

Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação

A realização da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 25 a 27 de outubro de 2006, em Brasília, com o apoio do Superior Tribunal de Justiça, representou etapa importante no diálogo entre a doutrina e a jurisprudência. Professores, magistrados, profissionais de todas as carreiras jurídicas e advogados se reuniram, na quarta edição desse vitorioso encontro, para discutirem e definirem soluções interpretativas para os problemas atuais suscitados pelo Código Civil.

Ao contrário das edições anteriores, verificou-se, na rica diversidade de métodos e estilos que se espraiam pelo Brasil afora, patamar essencial de consenso acerca das transformações consolidadas na cultura jurídica brasileira. Abandonou-se, definitivamente, a visão do Código Civil como estrutura estática e atemporal, assumindo-o como dado histórico, relativo e funcional. Vale dizer, o elemento normativo não veicula, em si mesmo, a solução previamente estipulada pelo legislador para hipóteses abstratamente concebidas, explicitando-se tão somente no momento, historicamente determinado, de sua aplicação, condicionada pelos interesses identificados no fato concreto.

Daqui decorrem ao menos duas grandes conquistas na teoria da interpretação, percebidas nos resultados da IV Jornada: (i) o reconhecimento do papel criativo dos magistrados, com a produção de enunciados que procuraram fixar limites e possibilidades para essa renovada fonte de direito; (ii) o desmoronamento – intuitivamente traduzido nos debates ali travados – da teoria da subsunção, na medida em que se admite a construção, pelo magistrado, da norma sob medida (um *posterius* não um *prius*), a partir da ponderação dos interesses em jogo. Os magistrados ganham consciência de que devem transportar, no processo decisório, o inteiro ordenamento para o caso concreto, unificando-se, desse modo, as etapas da interpretação e da aplicação do direito, consideradas cronologicamente sucessivas na antiga subsunção.

Expressão eloqüente dessa orientação tem-se na leitura dos Enunciados relativos aos direitos da personalidade, resultado da representativa Comissão dedicada à Parte Geral, integrada por estudiosos de todas as regiões do Brasil, com a participação de ilustres Professores. Confirmam-se os seguintes Enunciados aprovados:

- 1) Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.
- 2) O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo do Registro Civil.
- 3) O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com o objetivo científico ou altruístico, para depois da morte,

determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares e, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

4) A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características da utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

5) Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.

Tais propostas falam por si e indicam novos tempos para a teoria da interpretação. Contudo, resta superar, ainda, alguns paradigmas legados pelo normativismo, especialmente no que concerne aos princípios da liberdade e da segurança jurídica, que se renovam como verdadeiros obstáculos à hermenêutica contemporânea. Em primeiro lugar, a liberdade ainda é vista como princípio absoluto e pré-jurídico, suscetível de restrições exclusivamente externas e pontuais de acordo com reserva legal. Trata-se de postulado importante do liberalismo, indispensável para vitória do Estado Moderno sobre o autoritarismo, mas que, todavia, não se ajusta à ordem pública constitucional, que consagra a *liberdade na solidariedade e na igualdade substancial*.

Além disso, impõe-se também a reconstrução da segurança jurídica, liberta do positivismo regulamentar. Diante da profusão das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, com a ampliação do espaço de construção da jurisprudência, espera-se dos juízes a definição, paulatina, de padrões de conduta socialmente admissíveis, e não regras estanques de comportamento para fatos previamente estabelecidos pelo legislador. A segurança jurídica há de ser redesenhada, a partir do vasto material jurisprudencial, por força da fundamentação e da argumentação que legitimam as decisões, não já pela mera invocação de regras gerais abstratas, que sirvam de salvo conduto para o magistrado, excluindo-lhe a responsabilidade política de sua atividade. A superação desses dois postulados, arraigados como verdadeiros pré-conceitos em relevantes setores do pensamento jurídico brasileiro – especialmente na doutrina publicista –, parece definir a próxima pauta da discussão a ser levada a cabo no direito contemporâneo.

G.T.