada) com outras áreas, como a Sociologia, Filosofia, Antropologia, Linguagem e História.

do Direito Civil encontra-se, assim, nesta perspectiva de diálogo da gramaticalidade da lei com outras fontes do Direito, como a doutrina, os usos e costumes e processos analógicos, sem estabelecer hierarquia ou qualquer segmentação nesta ação interpretativa comunicativa.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9. ed., Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César. *Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional*. Disponível em: <http://www.pucminas.br/documentos/editora_revista_direito_numero_22.pdf>. Acesso em: 20 nov 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/.../338466_A%20epistemologia%20j>. Acesso em: 20 abr 2013.

_____. *Metodologia da pesquisa*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.

_____. *O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico*: a questão do sistema. Disponível em <http://books.google.com.br/books?isbn=8573086025>. Acesso em 13 de maio de 2013.

GONDIM, Elnôra; RODRIGUES, Osvaldino Marra. *John Rawls e a justiça como equidade*: algumas considerações. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF>. Acesso em: 10 jul 2014.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito*: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações jurídicas privadas. *Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado*. Salvador: Faculdades Jorge Amado, n. 1, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponivel em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jul 2014.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo et al. (orgs.). *Diálogos sobre o direito civil* – Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Manual de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo.10. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.