

# FENOMENOLOGIA E DIREITO



HUSSERL

*Volume 12, Número 1  
Abril/Setembro 2019*

---

*CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL  
DA 2ª REGIÃO - EMARF*



**CADERNOS  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>

---





# **FENOMENOLOGIA E DIREITO**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 12, Número 1  
abr./set.2019

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 12, n. 1 (abr./set.2019). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <<http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>>

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretor-Geral**

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

### **Diretor de Estágio**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Marcus Abraham

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho

## **EQUIPE DA EMARF**

Roque Bonfante de Almeida - Assessor Executivo

### **Rio de Janeiro**

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Vilma Ferreira Amado

### **Espírito Santo**

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

---



---

## **Expediente**

### **Conselho Editorial**

Aquiles Côrtes Guimarães - Presidente *in memoriam*

Alberto Nogueira

Américo Augusto Nogueira Vieira

André Ricardo Cruz Fontes

Ari Marcelo Solon

Augusto Guilherme Diefenthaler

Aylton Barbieri Durão

Cleyson de Moraes Mello

Emanuel Carneiro Leão

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

João Otávio de Noronha

Jorge Luis Fortes da Câmara

José Antonio Lisbôa Neiva

José Ferreira Neves Neto

Luiz Antonio Soares

Marcus Abraham

Marcus Vinicius Machado

Reis Friede

Ricardos Almagro Vitoriano Cunha

### **Comissão editorial**

Aquiles Côrtes Guimarães *in memoriam*

Ana Claudia Estrela

Adriana Santos Imbrosio

Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Getúlio Nascimento Braga Júnior

Maria Lucia Gyrão

Nathalie Barbosa de la Cadena

### **Editado por**

Escola da Magistratura Regional  
Federal da 2ª Região - EMARF

### **Projeto Gráfico e Editoração**

#### **Eletrônica**

Leila Andrade de Souza

#### **Foto da Capa**

Edmund Husserl

#### **Impressão**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região  
- COPGRA/ARIC

#### **Tiragem**

600 exemplares

---



---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente**

Desembargador Federal REIS FRIEDE

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

### **Corregedor-Geral**

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

### **Membros**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

---



---

## *SUMÁRIO*

---

|  |     |
|--|-----|
| APRESENTAÇÃO .....   | 13  |
| AS CRÍTICAS DE FINK E FREGE À FILOSOFIA DE HUSSERL.....  | 15  |
| André R.C. Fontes  |     |
| A IDADE E O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COMO EXISTENCIAIS: UMA<br>CONTRIBUIÇÃO HEIDEGGERIANA ÀS REGRAS DE TRANSIÇÃO EM<br>MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA ..... | 21  |
| Darleth Lousan do Nascimento Paixão e Nilton Rodrigues da Paixão Júnior  |     |
| DO JUDAÍSMO NÃO SE ESCAPA: DIREITO HEBRAICO EM HANS<br>KELSEN.....   | 39  |
| Ari Marcelo Solon  |     |
| LEI NATURAL E LEI HUMANA EM SANTO TOMÁS DE AQUINO.....   | 55  |
| José Ricardo Cunha   |     |
| PESSOA ENQUANTO CATEGORIA ONTOLÓGICA .....   | 73  |
| Rogério Tabet de Almeida   |     |
| A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO<br>ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....   | 93  |
| Luci Rodrigues de Figueiredo   |     |
| DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:<br>POR QUE NÃO PODEMOS ASSUMI-LA COMO UM “CORINGA”<br>ARGUMENTATIVO? .....                   | 109 |
| Bruno Maia   |     |
| OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA<br>NA MODERNIDADE.....   | 125 |
| Fernando Chaim Guedes Farage e Maria Eduarda Antoniol Tavares  |     |

|  |     |
|--|-----|
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA AXIOMÁTICO-DEDUTIVO DO DIREITO .....                                      | 143 |
| Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello  |     |
| UM BREVE ENSAIO SOBRE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE KARL LOEWENSTEIN.....  | 161 |
| Sylvio Clemente da Motta Filho e Felipe Sarraf de Moraes   |     |
| A DEMOCRACIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO LUIS GUSTAVO ..... | 179 |
| Barbedo Coelho Montes de Carvalho e Francisco de Assis Oliveira  |     |

---

# APRESENTAÇÃO

---

O Caderno de Fenomenologia e Direito traz neste número mais um conjunto de trabalhos do pensamento filosófico e jurídico modernos. A revista é, de modo particular e especial, um órgão de reflexão aberta e humanística, que conta com a colaboração de professores e estudiosos das mais diversas universidades e instituições.

É uma publicação ímpar na literatura jurídica e filosófica do País, seja pelo seu conteúdo didático seja pela síntese admiravelmente alcançada nos textos publicados. E o interesse em manter em circulação a obra pela qual o Professor Aquiles Côrtes Guimarães tinha uma afeição sem paralelo incentiva o grupo de colaboradores a produzir um material de gosto apurado dos leitores.

É essa convicção, de que o objetivo da revista é a de ser a melhor contribuição filosófico-jurídica para os nossos tempos, que nos leva a manter o espírito assistemático da obra com autores ilustres e trabalhos de inestimável valor.

André R. C. Fontes

Desembargador no Tribunal Regional Federal  
da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)



---

# AS CRÍTICAS DE FINK E FREGE À FILOSOFIA DE HUSSERL

---

André R.C. Fontes\*

Um **resumo** da crítica de Eugen Fink e de Gottlob Frege à Fenomenologia de Husserl é o conteúdo deste artigo.

**Palavras-Chave:** Fenomenologia. Royaumont. Aritmética.

A **summary** of the criticism by Eugen Fink and Gottlob Frege to Husserl's Phenomenology is content of this article.

**Keywords:** Phenomenology. Royaumont. Arithmetic.

## I - A CRÍTICA DE FINK

### §1º Introdução

Em uma famosa intervenção no terceiro Colóquio Filosófico de Royaumont, Eugen Fink sustenta que Husserl jamais alcançou uma solução do problema de como se deve entender exatamente a relação de dependência das coisas de consciência percipiente.<sup>1</sup> Afirmou Fink que Husserl, em tempo algum, resolveu expressamente essa questão, de maneira que não ficou resolvida que coisa ocorre ao ser próprio das coisas quando ele se torna objeto de representação.<sup>2</sup> A isso acresce a questão de se poder identificar,

---

\* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

<sup>1</sup> Cf. a comunicação de Eugen Fink *in Husserl Cahiers de Royaumont*, Paris: Les Editions de Minuit, 1959.

<sup>2</sup> *Idem*. As palavras de Fink são as seguintes: “Que coisa ocorre ao ser próprio das coisas quando ele se

pura e simplesmente, o ser próprio de uma coisa com o ser objeto, e, ainda, uma outra questão, que nomeadamente poderia se resumir ao fato de que se se afirma que o ser próprio de uma coisa consiste simplesmente no seu ser objeto, se tem, em tal afirmação, que haveria uma superação especulativa da esfera fenomenológica?<sup>3</sup>

Nessa intervenção, afirmou que a superação especulativa constitui um problema que Husserl não trata de maneira explícita e que ficou profundamente marcado nas questões que suscitou.<sup>4</sup> Conquanto seja esse o sentido mais autêntico e original da redução fenomenológica, e o fato de que tais oscilações se verificam em diversas fases do pensamento husserliano, afirmou Fink que a conclusão de Husserl implica tornar estranho ao sentido das análises fenomenológicas o problema da realidade ou da existência no significado das teses naturais.<sup>5</sup>

Como aluno, Fink recebeu sabidamente a aprovação de Husserl e de seu professor extraiu as suas lições básicas. É possível estabelecer um paralelo da crítica de Fink (aluno) com Husserl (professor), assim como de Husserl (aluno) com o de Brentano (professor), embora esta pesquisa não se sirva a esse propósito, mas foi com as críticas uns dos outros que cresceu o conhecimento daquilo que se propôs a estudar nesta tese. De qualquer modo, o trabalho de Husserl é manifestamente insuperável, se comparado à posição de Eugen Fink.<sup>6</sup>

Deve ser lembrado que Royaumont,<sup>7</sup> em 1957, é o terceiro grande congresso de fenomenologia que participou Fink. Ele se segue ao de 1951, em Bruxelas<sup>8</sup> e o de 1956, em Krefeld.<sup>9</sup>

---

torna objeto de representação?” Cf. Cahiers, *op. cit.* Não pode ser olvidado, mesmo em um texto que se propõe a oferecer alguns excertos críticos à obra de Husserl, que as críticas às idéias do autor das Meditações Cartesianas também foram perseguidas por Frege. Cf.

<sup>3</sup> Cf. Guy van Kerckhoven, *Mondanizzazione e individuazione La posta in gioco nella Sesta Meditazione cartesiana di Husserl e Fink*. Trad. do francês para o italiano por Massimo Mezzananza. Gênova: Il melangolo, 1998. p. 21.

<sup>4</sup> Cf. as observações de Andrea Gilardoni, *Potenziamenti immaginifici Sperimentazioni filosofiche intorno a Eugen Fink*, Milão: Unicopoli, 2001. p. 94.

<sup>5</sup> Cf. Tommaso Pedicini, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco de Eugen Fink*, Milão: Edizione Angelo Guerini e associati, 1997. p. 19.

<sup>6</sup> Cf. Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 19.

<sup>7</sup> Andrea Gilardoni, *Potenziamenti immaginifici Sperimentazioni filosofiche intorno a Eugen Fink*, Milão: Unicopoli, 2001. p. 94.

<sup>8</sup> Cf. Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973; p. 44.

<sup>9</sup> Tommaso Pedicini, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco de Eugen Fink*, Milão: Edizione Angelo Guerini e associati, 1997. p. 19.

## §2º A intervenção no terceiro colóquio de filosofia de Royaumont

Em um primeiro momento, Fink medeia os solavancos com a orientação fenomenológica, tentando sublinhar uma série de elementos especulativos incompreensíveis do pensamento de Husserl. Foram teses difíceis de sustentar e não parecem estar sustentadas de modo suficiente por novidades argumentativas. Fink chega a revolver abertamente contra seu ex-professor, Edmund Husserl, alguns dos mesmos argumentos usados nos anos trinta pelos detratores da Fenomenologia.<sup>10</sup>

A *epoché* fenomenológica, sustenta Fink, não é em grau de fazer compreender o ser do mundo, a dimensão originária. Os conceitos de espaço e tempo vêm interpretados pela fenomenologia como simples objetos fenomênicos e não como são em realidade: vale dizer espaço do mundo e tempo do mundo, que circundam nos mesmos e as coisas, os pressupostos de todos os fenômenos.<sup>11</sup>

Para Fink, a redução do mundo real faz aparecer um mundo de significados, um mundo intencional. Diz Fink que a Fenomenologia não aponta o problema de sua origem em sentido realístico e trata de compreender como objeto intencional o mundo como se forma em uma consciência como se isso tornasse válido, através de uma gênese subjetiva de seu significado. A Fink, todo ser em um ser-para-mim, em um objeto intencional. Dizia também que Husserl não consegue falar do ser fora da sua relação com a consciência.<sup>12</sup>

Visto que a fenomenologia é incapaz de conduzir à sabedoria do mundo (*Weltweisheit*), que é o objetivo da filosofia, segundo Fink, ela então não é outra coisa senão apropriado fundamento do pensamento humano, uma *pré-filosofia*, mas não uma filosofia.<sup>13</sup>

É de boa lembrança que o plano geral da filosofia de Eugen Fink, desse período ao menos, considera muito do método ontológico heideggeriano, mas, com o passar dos anos, Fink adquire uma sempre maior independência também de Heidegger. Nessa época, a ambição de Fink, segundo seus estudiosos, consistia em querer buscar as dimensões de espaço e movimento

<sup>10</sup> Cf. Tommaso Pedicine, *Il labirinto del mondo. La filosofia del gioco di Eugen Fink*. Milão: Guerini, 1997. p. 239.

<sup>11</sup> Cf. Guy van Kerckhoven, *Mondanizzazione e individuazione La posta in gioco nella Sesta Meditazione cartesiana di Husserl e Fink*, trad.de Massimo Mezzanzanica, Gênova: Il melangolo, 1998. p.110.

<sup>12</sup> Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 13.

<sup>13</sup> Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 15.

na análise heideggeriana de *Ser e Tempo*, e assim de apresentar o *Ser e Mundo*, mais do que *Ser e Tempo*, como a esfera original da ontologia.<sup>14</sup>

O próprio Fink sustenta que talvez o tempo seja somente uma das dimensões da filosofia ontológica e, então, depois de serem postas as questões de uma relação assim problemática (aquela entre ser e tempo indicada), se deveria interrogar. Entretanto, com observância do ser com o espaço e com o movimento ou, para reassumir o todo, observando a relação que corre entre ser e mundo.<sup>15</sup>

O pensamento de Fink, nesse momento, pode ser definido como cosmológico. Quanto mais ele evidenciará a reflexão sobre o mundo e as conseqüências, buscará a conceptualização do jogo, como modo de ser do homem no mundo, tanto mais então a filosofia de Fink sofrerá uma forte e definida maturação de identidade. A partir de então, se compreende como os estudiosos do pensamento de Fink<sup>16</sup> possam falar unanimemente de um Kehre na filosofia finkiana do pós-guerra, ou seja, uma volta incomparável, na forma, aquela ocorrida no pensamento de Heidegger entre as publicações de *Ser e Tempo* e os escritos dos fins dos anos trinta, nos quais o problema do ser assume um caráter global.<sup>17</sup>

A virada de Fink se torna evidente, no que resulta até mesmo inesperada, senão incompreensível para aquele que não conhece os seus estudos e as variadas etapas do seu tormentoso caminho de pensamentos nos três conhecidos congressos de fenomenologia (Bruxelas, Krefeld, Royaumont), mas, sobretudo, a retomada das publicações dos seus escritos a partir de 1947.<sup>18</sup>

## **II - A CRÍTICA DE FREGE**

### **A filosofia da aritmética**

Em uma sua severa recensão à *Filosofia da Aritmética*, Gottlob Frege, impelido pela exigência de distinguir nitidamente a psicologia da lógica e

---

<sup>14</sup> Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 13.

<sup>15</sup> Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 55.

<sup>16</sup> Podemos citar Spiegelberg, Gadamer, Remy, Zecchi, Schlageter e Masullo. Cf. Tommaso Pedicini, *op. cit.*, p. 31.

<sup>17</sup> Michele Lenoci, *Autococienza Valori Storicità Studi su Menong, Scheler, Heidegger*, Milão: Franco Angeli, 1992. p. 205.

<sup>18</sup> Guglielmo Forni, *Fenomenologia*, Milão: Marzorati, 1973. p. 15.

de fundar a aritmética sobre bases rigorosamente formais, acusa Husserl de psicologismo.<sup>19</sup> Ele rejeita, por isso, toda a problemática husserliana destinada a definir o caráter e os limites das operações psicológicas que são a base dos conceitos elementares da aritmética.<sup>20</sup> A sua célebre frase é própria e característica de tal assertiva: necessário saber que coisa seja o mar do Norte, não como surge a noção de mar do norte.<sup>21</sup>

O primeiro escrito de Husserl foi uma re-elaboração da sua tese de habilitação em 1887.<sup>22</sup> Foi impressa em 1891 como *Filosofia da Aritmética*, com o sub-título *Investigações Lógicas e Psicológicas*, e foi dedicado a Franz Brentano.<sup>23</sup> Nessa obra, quis Husserl demonstrar o processo no curso do qual o conceito de número decorreria de *fenômenos concretos de multiplicidade (Inbegriffe)*, ou seja, agregados, associados, unidos.<sup>24</sup> Essa idéia abstrata de vinculação coletiva foi alcançada enquanto significado lógico de um conceito mais geral de *multiplicidade*, que a sua vez buscaria pela via da abstração das observações dos agregados.<sup>25</sup>

Compreende Husserl que o ato psíquico, que é identificado no conceito de número e caracterizado seja em sentido psicológico, seja abstraído em um sentido puramente lógico.<sup>26</sup> Essa caracterização externa para Husserl não vincula toda a complexidade do ato de representação, que consente de se conseguir o conceito de vinculação coletiva, que poderemos dizer tanto o ato de colher um conjunto como um gesto gestáltico.<sup>27</sup> Esse ato de representação vai tomando não como um processo que negligência, “não nota” o conteúdo do agregado, mas como ato unitário que exprime a função psíquica de

<sup>19</sup> Esse foi o primeiro escrito de Husserl, que constitui uma re-elaboração da sua tese de habilitação de 1887. Foi publicada em 1891 como *Filosofia da Aritmética* e com o subtítulo *Investigações Lógicas e Psicológicas* como dedicatória a Franz Brentano. Cf. a trad. ital. *op. cit.*

<sup>20</sup> Anthony Kenny, *Frege*, trad. Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003. p. 24.

<sup>21</sup> É de modo significativa, para se por com respeito a isso, especialmente se se põe em relação com as seguintes afirmações: “Uma descrição dos processos mentais que precedem a enunciação de um juízo numérico, não pode nunca, também se exata, substituir uma verdadeira determinação do conceito de número não poderemos nunca invoca-la para a demonstração de qualquer teorema, nem aprenderemos por essa alguma propriedade dos números. E na verdade o número não constitui um objeto da psicologia, nem pode considerar-se como um resultado dos processos psíquicos, mesmo como não pode considerar-se tal, por exemplo, o mar do Norte.”

<sup>22</sup> Mauro Mariani, *Introduzone a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 45.

<sup>23</sup> Cf. a trad. italiana, *op. cit.*

<sup>24</sup> Mauro Mariani, *Introduzone a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 35

<sup>25</sup> Esse modo de pensamento se avizinha da Teoria empírica da abstração de John Stuart Mill, mas dele se afasta por conta das conseqüências psicologistas expressadas por Mill.Cf.

<sup>26</sup> Segundo Mill o número não denota os sentidos singulares do agregado, mas considera na sua generalidade o ente simples, de unidade, deixando como resíduo na mente a sua pura e simples conexão conceitual. Cf.

<sup>27</sup> Gabriele Giannantoni, *op. cit.* p. 580.

atenção por tais conteúdos, considerados, em seu sentido específico, como reunidos em um agregado por semelhança.<sup>28</sup>

Husserl retoma a Teoria de Brentano e se concentra sobre o ato de representação, que vincula a dimensão subjetiva de modo a tender a uma coisa qualquer (ou qualquer coisa), como objeto e essa tendência é o próprio conteúdo intencional.<sup>29</sup> O ato de determinar o número, ou seja, a consistência de um agregado, é um ato de interesse que em um mesmo momento, institui, de um lado, conexões entre os vários elementos ou agregados, e, de outro, tem conteúdo seu próprio em mira e o objeto agregado mesmo.<sup>30</sup>

A esse ponto, é evidente que a caracterização psicológica do conceito de número imposta por Husserl rompe decisivamente o esquema da Teoria Empirista da Abstração e se mostra derivada da *Psicologia do ponto de vista empírico* de Brentano, a qual tomou para distinguir o físico do mental, evidenciando como os atos mentais tidos em uma existência autônoma.<sup>31</sup> Sobre esse raciocínio, Husserl atraiu para a órbita da existência autônoma números como formas gerais condicionantes a nossa atividade cognoscitiva.<sup>32</sup> Corrige, assim, a hipótese psicologista da total dependência dos conceitos elementares da aritmética da psicologista.<sup>33</sup>

O primeiro passo na direção de uma pesquisa de autonomia do primado na lógica objetiva, existente de *per se*, é a respeito de uma simples derivação da lógica da característica da psicologia.<sup>34</sup> É exatamente essa consideração que foi criticada por Frege, com a qual Husserl travou auspiciosa relação epistolar.<sup>35</sup> Segundo Frege, Husserl se achava novamente em uma dimensão psicologista e não puramente lógica.<sup>36</sup> Entre os argumentos utilizados por Frege, é conhecido o recurso ao conceito de zero: se não contamos zero, como se faria para sustentar a posição psicologista?<sup>37</sup>

---

<sup>28</sup> Cf. F. Adorno, T. Gregory e V. Verra, *op. cit.* p.457.

<sup>29</sup> Paolo Bucci, *Husserl e Bolzano Alle origini della fenomenologia*. Milão: Unicopli, 2000. p 11.

<sup>30</sup> Renzo Raggiunti, *Introduzione a Husserl*, 10ª. ed. Roma-Bari: 2002. p.77.

<sup>31</sup> Anthony Kenny, *Frege*, trad. Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003. p. 32.

<sup>32</sup> Nicla Vassallo, *La filosofia di Gottlob Frege*, Milão: 2003, Franco Angeli, p. 213.

<sup>33</sup> Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*, 3ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004. p. 38.

<sup>34</sup> Denis Fisette, *Lecture frégéenne de la phenomenologie*, Paris: Eclat, 1994. p. 82.

<sup>35</sup> Cf. Mauro Mariani, *Introduzione a Frege*. Roma-Bari: Laterza, 2004. p.

<sup>36</sup> Cf. Anthony Kenny, *Frege*, trad. de Marco Mazzone, Turim: Einaudi, 2003.p. 160.

<sup>37</sup> Contestando, assim, a experiência de zero, Frege nega que também se possa assim surgir na sujeito a intenção de representar igualmente o conceito de nada. Não é assim na experiência, mas na lógica. Cf. Gabriele i, *op. cit.* p. 513.

---

# *A IDADE E O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COMO EXISTENCIAIS: UMA CONTRIBUIÇÃO HEIDEGGERIANA ÀS REGRAS DE TRANSIÇÃO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA*

---

*Darleth Lousan do Nascimento Paixão<sup>1</sup>*

*Nilton Rodrigues da Paixão Júnior<sup>2</sup>*

**Resumo:** este estudo objetiva trazer uma contribuição heideggeriana para a análise das regras de transição contidas nas emendas constitucionais relativas às alterações no regime jurídico próprio dos servidores públicos, enfocando a idade e o tempo como existenciais.

**Palavras-Chave:** idade; tempo; Heidegger; regras de transição; previdência social.

**AGE AND TIME AS EXISTENTIAL: A HEIDEGGERIAN ANALYSIS ON THE RULES OF TRANSITION IN SOCIAL SECURITY MATTERS.**

**Abstract:** this study aims to bring a Heideggerian contribution to the analysis of the transition rules contained in the constitutional amendments related to changes in the legal regime of civil servants, focusing on age and time as existential.

**Keywords:** age; time; Heidegger; transition rules; social Security.

<sup>1</sup> Doutoranda do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida - UVA. Linha de Pesquisa 2: Estado, Cidades e Mundialização das Relações Jurídicas. E-mail: nilton.darleth@gmail.com

<sup>2</sup> Doutorando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida - UVA. Linha de Pesquisa 2: Estado, Cidades e Mundialização das Relações Jurídicas. E-mail: nilton.darleth@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo analisar o tratamento legislativo constitucional que se tem dado à questão previdenciária referente às exigências de idade e de tempo de contribuição para aposentadoria no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, do servidor público. O RPPS tem natureza jurídica contributivo-retributivo-solidária, ou seja, o servidor público contribui ao longo de toda a sua prestação de serviço para o sistema previdenciário gerido pelo Estado, para, em determinado tempo, usufruir de aposentadoria.

Para tanto, irá identificar o texto constitucional originário referente ao tema, bem como posteriores alterações materializadas em emendas constitucionais e a Proposta de Emenda à Constituição nº 006, de 2019 – PEC nº 006/19, em tramitação, sob as lentes da filosofia hermenêutica heideggeriana.

Existe uma mudança demográfica em curso solicitando que o sistema previdenciário seja ajustado à nova estrutura populacional. Não é só o Brasil que tem esse desafio, outros países enfrentam um processo de ampliação da longevidade humana que pressiona programas previdenciários. Isso exige um ajuste de questões como idade e tempo de contribuição. O tempo repercute na vida das pessoas e também na economia e no direito.

Heidegger busca, em apertada síntese, pelo sentido do Ser (*Dasein*) – a questão do Ser (*das Seinfrage*), segundo ele encoberto pela metafísica clássica (desde Platão). Nesse trajeto, a existência tem na finitude e na conseqüente mortalidade a configuração de sua temporalidade. O *Dasein* é tempo, mas não tempo dado e sim tempo que se dá existencialmente. Não se trata do tempo dos relógios, de um processo meramente físico, mas o “nosso” tempo, das subjetividades, sempre tributário da linguagem, nunca um dado, sempre um construído.

O legislador constitucional ao alterar regras constitucionais referentes à idade e ao tempo de contribuição em matéria previdenciária enfrenta a impermanência e a transitoriedade da vida dos filiados ao regime de Previdência Social, geralmente sob o fundamento da necessidade de adequação a aspectos demográficos, tais como ampliação da expectativa de vida (longevidade populacional), além da existência de deficits orçamentários.

Esse tem sido o remédio amargo sugerido pelos governos que se sucedem. Todavia é necessário registrar que o fármaco tanto se faz veneno e mata quanto remédio e cura a depender de sua dosimetria.

As intervenções constitucionais nessa matéria têm desprezado o fato de que as vidas afetadas são essencialmente feitas de tempo, de lapso temporal representativo da própria dignidade humana das pessoas atingidas.

Adequações em regimes previdenciários são necessárias, porém devem respeitar a confiança legítima que os segurados depositam no Estado, sob pena de se colocarem em rota de colisão insanável com o princípio constitucional da segurança jurídica, minando as bases do Estado Democrático de Direito.

Emenda constitucional que estabeleça regras de transição em respeito a situações jurídicas anteriores às mudanças defendidas atua de forma a criar condições de travessia de um sistema a outro e tem de ser, além de respeitada, exaurida.

Quando se emenda uma constituição, dá-se voz de atuação ao Estado. É o Estado agindo por intermédio de decisões parlamentares, estabelecendo regras, requisitos a serem obedecidos e etc.

É preciso levar o Estado a sério. O parlamento deve sempre atuar com eticidade legislativa e não pode faltar com honestidade constitucional. Decisões legislativas implicam a confiança legítima de que o Estado as respeitarão, de que terão a eficácia temporal que anunciam.

De que adianta fixar nova idade ou novo tempo de contribuição com respeito a situações jurídicas que serão colocadas em regime de transição para o novo modelo, se os novos prazos não se exaurirão? Não por inadimplemento dos segurados, mas por sucessivas investidas legislativas alteradoras das regras de passagem com fixação de outra idade ou outro tempo de contribuição.

O Estado que não cumpre com sua palavra é o que patrocina a insegurança jurídica, aquele que desrespeita a confiança legítima dos cidadãos depositada no regime democrático representativo. Nessa condição o Estado comete abuso de poder legislativo.

No que pertine às alterações previdenciárias que afetam toda a sociedade, é imperativo que se dê ampla divulgação dos dados econômicos e sociais que embasam qualquer proposta de inovação constitucional. Na contramão do princípio constitucional da transparência, o governo decretou sigilo sob essas informações.

## O TEMPO EM HEIDEGGER

Heidegger (1997, p. 37) assim resume sua concepção acerca do tempo, na estrutura do *Dasein*<sup>3</sup> obviamente envolto na questão do Ser (*das Seinfrage*):

*Em resumo, podemos dizer: tempo é ser-aí. Ser-aí é o meu cada vez ser, e este, o meu cada vez ser, pode ser no futuro no antecipar ao passar consciente, mas indeterminado. O ser-aí sempre está num modo de seu possível ser temporal. O ser-aí é o tempo, o tempo é temporal. O ser-aí não é o tempo, mas temporalidade. O enunciado fundamental: o tempo é temporal, é, por isso, a autêntica determinação – e ele não é uma tautologia, porque o ser da temporalidade significa uma realidade desigual. O ser-aí é o seu passar, é a sua possibilidade no antecipar a este passar. Neste antecipar sou eu o tempo autenticamente, tenho tempo. Na medida em que o tempo sempre é meu, existem muitos tempos. O tempo é destituído de sentido; tempo é temporal. (negritos nossos)*

Ao dizer sobre o tempo que “sempre é meu”, Heidegger exorta à reflexão acerca da existência de tantos tempos quantas sejam as existências de per si consideradas, por isso a afirmação de que o “tempo é destituído de sentido”, porque para cada indivíduo há a tarefa existencial de significá-lo e ressignificá-lo a todo o instante e sempre em contato com o mundo (ser-aí-no-mundo), por isso o “tempo é temporal”.

O pensador da Floresta (1997, p. 39) prossegue:

*(...) Para corresponder ao caráter de ser do que aqui é tema, devemos falar temporalmente sobre o tempo. O tempo é o como. Se perguntamos pelo que é o tempo, então não devemos agarrar-nos precipitadamente a uma resposta – isto ou aquilo é o tempo – que sempre designa um o que.*

*Não olhemos para a resposta, mas retomemos a pergunta. O que aconteceu com a pergunta? Ela transformou-se. O que é o tempo? Transformou-se em: quem é o tempo? Mais precisamente: somos nós o tempo? Ou mais precisamente ainda: sou eu o meu tempo? Com isso me aproximo ao máximo dele, e se compreendo adequadamente a questão, então tudo o que está envolvido com ela se tornou algo sério. Portanto, tal pergunta é o mais adequado modo de acesso e modo de lidar com o tempo como com o que*

---

<sup>3</sup> Tradução compreensiva e livre dos autores: o ser-aí – no, com e para o mundo. Léxico heideggeriano. Para uma melhor compreensão do conceito de *Dasein*, veja-se Michael Inwood (2002, p. 164-168).

*é sempre meu. Então o estar-aí <Dasein> será ser questionador <Fraglichsein>. (negritos nossos)*

Resta clara a intenção de Heidegger, ou seja, desvincular o tradicional acoplamento do tempo como medida, afastando assim a dimensão meramente física do tempo – o tempo da física. O filósofo converte o tempo em temporalidade. O tempo passa a ostentar uma tensão permanente, convolvendo-se em um existencial. Há uma desobjetificação do ser, que não mais é arrastado pelo tempo do relógio, não é mais cronometrado; o ser passa a construtor ou formador de mundo. É o ser que dá o tempo e não o contrário como pensava a metafísica clássica.

O ser do tempo se dá no como do tempo. A Heidegger é peremptório ao dizer que não se deve atribuir ao tempo que ele seja “isto ou aquilo”, simplesmente “um o que”. O tempo é um existencial.

Na mitologia o tempo está representado por Kronos (tempo linear) e Kairós (tempo de oportunidades). Kronos<sup>4</sup> é visto como um deus terrível e devorador dos próprios filhos, expressando “a angústia dos mortais ante a fugacidade do tempo e ante a inexorável negatividade do destino e da morte” (ESQUIROL, 2010, p. 31). Para Esquirol (2010, p. 92), Kairós traduz-se como “momento oportuno”, para ele:

*(...) o conceito grego de Kairós, que costuma ser traduzido por “momento oportuno”. Porém, igualmente interessante é a etimologia latina: “oportuno” vem de porta, e de portus, porto. Qualificava-se de “oportuno” o vento que impelia as naus para um bom porto. Oportunidade significa, então, encontrar a porta, entrar bem no porto. Desse modo, nos achamos no próprio centro de uma temática clássica que se conecta com nossa mais profunda experiência de vida. Viver não é fácil, como tampouco o é, às vezes, encontrar a porta ou entrar no porto.*

O tempo que se dá temporalmente, sob a ótica heideggeriana, é um Kairós, uma abertura numa clareira numa floresta sombria existencial descortinadora de oportunidades que se abrem ao exercício das liberdades, liberdade aqui concebida em seu aspecto fenomênico, ou seja, de escolhas concretas de projetos de vida.

---

<sup>4</sup> Para maiores aprofundamentos: Bulfinch (2006, p. 16;20;145;288) e Brandão (2012, p. 206;208;210;351).

Há duas formas de se filosofar o tempo (STEIN, 2004, p. 285): como realidade física ou como condição existencial, por analogia, poder-se-ia compará-las, respectivamente, aos ritmos da valsa (linearidade monótona) – tempo do relógio, e da bossa nova (síncopes e dissonantes) – tempo da vida. Stein (2004, p. 285) assim compreende a primeira alternativa:

*O tempo representa para os primeiros uma espécie de medida, segundo um antes e um depois. Em última análise o tempo seria composto por uma infinita sucessão de instantes de neutralidade que pode ser justamente, a base, o fundamento estável para o transcurso finito das coisas, dos eventos e das pessoas. Nesse sentido, o tempo na Filosofia é tratado como uma espécie de realidade física.*

(...)

*O imaginário dessa relação domina a metafísica ocidental e tem sido uma metáfora que serve de elemento catalisador e simplificador de todas as interrogações que surgem com o tempo. (negritos nossos)*

De fato, a metafísica ocidental, desde Platão, pelo esquecimento do ser enquanto questão fundamental, tratou do tempo sob um viés coisificador, marcando-lhe com a característica da mensurabilidade material, glorificando-o como evento.

Stein (2004, p. 288) analisa o tempo também como condição existencial:

*É próprio das personalidades fortes manter a pergunta pelo tempo fora da trivialidade da pergunta e da resposta. O filósofo de individualidade forte sustenta a tensão do tempo acima do suceder-se trivial do cotidiano, onde se faz a contabilidade e o registro do que passa. O tempo é incorporado no próprio processo da existência como vida humana, onde assume uma força trágica. O tempo convertido em experiência existencial passa a se disseminar em direções antagônicas que não podem ser eliminadas como fontes secretas de tensão, na travessia terrena. (negritos nossos)*

Nessa ótica, o tempo se confunde com a própria vida, marcada tragicamente pela certeza da morte e pela turbulência do desafio de ser vivida em sociedade, de estar lançada como projeto ao convívio social, de sofrer as vicissitudes das resistências oferecidas pelo mundo circundante e das inúmeras limitações impostas pelo direito.

Jorge Luís Borges (1974, p. 771), transporta para a literatura as concepções heideggerianas ao dizer que **“El tiempo es la sustancia de que estoy hecho. El tiempo es un río que me arrebatara, pero yo soy el río; es un tigre que me destroza, pero yo soy el tigre; es un fuego que me consume, pero yo soy el fuego”**<sup>5</sup> (negritos nossos).

Ao se falar em idade e tempo de contribuição previdenciários, atentando-se para Heidegger e sua filosofia, é-se conduzido a considerá-los como existenciais, descortinando-se nova possibilidade hermenêutica concretizadora da dignidade humana.

Ver a vida apenas sob o viés do tic-tac do relógio, como simples sequências de agora físicos, é trilhar rota des-umanizante, pois “nosso meio ambiente, nossas relações sociais e nossa tranquilidade de espírito podem ficar muito ameaçados se não for usado o parafuso essencial – quer dizer, nossa relação com o tempo” (JÖNSSON, 2004, p. 14).

Tempo como temporalidade evoca o cuidado pela vida, o aproveitar a liberdade de escolhas, e o conscientizar-se da finitude existencial marcada pela morte.

Heidegger (2006, p. 119), diante da perplexidade do tédio que o tempo às vezes nos causa pondera que:

*(...) o tempo pode nos afligir ou nos deixar em paz ora de um modo, ora de outro. Por fim, isto está em conexão com a sua própria capacidade de mudança.*

O tempo pode trazer paz ou angústia, eis a sua temporalidade, uma construção permanente imposta ao *Dasein*. Temporalidade registradora das pressões e do peso da liberdade de escolha, que lança o ser-aí-com-e-no-mundo marcado pelo caminhar ao encontro da sua finitude (morte). Daí a importância em se tratar a idade e o tempo de contribuição como existenciais e não como meros cálculos.

Heidegger (2009, p. 436) adverte para a necessidade de se separar a noção de tempo físico, convencional, do tempo como existencial em sua temporalidade construída no cuidado da vida:

*(...) Com a ajuda do conceito vulgar e tradicional do tempo, de que*

---

<sup>5</sup> Tradução livre dos autores: “O tempo é a substância de que sou feito. O tempo é um rio que me arrasta, mas eu sou o rio; é um tigre que me destroça, mas eu sou o tigre; é um fogo que me consome, mas eu sou o fogo”.

*se vale forçosamente a ciência linguística, nunca se pode colocar o problema do problema da estrutura existencial e temporal dos modos de ação ou aspectos. (itálicos do original)*

Heidegger reforça em toda a sua obra o tempo em sua temporalidade como existencial, como aquilo que faz do Ser um sendo-aí-com-e-para-mundo, ou seja, um projeto lançado em busca de realização mediante escolhas desdobradas da liberdade fenomênica de ação perante a vida social e outros Ser-es.

Em tom irônico Klein (2019, p. 21) indaga, “quando o relógio de vocês para (por exemplo, quando a bateria acaba), isso por acaso provoca a parada do tempo?” Essa jocosidade filosófica faz com que se pare para pensar na complexidade do tempo indo ao encontro das reflexões heideggerianas.

Relevando as concepções agostinianas, Piettre (1997, p. 15-50) põe em destaque o aspecto subjetivo do tempo ao indagar se “Faz sentido conceber um tempo do mundo, conferir alguma consistência ou realidade objetiva ao tempo?”, e prossegue dizendo que:

*Nossa experiência do tempo nos revela precisamente que o modo de ser do tempo é de não ser: o futuro não é ainda, o passado não é mais, o instante presente acabou de ser. E entretanto nós falamos do passado, do futuro, do presente. (negritos nossos)*

O passado é ou está sempre presente em memórias e o futuro é ou está sempre presente em projeção. Dada à obviedade o presente sempre é ou está presente cobrando atenção. Isso destaca a temporalidade do tempo. O tempo é ou está sempre presente no cuidado das escolhas decorrentes do exercício da liberdade. O tempo é um atuar fenomênico do Ser, um existencial. O tempo não pode ser concebido de forma superficial como mera sucessão de instantes cronometrados pelos relógios, ou seja, como mera mensurabilidade objetiva. Coisificar o tempo é menosprezar-lhe a complexidade de que se reveste.

## **IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COMO EXISTENCIAIS**

O reformador da Constituição (PEC nº 006/2019) demonstra sua intenção nítida de tratar tanto a idade para aposentação quanto o tempo de contribuição como itens precificáveis, de cunho tão somente econômico. O tempo passa a ser mercadoria, e o legislador um feirante que o expõe à venda em detrimento de sua existencialidade.

A proposição legislativa desconsidera tanto a idade de aposentação quanto o tempo de contribuição como existenciais, adotando visão estritamente monetária, desconsiderando o impacto da medida na vida do servidor público e seu projeto de vida.

Abaixo quadros comparativos entre as ECs nºs 20/98; 41/03 e 47/05; e a PEC nº 006/19 no que pertine às regras vigentes e de transição quanto a idade e o tempo de contribuição para o servidor público em geral desprezando-se questões especiais como as de professores e servidores da área de segurança pública:

### REGRAS VIGENTES:

| RPPS                           |   |   |
|--------------------------------|---|---|
| TEMAS                          | SITUAÇÃO VIGENTE<br>(EC nº 20/98, EC nº 41/03 e EC nº 47/05)  | PEC nº 006/19   |
| TEXTO PERMANENTE               |   |   |
| Idade e tempo de contribuição: | * 55 (cinquenta e cinco) de idade, se m., ou 60 (sessenta) anos, se h., + 35 (trinta e cinco) anos de contribuição (h.) ou 30 (trinta) anos (m.) + 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público + 5 (cinco) anos no cargo efetivo. | * 62 (sessenta e dois) anos de idade, se m., ou 65 (sessenta e cinco) anos, se h., + 25 (vinte e cinco) anos de contribuição + 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público + 5 (cinco) anos no cargo efetivo. |
| Gatilho sobre a idade mínima:  | * inexistente.  | * Se aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira, na forma estabelecida para o RGPS – Regime Geral de Previdência Social, então aplica-se o mesmo ao RPPS.  |

m. ou M. = mulher; h. ou H. = homem

A PEC nº 006/19 inova em relação ao texto vigente ao incluir o gatilho sobre a idade mínima ao RPPS à semelhança do que venha a ocorrer no âmbito do RGPS em termos de ampliação de expectativa de vida, o que pode representar, apenas para fins argumentativos, transformar a aposentadoria num evento futuro e incerto (com absoluta incerteza em relação à ocorrência do evento aposentadoria antes da morte do segurado).

## REGRAS TRANSITÓRIAS

| RPPS                           |   |   |
|--------------------------------|---|---|
| TEMAS                          | SITUAÇÃO VIGENTE<br>(EC nº 20/98, EC nº 41/03 e EC nº 47/05)  | PEC nº 006/19   |
| REGRAS DE TRANSIÇÃO            |   |   |
| Regra de pontuação:            | * inexistente.  | * Somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem.   |
| Idade e tempo de contribuição: | * 60 (sessenta) anos (h.) ou 55 (cinquenta e cinco) anos (m.) + 35 anos de contribuição (h.) ou 30 (trinta) anos (m.) + 25 (vinte e cinco) anos de serviço público + 15 anos de carreira + 5 (cinco) anos no cargo. Reduz-se a idade mínima em 1 ano para cada ano que exceder o tempo de contribuição. | * 61 anos de idade (h.) ou 56 anos (m.) + 35 (trinta e cinco) anos de contribuição (h.) ou 30 anos (m.) + 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público + 5 (cinco) anos no cargo efetivo + regra de pontuação (tempo de contribuição + idade) = 86 (oitenta e seis), mulher, ou 96 (noventa e seis), homem.  |
| Gatilho sobre a idade mínima:  | * inexistente.  | * A partir de 2022, a idade mínima será elevada para 57 (cinquenta e sete) anos, m., 62 (sessenta e dois) anos, h.. A partir de 2020, a pontuação (somatória idade + contribuição) será elevada à razão de 1 (um) ponto ao ano, para ambos os sexos, até o limite de 100 (cem) pontos, se m., e 105 (cento e cinco) pontos, se h.. Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal estabelecerá a forma como a pontuação após o alcance da pontuação 100/105, quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os 75 (setenta e cinco) anos de idade. |

m. ou M. = mulher; h. ou H. = homem

A PEC n° 006/19 faz tábula rasa em face das ECs n° 20/98, EC n° 41/03 e EC n° 47/05 cujas regras de transição vigem, respectivamente, há 21, 16 e 14 anos, quebrando abruptamente a confiança legítima do servidor em se aposentar conforme os normativos em aplicação, gerando, com isso, insegurança jurídica e desprestígio do processo legislativo especialmente quanto ao uso da técnica de regras de transição.

Se é preciso que se faça algo quanto à Previdência Social (aposentadorias), isso não pode implicar fazer qualquer coisa, desprezando-se a dignidade da pessoa humana do servidor público.

Idade e tempo de contribuição não se restringem apenas a contas de chegada para fins de ajustes orçamentário-financeiros, eles são existenciais, já que representam a vida de alguém, o tempo de alguém.

A vida não pode ser resumida numa equação tão redutora ou numa contabilidade de ativos e passivos. Há de ser mais que isso, sob pena de não haver mais sentido falar em dignidade humana. Se o humano se dá na temporalidade (e não na linearidade do tempo do relógio), reduzi-lo a tempo que se compra e vende é subtrair-lhe a dignidade, frustrando qualquer possibilidade de exercício de liberdades fenomênicas que resultem em escolhas individuais de como viver. É restringir o humano ao seu trabalho e nada mais, numa conta de chegada que apontará sempre para o dinheiro.

Stein (2004, p. 299) reforça esse entendimento:

***“Tempo é dinheiro” é uma afirmação que lhe fixa o valor de mercado, mas se o tempo é mercadoria e como mercadoria é um agente de constante mudança, ele não oferece segurança. Justamente porque assim o tempo apenas sugere movimento contínuo, sem qualquer descanso ou realização. Logo, ao dizer que “tempo é dinheiro” o que efetivamente se diz é que tempo significa mudança, e assim ele não tem começo nem fim. O filósofo que recebe o tempo como oferta sabe que ele não é dinheiro, porque tempo não é medida nem é medível, mas isso só pode ser afirmado se o tempo é intensidade, se o tempo é o de repente, se o tempo é instante oportuno. (negritos nossos)***

A visão simplista e, portanto, redutora do tempo a mera questão monetária empobrece a sua discussão. O tempo ao ser a própria essência

da vida – vida é tempo e tempo é vida, ele ganha dimensão que não pode ser circunscrita a mero cálculo econômico.

Esquirol (2010, p. 53) pondera que o tempo não deva ser considerado apenas como um recurso precificável:

*Hoje em dia é preciso que redescubramos o tempo além da lógica e da terminologia do recurso e da disponibilidade. Visto como um recurso, o tempo é transparente e não opõe nenhum obstáculo à compreensão; em compensação, quando se sai da categoria de recurso, o tempo começa a mostrar-se também de outras maneiras mais profundas, mais secretas, mais cotidianas... **ampliando o campo semântico do termo "tempo", ampliamos o do termo "vida". Indo além do tempo como recurso, novos horizontes hermenêuticos se abrem para nós: o tempo como ritmo, o tempo como graça, o tempo como dom, o tempo como oportunidade... E então a palavra hegemônica já não será "priorização", nem a questão mais importante será a da "gestão"; uma e outra continuarão sendo usadas, mas terão um papel mais secundário, que é o que lhes corresponde. (negritos nossos)***

O legislador constitucional não pode atuar com desonestidade constitucional prometendo (transições) o que não pode (ou não quer) cumprir. Regras de transição são promessas constitucionais. Não pode haver uma impaciência constitucional que negligencie as transições.

Para Ost (2005, p. 196):

*Pela promessa, o futuro se torna menos imprevisível: é-lhe dado um sentido de forma normativa: "as coisas serão assim, porque me comprometo nisso"; este comprometimento não é questão nem de imaginação, nem de esperança, nem de cálculo estratégico, é da ordem da norma – uma norma que damos a nós mesmos.*

Nesse sentido, promessa rima com segurança jurídica, baliza sem a qual se torna impossível o falar em estado democrático de direito.

Prossegue (2005, p. 205):

*Em um regime de Rule of Law prevalece um contrato tácito, no fim do qual os governados só obedecerão enquanto as autoridades respeitarem, elas mesmas, as regras que adotaram (princípio "patere legem quam ipse fecisti"). Este contrato gera de uma parte e de*

*outra "expectativas legítimas", expectativas normativas: estamos, doravante, no direito de esperar das autoridades que respeitem sua palavra, do mesmo modo que elas mesmas podem contar com a nossa colaboração cívica. Uma ordem jurídica não é analisada, então, como a projeção da vontade unilateral e instantânea do soberano; deve ser compreendida, antes, como um sistema durável de interações e de compromissos recíprocos baseados na confiança. (negritos nossos)*

O Estado quando se compromete com regras de transição dá concretude ao Estado Democrático de Direito gerando confiança legítima em seus cidadãos e não pode frustrar as expectativas transmitidas, sob pena de tornar frágil e vulnerável qualquer concepção de segurança jurídica e muito menos de justiça social.

Shuenquener (2016, p. 293) assevera que:

*O elevado dinamismo da sociedade contemporânea e a forte influência que o Estado exerce sobre a vida dos administrados exigem uma preservação mais firme das expectativas legítimas originadas pela atuação estatal. Sem a preservação da confiança o desenvolvimento econômico de um país fica debilitado, e apenas relações jurídicas menos complexas tornam-se viáveis. A confiança é, portanto, um relevante e imprescindível redutor da complexidade nas relações sociais. Não se pretende, com a tutela da confiança, impedir a evolução do Direito, mas estimular que ela ocorra da forma menos traumática possível e sem fragilizar a reputação estatal. (negritos nossos)*

A reputação estatal tem saído deveras arranhada ao longo da recente história constitucional, gerando prejuízos expressivos à dignidade da pessoa humana do servidor público. Promessas se sucedem (transições de transições) e não se cumprem.

O servidor paulatinamente tem perdido a confiança nas palavras do texto constitucional. Confiança não pode ser confundida com simples esperança. Como construir um planejamento mínimo do tempo existencial se o Estado sequer respeita seus compromissos legislativos?

Desprezar a idade e o tempo de contribuição como existenciais acaba tornando a vida em sociedade inviável.

É preciso deixar claro que uma regra de transição não é impeditiva do progresso do direito, pelo contrário, ela é criada apenas com o objetivo de evitar alterações drásticas ou abruptas que frustrariam legítimas expectativas reconhecidas pelo próprio Estado como dignas de tutela.

O texto escrito de uma regra de transição tem de ser levado a sério, sob pena de desmoralização estatal. Costuma-se popularmente se afirmar que no jogo do bicho “vale o que está escrito”, ou seja, o vencedor quando acerta os números de sua aposta irá receber o respectivo prêmio e isso basta para que o apostador confie no recebimento da recompensa de sua aposta. Há um mínimo ético até na contravenção criminal.

Hoje em dia existe mais confiança na contravenção criminosa que na atuação do legislador, e isso não é bom para o Estado. A técnica das regras de transição vem ao encontro da necessidade de o Estado ofertar um mínimo de segurança jurídica aos que confiam em sua intervenção e não pode ser vulgarizada.

Não se defende aqui que o Estado seja impedido de fazer retroagir suas decisões legislativas, entretanto não se deve admitir que isso possa autorizá-lo a descumprir reiteradamente suas decisões políticas sob pena de frustrar toda a confiança legitimamente depositada pelos seus administrados no modelo de democracia vigente. Se o Estado estabelece uma regra de transição, então que ela cumpra sua função social, que ela consiga exaurir-se como ponte que interliga um sistema a outro.

Nas palavras de Shuenquener (2016, p. 306):

*O princípio da proteção da confiança também pode se prestar a compelir o Estado a criar disposições de transição. A proteção substancial através de regras de transição serve de instrumento para uma transição do Direito dentro dos parâmetros exigidos pelo critério da proporcionalidade. Quando a manutenção do ato estatal que serviu de base da confiança for inviável, a fixação de uma regra de transição será eficaz para simultaneamente possibilitar a mudança do ordenamento pretendida pelo Estado e para mitigar os efeitos danosos a uma expectativa legítima provocados por uma alteração súbita e de efeitos imediatos. (negritos nossos)*

Para proteger a confiança legítima de seus administrados, o Estado criou as regras de transição constantes das ECs nº 20/98, EC nº 41/03 e EC

nº 47/05 e agora a PEC nº 006/19 intenta fazer vistas grossas a toda essa construção legislativa.

No caso em análise, deve-se perguntar quantas transições seriam necessárias para que houvesse uma transição que efetivamente conseguisse exaurir-se e ser, assim, eficaz.

Imagine-se a situação de um relojoeiro retirando peça a peça de um relógio até descobrir o limite do desmonte, a partir do qual faria com que surgisse uma ordem do tipo “para! Se continuar não tem mais relógio!”. Até que ponto de sequências de transições surgiria esse “para! Se continuar não tem mais transição!”?

Quanto aos critérios de idade e de tempo de contribuição, a regra de transição mais longeva vige há 21 anos (EC nº 20/98) e ainda não se exauriu. Quanto anos a mais seriam necessários para haver uma transição completa, 40, 50 ou 60? Veja-se que a discricionariedade estatal não pode se converter em arbitrariedade.

A absurdidade relatada acima surge exatamente quando o Estado não considera o tempo como temporalidade, ou seja, o tempo como um existencial, tratando o tempo de vida do servidor público como mera estatística, um número vazio de conteúdo, e, portanto, sem sentido. Transformar a essência temporal da vida em atuária é mercancia da dignidade humana com a qual o Estado Democrático de Direito não pode se compadecer, sob pena de se desfigurar.

Paulo Modesto (2017, p. 12) assevera que “o direito transitório é a tradução do propósito de conciliar o passado com o futuro. Transitório é o passageiro, no sentido de provisório, mas é também o excepcional, porque se distingue da regulação que se pretende comum ou permanente”.

Transitório é marcado pelo tempo, fadado que está ao exaurimento de suas previsões. A transição possui uma vocação de ser elo entre um antes e um depois, daí a sua excepcionalidade. Nenhuma interpretação jurídica racional pode prescindir dessa noção.

Para Mello (2018, p.194), “o pensamento jurídico não pode ficar adstrito a um sistema de pretensão absoluta, isto é, à pretensão da lei de bastar a si mesma, de ser completa, fechada, de ter tudo”.

Nesse diapasão, a transição deve ser tratada como técnica que aponta para o tempo como temporalidade existencial, não podendo descuidar de que a vida do servidor público é um conjunto finito de tempo, tempo aqui entendido como um existencial merecedor de tutela.

Ao focar os novos caminhos da hermenêutica jurídica, Mello (2014, p. 11) diz que:

*É na esteira da filosofia existencialista que **a pessoa ganha status de questão prévia para o ordenamento jurídico**, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos encontrados no sistema jurídico. (negritos nossos)*

A dignidade humana do servidor público deve ser tratada como uma “questão prévia para o ordenamento jurídico” merecedora do devido respeito legislativo pautado num mínimo de eticidade.

Mello (2008, p. 112) adverte que “O homem, a partir da analítica existencial, é o próprio Dasein, apresenta um caráter ontológico, antes de qualquer teorização”. Isso aponta para a necessidade de a hermenêutica jurídica deixar de ser apenas reprodutiva e passar a ser promotora dos fundamentos que dão sustentação originária ao próprio sistema jurídico obviamente centrado na noção de dignidade da pessoa humana, via sem a qual se torna inexequível qualquer tentativa de edificação de um Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÕES

Uma coisa que quer ser, mas não é. Uma transição que não é transição porque não transita, ou seja, não se exaure, ainda que o tente por 21 anos (EC n° 20/98), 16 anos (EC n° 41/03) ou 14 anos (EC n° 47/05).

A palavra transição não é sem sentido ou um conceito baseado no vazio, ela tem sua genética e não está assentada em um nada. Uma transição só se dá em seu tempo, em suas circunstâncias.

Quando há uma transição que não se exaure porque não chegou a transitar, cria-se uma situação semelhante a uma resposta cuja existência é anterior à pergunta, um tipo de des-fenômeno, um estratagema que desfaz o feito antes de sua concretude.

Tal situação, salvo má fé de alguém que possa defendê-la por razões ideológicas, agride o princípio aristotélico da não-contradição, ou seja, uma coisa não pode ser e não ser simultaneamente num mesmo aspecto.

Restringir a Previdência Social a um foco estritamente numérico é um equívoco e uma injustiça. A Previdência além de ser um problema fiscal e também um problema de equilíbrio orçamentário, ela também é gente e, assim, dignidade humana. Circunscrever o debate a uma cifra qualquer a ser obtida em dez anos torna raza a análise, o que não pode prosperar.

A Previdência afeta a vida de milhões de seres humanos e suas dignidades e projetos de vida. É preciso levar as transições constitucionais a sério, sob pena de quebra de eticidade do processo legislativo, abalando severamente a segurança jurídica, a confiança legítima, a boa fé e o Estado Democrático de Direito.

Alterar regras de transição como se troca de roupas tem o condão de gerar acentuada imprevisibilidade de comportamentos do Estado. Isso pode sinalizar um estado de coisas que desrespeita um mínimo ético, disseminando uma crença de que o Estado possa estar laborando com desonestidade constitucional. Poder-se-ia até levantar a ocorrência de um estado de coisas inconstitucional. O tema 'estado de coisas inconstitucional', dado à sua amplitude, refoge e muito aos limites epistêmicos propostos para este artigo, embora deva e possa ser pesquisado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BORGES, Jorge Luís. **Nueva refutación del tiempo**. Obras Completas. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Volume 1. Petrópolis, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm)>. Acesso em 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda constitucional 47, de 05 de julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm)>. Acesso em 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AC0D395385CE7E7874CAF3E0E828E43.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AC0D395385CE7E7874CAF3E0E828E43.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019)>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BULFINCH, Thomas. **O livro de outro da mitologia: histórias de deuses e heróis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

ESQUIROL, Josep M. **O respirar dos dias – uma reflexão filosófica sobre a experiência do tempo**. Belo Horizonte, MG: Autêntica Editora, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os conceitos fundamentais da metafísica – mundo, finitude, solidão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

\_\_\_\_\_. **O conceito de tempo**. São Paulo: USP, Cadernos de tradução nº 2, 1997.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2002.

JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

KLEIN, Etienne. **O tempo passa (?)**. São Paulo: Editora 34, 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito e(em) verdade – os novos caminhos da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

\_\_\_\_\_. **Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea: um atuar dinâmico da magistratura na perspectiva civil-constitucional: a (re)produção do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

MODESTO, Paulo. **Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 15, 2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência do tempo**. Bauru, SP: Edusc, 1997.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia – limites de um paradigma**. Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

---

# *DO JUDAÍSMO NÃO SE ESCAPA: DIREITO HEBRAICO EM HANS KELSEN<sup>1</sup>*

---

*Ari Marcelo Solon<sup>2</sup>*

**Resumo:** Nesse trabalho se pesquisou as influências diretas e indiretas do judaísmo (Torah e Hallakah; e o direito hebraico como um todo) em Hans Kelsen (1881-1971). A influência direta é assumida por Kelsen ele próprio (e por Schmitt, com viés polemicista). Em paralelo, a influência indireta é aqui postulada através da presunção de que existe uma analogia estrutural entre o direito hebraico e a Teoria Pura do Direito na fase tardia e realista de Kelsen. Para tanto são mobilizadas três estratégias: primeiro, explora-se a impossibilidade de se compreender ou mesmo de se traduzir a Torah como lei ou direito positivo (Gesetz). Essa impossibilidade abre um espaço para medir algumas mudanças de posicionamento na obra de Kelsen à luz da prática do direito hebraico, revelando assim alguns paralelismos ou espelhamentos, na esteira de Levontin. Segundo, analisa-se a relação atribuída a Kelsen na época e pela historiografia posterior com o Movimento pelo Direito Livre. Terceiro, explora-se o que é por vezes chamado como seu retorno pessoal ao judaísmo, bem como sua descendência do místico e rabino Yonathan Eibeschütz.

**Palavras-Chave:** Hallakah; Nomos; Gesetz; Direito Hebraico; Realismo jurídico.

## **ONE DOES NOT ESCAPE JUDAISM: JEWISH LAW IN KELSEN'S THOUGHT AND WORK**

**Abstract:** This work presents the research of the direct and indirect influences of Judaism (Torah and Hallakah, and Hebrew law as a whole) in Hans Kelsen (1881-1971).

---

<sup>1</sup> Traduzido do inglês por Ricardo Martins Spindola Diniz. Revisão do autor. Esse artigo foi originalmente publicado em uma versão preliminar como *working paper* no periódico *Cadernos de Pós-Graduação (USP): Estudos e Documentos*. A pesquisa ora apresentada integra o projeto de pesquisa do autor, “Fenomenologia Hermenêutica do Direito” no âmbito do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP. Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP

The direct relation is assumed by Kelsen himself (and by Schmitt, with a polemicist bias). In parallel, indirect influence is postulated through the assumption that there is a structural analogy between Hebrew law and the theory of law in the late and realistic phase of Kelsen. For this, it is mobilized three strategies: first, an impossibility of pronouncing or even translating Torah as law or positive law (Gesetz) is explored. This impossibility opens a space to measure some changes of perspective in Kelsen's oeuvre in the light of the practice of Hebrew law, thus revealing some parallels, just as Levontin had done in his Kelsen's memorandum. Second, we analyze the relation attributed to Kelsen at the time and by historical posteriority with the Free Law Movement. Third, it is explored what is called as Kelsen's personal return to Judaism, as well as his family relation with the famous mystic and Rabbi Yonathan Eibeschütz.

**Key-Words:** Hallakah; Nomos; Gesetz; Hebrew Law; Legal realism.

*Eu ouvi dizer que há muitos entre aqueles que adicionam acima das dez sefirath mais uma sefirath no Infinito, o que levaria a suposição que se tem no começo do kether elyon algo escondido no Infinito, que seria a Causa das causas... (SCHOLEM, Gershom. *Ursprung und Anfänge der Kabbala*, 392)<sup>3</sup>*

*Eu acredito também que os pensamentos presentes na Teoria Pura do Direito sejam uma espécie secularizada de "fé judaica na Lei", o que é algo muito interessante e também evidente. De fato, muitos judeus "assimilados", cristãos não-denomicionais ou batizados, apenas através da perseguição nazista se voltaram conscientemente à sua antiga tradição e religião. O que antes era motivo de fuga no século 19 para não ser um estranho, então se transformou em uma questão inerente. Um retorno aos pais! É assim que imagino ser o caso de Kelsen. As muitas observações antisemitas na Alemanha contra ele (Schmitt!), de que teria esquecido seu judaísmo, fazem-se agora impossíveis. (Michael Stolleis, em e-mail ao autor)*

## INTRODUÇÃO

Nesse trabalho se pesquisou as influências diretas e indiretas do judaísmo (Torah e Hallakah; e o direito hebraico como um todo) em Hans Kelsen (1881-1971). A influência direta é assumida por Kelsen ele próprio (e

---

<sup>3</sup> "Eu ouvi dizer" (*Ich habe gehört*) se refere a uma amplamente difundida citação do Rabino Abraham de Köln, a terra de meus ancestrais, contra Nachmanides, quem figura como o ancestral espiritual de Kelsen, conforme demonstrado nesse trabalho. Meu avô – também da região de Köln -, Rudi Strauss, foi nomeado também como Abraham Bem Mosche: de fato, seu nome se refere aos dois rabinos mencionados. Moshe era Moses Strauss, quem lutou contra a ocupação do belo Reno durante a Grande Guerra, rio que me foi mostrado pelo Dr. Henning Kahmann durante minha estada no Instituto Max Planck, onde eu pesquisei como Stipendiat durante Agosto de 2012 graças ao convite do Prof. Thomas Duve. Eu também gostaria de aproveitar a oportunidade de agradecer a minha colega Monica Linhares da FMU por me substituir nas minhas turmas na instituição (em São Paulo) e o Professor Hans-peter Haferhamp por sua vibrante recepção no seu grupo de pesquisa de excelência.

por Schmitt, com viés polemicista). Em paralelo, a influência indireta é aqui postulada através da presunção de que existe uma analogia estrutural entre o direito hebraico e a *Teoria Pura do Direito* na fase tardia e realista de Kelsen.

Nossa hipótese principal é que a mudança na metodologia kelseniana não foi resultado de sua inserção no ambiente acadêmico norte-americano, marcado pela epistemologia empiricista, em negação do neokantismo, e sim em razão direta para com a consciência judaica que Kelsen assume em um ponto específico da sua vida. Essa interpretação contradiz as próprias asserções de Kelsen ao longo de sua obra, de um ateísmo militante e ultraracionalista defensor da completa secularização pelas ciências (em uma espécie de religião secular). Aqui também se oferece uma explicação para esse posicionamento. Outros aspectos ideológicos da obra kelseniana, como o conceito social e Lassaliano de justiça, bem como sua consciência nacional austríaca e germânica,<sup>4</sup> serão tocados apenas tangencialmente.

Uma maneira de começar a montar o arquivo das forças que historicizam e situacionam a obra de Hans Kelsen seja destacando um memorando escrito em 1967 pelo professor Levontin, no qual Kelsen respondeu a algumas especulações acerca das influências diretas do judaísmo na sua obra e pensamento.<sup>5</sup> Levontin teve a oportunidade de propor três questões a Kelsen quanto a influência do judaísmo na Teoria Pura do Direito.

A primeira questão pedia pelo esclarecimento positivo ou negativo quanto a existência de qualquer influência judaica (consciente ou inconsciente) na essência de um projeto de uma ciência do Direito abstrata. Não seria a aspiração por uma teoria formal do Direito (ou, enunciada especificamente, uma ciência do Direito) um produto de um gênio universal e cosmopolita ao invés de um gênio nacional e cultural puro e isolado? Kelsen não discordou da direção da pergunta, mas pontuou que em sua opinião a influência austríaca em sua teoria seria mais dominante, em razão do fato da Áustria ser um Estado multinacional.

A segunda questão tentava descobrir se haveria alguma influência judaica (consciente ou inconsciente) na busca por uma autoridade fundamental ou presumida em toda situação jurídica, sendo exemplo de

<sup>4</sup> “Mais forte que tudo isso, mais forte que a razão e a moralidade, é o curso da história recente que zomba de tudo isso que tem como produto a Áustria de hoje, e mais forte que a própria Áustria é seu desejo de ascender à pátria alemã”. (KELSEN, 1923, p. 238)

<sup>5</sup> Eu gostaria de agradecer ao Prof. Izhak England, quem me enviou seu trabalho Petach Davar, e especialmente prestar meus tributos aos esforços do Prof. Levontin, quem me respondeu através das mãos de sua esposa e da mediação de seu filho um email a respeito de seu memorando kelseniano.

tanto a insistência, por exemplo, de que as regras contratuais do direito privado derivariam de uma norma fundamental de direito público? A razão por trás dessa questão se encontra na tradição do direito hebraico (Moréshet Israel), em que se pressupõe que as palavras da Torah (Devarim d’Oraita) têm mais força que as palavras dos sábios. Nas palavras do Prof. Levontin, pareceu que nesse caso Kelsen concorda com a proposição, sem destacar dessa vez qualquer outra influência dominante.

A terceira questão lidava com a relação entre a teoria kelseniana e a teoria de John Austin, buscando descobrir se em algum sentido a teoria de Kelsen poderia ser caracterizada como monista, enquanto a de Austin, dualista. Em uma perspectiva dualista, identificar-se-iam dois lados: de um, o governante oposto aos governados, no outro. O primeiro comanda o segundo e o segundo deve obedecer o primeiro. Kelsen, ao contrário, seria um monista quem apenas vê um único e contínuo processo jurídico –esquematizado pela teoria da estrutura escalonada do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*) –, ao invés de uma duplicidade entre governantes e governados. Não haveria aqui a emergência da influência do monoteísmo judaico? Também nesse ponto Kelsen pareceu concordar sem reservas com as considerações de Levontin.

Tem-se uma segunda entrada nesse arquivo na homenagem escrita pelo professor Max Knight após a morte de Hans Kelsen em 1973: (KNIGHT, 1973)

*Kelsen não fez segredo de que vivera em uma Viena antisemita, tendo sido batizado ainda jovem para não ser prejudicado em sua carreira. O batismo nunca foi revogado. Contudo, décadas depois, Kelsen voltou para o judaísmo. O retorno ocorreu em Genebra, em 1940, quando um rabino perguntou se ele se considerava católico. Kelsen disse então que ele era um judeu, e tem-se considerado esta declaração como seu retorno não-oficial ao judaísmo.*

A terceira entrada pode ser identificada no escrito polêmico e cheio de preconceitos que Schmitt oferece em 1936 contra Kelsen e sua escola, apelidando-a como “A Escola Vienense do judeu Kelsen”. Schmitt acusava Kelsen e seus pupilos de construir uma escola anti-científica e ideológica, dado que os juristas judeus teriam o estranho hábito acadêmico de citarem exclusivamente uns aos outros:

*Eu apenas chamo a atenção para a insolente indiferença com a qual os membros da Escola Vienense do judeu Kelsen citam a si mesmos*

*exclusiva e mutuamente, com uma – para nós, alemães, inconcebível – crueldade e imprudência no desconsiderar de opiniões diferentes. (SCHMITT, 1936, p. 1193-1195)*

A obra *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft* de Hugo Sinzheimer, publicada em 1938, tentou acertadamente se proteger contra os ataques verbais de Schmitt. Nas palavras do autor, “o título dessa obra” deveria “ofender a todos aqueles que estejam acostumados a considerar cientificamente um jurista não pela sua origem, mas a julgar do valor de suas obras.” (SINZHEIMER, 1953, p. 1) Pode-se observar, assim, que os principais doze juristas discutidos nesse livro eram de fato de origem judaica, mas não eram inspirados pelo direito hebraico - quais sejam, Friedrich Julius Stahl, Levin Goldschmitt, Heinrich Dernburg, Josef Unger, Otto Lenel, Wilhelm Eduard Wilda, Julis Glaser, Paul Laban, Georg Jellinek, Eugen Ehrlich, Philipp Lotmar e Eduard von Simson. (Cf. HEINRICHS; FRANZKI; SCHMALZ; STOLLEIS, 1993)

Nossa questão, portanto, não diz respeito a origens. Quer-se saber se a contribuição kelseniana teria uma relação especial para com o impacto do direito hebraico em suas próprias reflexões. Em um sentido similar, e de maneira concludente a essa introdução do problema, escreveu Schmitt em carta a seu editor: (2007, p. 313)

Novamente: o normativismo de Kelsen e a identificação do Estado com a lei é apenas possível se não se vive no Estado, mas “na Lei” (*‘im Gesetz’ lebt*). Lei que pode ou poderia ser a Torá, mas dificilmente o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

## **1. IM GESETZ LEBEN: NOMOS VS TORAH**

Assim, qual é a influência da Torah no pensamento de Kelsen? Tenta-se aqui oferecer uma resposta plausível interpretando-o no sentido do memorando de Levontin, e não quanto as suas origens. No que se segue eu gostaria de, inicialmente, explorar a impossibilidade de se compreender ou mesmo de se traduzir a Torah como lei ou direito positivo (*Gesetz*). Essa impossibilidade abre um espaço para medir algumas mudanças de posicionamento na obra de Kelsen à luz da prática do direito hebraico, revelando assim alguns paralelismos ou espelhamentos, na esteira de Levontin.

O primeiro deles diz respeito à compreensão do julgamento rabínico e de sua relação com a Torah, de um lado, e a concepção da decisão judicial como um ato de vontade. O segundo, de todo entrelaçado ao primeiro, diz respeito à distinção entre normas jurídicas e proposições jurídicas, uma conceituação aqui se defende da distinção entre o fundamento de uma norma e sua justificação e que implica na ausência de conexão lógica entre a norma geral abstrata e a norma individual concreta, que encontra paralelo na compressão judaica da relação entre a decisão rabínica e a Torah. Em terceiro, indica-se como essa ausência de conexão lógica informa a reconsideração de Kelsen a respeito da norma hipotética fundamental e deu espelhamento na compreensão talmúdica da existência de uma pluralidade de interpretações a respeito da Torah.

Assim, de imediato pode-se colocar que a Torah não é o mesmo que a lei positiva. Ela significa um todo de instruções voltadas para a justiça contra a opressão, em um sentido muito próximo da concepção democrática do *nomos* grego, se se considera a Israel da Era Axial, no período do séc. V a.C. Também o primeiro código de leis romanos, as assim chamadas Lei das XII tábuas, concebidas no ano 450 a.C., veiculavam, argumentavelmente, um sentido também próximo àquele do *nomos*, como a reunião de ensinamentos condensados a respeito da justiça. Pode-se falar assim em uma sincronização entre a Torah renovada pelos judeus sob a liderança de Esdras e a adoção de leis fundamentalmente democráticas na Grécia.<sup>6</sup>

A identificação da Torah com o direito positivo advém de uma sua tradução no Septuagenário grego, como *nomos*. No *Nomos der Erde* é perceptível o esforço de Schmitt em provar que *nomos* é traduzível como lei (*Gesetz*) apenas em razão do imaginário do direito hebraico, que determinaria a tradução fatal de Cícero, em que *nomos* se transformou em *lex*, por influência de Philo Judaeus. (SCHMITT, 1974; COVER, 1993) Para Schmitt, *nomos* (avindo do verbo *nemein*) não tem nenhuma relação para com a lei positiva (*Gesetz*). Concomitantemente, Schmitt argumenta que a ideia do *nomos* teria aparecido anteriormente, nas obras de Homero, contrariamente ao entendimento de Pascal e Philo, ambos os quais afirmavam a anterioridade da Torah.

---

<sup>6</sup> “Trata-se do corte mais radical contra o antigo Oriente, no qual se tem o reinado dos mediadores entre o mundo terreno e o mundo celestial, mas também a mais profunda violação da compreensão da realeza, conforme encontrada no Antigo Testamento, como nos Salmos do rei ou na lei do rei deuteronômico, por exemplo. As instituições retornam do reinado à vontade única do povo, portanto. Tanto no início de Israel quanto na Grécia da mesma época se afirma esse senso de justiça (*Gerechtigkeitsgefühl*).” (CRÜSEMANN, 1993: 24)

Schmitt está correto, de certo modo, em afirmar que o sentido original de *nomos* não corresponde ao de direito positivo, mas no ato de dividir, relacionando-se ao agir concreto de divisão da terra. Contudo, sua interpretação baseada na obra de Bogner, *Die verwirklichte Demokratie*, restringe a emergência do *nomos* em seu sentido original exclusivamente à polis Homérica, deixando de lado a polis posterior a Solon, em que seu centro deixou de ser o *Areopagos* e passou a ser a *ágora*, passando da religião às leis escritas fundadas nos ideais da isonomia. Como se encontra no Deuteronômio da mesma época: *A Torah não está nos céus*. (Deut. 30, 12)<sup>7</sup>

É impressionante que no tratamento contemporâneo e jurídico-acadêmico do direito hebraico se tenha adotado uma perspectiva positivista, diretamente influenciada pela primeira fase do modelo kelseniano, como é o caso do clássico *Mishpat Ivry*, escrito por Menachem Elon, no qual a *Grundnorm* kelseniana é expressamente mencionada. (ELON, 1973, p. 230-234) O que se desconsidera nessa estratégia de abordagem é que a natureza do direito hebraico é mais fielmente compreendida através de um modelo pluralista e realista da ciência do Direito.<sup>8</sup> O modelo positivista e normativista da ciência do Direito não se aplica ao direito bíblico porque a Torah concebida nas escrituras sagradas não consiste em um sistema de regras aplicáveis lógico-dedutivamente pelas cortes e a justiça não é compreendida como um critério externo. Tem-se em Provérbios 25-7: 9 um exemplo que corrobora a presente perspectiva, na medida em que nele se indica que a adjudicação pelas cortes não é mandatória. Em paralelo, o Código da Aliança consiste em regras autoaplicáveis, desenhadas para permitir que as partes determinem o resultado e executem as soluções normativas sem qualquer recurso ao julgamento de um terceiro intermediário.

As *Mispatim* do Código da Aliança são exemplos de leis prudenciais *wisdom-laws*, na precisa expressão de Bernard Jackson, em que sua vigência e realização são tarefas dos próprios atores. Conforme a teoria de David Daube, o direito bíblico tem um estágio inicial constituído por instituições

<sup>7</sup> Existe uma lenda no Talmud acerca de um jurista quem foi derrotado ao clamar aos céus por milagre após milagre como prova da correteza de sua decisão. No final, uma voz divina informou ao jurista que a Torah não está nos céus.

<sup>8</sup> Esse modelo se encaixa na fase tardia irracionalista do pensamento de Kelsen, mais bem fundamentada, na minha perspectiva, que a primeira, bem como melhor aplicável ao direito hebraico e ao direito romano (Cf. KOSCHAKER, 1938, p. 28), bem como ao direito comum anglo-saxão e ao direito islâmico, todos os quais se realizam sem amparo em um precedente legislativo lógico e direito.

arcaicas e consuetudinárias. A Halakhah não é compatível com teorias do direito hebraico que se apoiam na teoria kelseniana da *Grundnorm*, em sua primeira fase. A teoria proposta por Elon, na qual a Torah apareceria como uma lei fundamental a vincular o sistema jurídico judaico seria exemplo disso.

Em suma, por que a axiomática kelseniana da primeira fase não se encaixa no direito hebraico? Primeiro, porque o direito hebraico não é um sistema unificado. Segundo, o direito hebraico não se baseia em uma única e autoritativa fonte de direito. Seguindo os caminhos de suas origens bíblicas, o Talmud oferece, por exemplo, ideais pluralistas acerca do direito:

*R. Jônatas disse: Jerusalém foi destruída apenas porque lá se julgou de acordo com as leis da Torah. Quando então eles deveriam ter julgado como se fossem árbitros imaturos? Mas assim se diz: porque eles basearam seus julgamentos estritamente nas leis da Torah, e não foram além do exigido pela lei. (Beba Mezia, 30b)*

A possibilidade de um juiz rabínico decidir um caso em desacordo com a Halakhah mostra que o velho e ortodoxo modelo positivista kelseniano não se aplica à prática do direito hebraico. Paradoxalmente, a segunda fase kelseniana, – que se deixa entrever de maneira embrionária já na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, por exemplo (Cf. JACKSON, 1985, p. 80) – marcada por um forte realismo jurídico, oferece um melhor modelo se se leva em consideração a linguagem religiosa e paidética da Halakhah. O processo halakhico ora rapidamente exemplificado, fundado na explicação teológica da lei, prova o que Bernard Jackson concluiu em um ensaio antigo, mas irrefutável, intitulado *Kelsen between formalism and realism*:

*A diferença entre o fundamento de validade e a justificação da validade de uma norma reflete a escolha de Kelsen por adotar uma radical distinção entre normas jurídicas (enquanto atos de vontade de órgãos jurídicos) e proposições jurídicas (tratando-se de proposições linguísticas entre as quais só é possível projetar relações de inferência). Assim, Kelsen negou a possibilidade de qualquer relação silogística entre as normas elas próprias, dado que um ato de vontade podia ser realizado apenas em relação a fatos que o ator sabia existentes: "... apenas a corte, que estabeleceu que Smith furtou um cavalo do fazendeiro, pode querer que ele deva ser enviado a prisão como um ladrão. Assim, como o juiz não é o legislador, seu ato de vontade não pode estar implícito no ato de vontade de outro*

*homem”; o legislador não tem ciência de Smith, ou do fato que ele furtou um cavalo, e assim sendo não pode querer sua prisão. Mas a verdade da proposição não implica a validade de qualquer norma, dado que a proposição pode ser verdadeira sem qualquer ato de vontade (em relação a Smith) ter sido praticado por qualquer órgão jurídico. (JACKSON, 1985, p. 90)*

Conforme explica Jackson, ao ir além da posição elaborada na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, quando Kelsen passa a negar a existência de uma conexão ou correspondência lógica entre a norma superior e a norma inferior – admitindo tão somente uma tal relação no tocante as suas proposições e, por conseguinte, ao tratamento doutrinário desses objetos jurídicos (KELSEN, 1986, p. 333-342) –, sua compreensão é praticamente idêntica a de um realismo jurídico que vê nas normas gerais e abstratas meros pontos de partida históricos para a solução de situações práticas. (1985, p. 91-92) Esse mesmo realismo é evidente na reconsideração da teoria da *Grundnorm* na fase tardia de Kelsen – não mais como uma hipótese, mas como ficção. (KELSEN, 1986, p. 328-329) Reconsideração que encontra, por sua vez, paralelo na controvérsia entre Shammaitas e Hillelitas. A disputa entre essas duas escolas de interpretação judaica foi resolvida pela intervenção de uma voz divina (bat kol) que proclamou o seguinte: “Ambas as opiniões são as palavras do Deus vivo”. Que quer dizer que o direito divino é concebido pluralisticamente, concepção que encontra fundamento na revelação direta (no caso, sequer através de um profeta) por Deus ele próprio. Esse pluralismo entra em confronto direto com a tentativa de se identificar o direito hebraico com o esquema proposto inicialmente por Kelsen para dar conta da estrutura da ordem jurídica, no qual o jurista supostamente pressuporia uma norma fundamental, o que, no campo do direito hebraico, implicaria na projeção de uma norma originária, a estipular que tudo aquilo escrito na Torah vincula o direito hebraico. Nas palavras de Menachem Elon quem, na fidelidade ao material que tenta esquematizar kelseniana-positivisticamente, acaba por expressar aquilo ora sugerido, se a Constituição é a Torah, no que diz respeito aos fundamentos da Constituição, “nós deixamos o campo da Ciência do Direito e passamos para a esfera da fé.” (1973, p. 1223)

Assim, uma perspectiva crítico-realista não reduz a Halakhak à noção positivista de um sistema jurídico. Curiosamente, essa visão vem do velho Kelsen e sua posição irracionalista, quem destrói pouco a pouco seu

positivismo, indo além, indicando tal qual a Halakha, mas também come direito islâmico, implode as categorias deônticas hohfelidianas. Na *Teoria Geral das Normas*, assim, vê-se Kelsen falar em quatro “funções da norma”, correspondendo então a quatro modalidades deônticas: impor, permitir, autorizar e derogar, (1986, p. 120 e ss.) em contraste à posição anteriormente adotada na Teoria Pura do Direito, então restrita às três modalidades tradicionais. Uma mesma rejeição quanto a sua suficiência se encontra na Halakhah, segundo Jackson: (2012, p. 17-18)

*A halakhah, por outro lado, rejeita a suficiência dessas três modalidades deônticas. Porque a estrutura rabínica implica que o comportamento possa ser recomendado (ou, inversamente, desencorajado), bem como prescrito, permitido ou proibido. De fato, o direito islâmico explicitamente adota essa classificação quádrupla das modalidades. O direito hebraico não sistematiza a questão nesses termos, de fato; contudo, instituições como a Middathasidut claramente implicam na existência desse campo mais amplo de modalidades deônticas.*

É comum constatar que o judaísmo rejeita uma separação entre direito e moral. Admitidamente e mais precisamente, reconhece-se uma distinção entre Halakhah (ensinamentos vinculantes) e Aggadah (instruções através de narrativas e outros modos). Ainda assim, os valores morais do judaísmo estão integrados na Halakhah. A Halakhah não é um sistema de normas, mas um modo de delegação não-sistemático para autoridades carismáticas, as quais decidem, as vezes, em desacordo com a Torah. Assim, a Halakhah exige para sua compreensão não um modelo positivista, e sim um modelo jurídico-realista. Afinal, o Talmud é cheio de casos que são decididos em desacordo com a lei. De todo conexo a essa constatação tem-se o reconhecimento no âmbito do direito hebraico entre a Halakhah, equivalente nesse contexto a uma espécie da lei na teoria (*law in books*), e Ma’aseh, lei na prática (*law in action*).

Essas duas manifestações de “realismo jurídico” na prática e autocompreensão do direito hebraico indicam dois diferentes aspectos do papel judicativo, concebido no âmbito do judaísmo. De um lado, trata-se de uma posição que confere aos juízes a possibilidade de se desviar da lei; de outro, o juiz assume uma responsabilidade extremamente pessoal e de caráter religioso, que o vincula a tomar decisões que não colocarão a essência do direito hebraico em risco. Por fim, ao contrário das Instituições de Gaius, que se iniciam com uma lista de fontes do direito romano, não se encontra

nenhum equivalente na literatura rabínica mais antiga. Ao contrário, tem-se uma listagem dos Middot, as formas não-lógicas de argumentação a serem aplicadas aos textos das Escrituras.

## 2. O MOVIMENTO PELO DIREITO LIVRE E HANS KELSEN: A VINCULATIVIDADE DA TORAH

O mais importante historiador do Movimento pelo Direito Livre (*Freirechtsbewegung*), Lombardi, inclui, corretamente na minha perspectiva, Kelsen dentre os membros desse movimento intelectual. Teria o direito hebraico se apresentado a Kelsen através de seu envolvimento, maior ou menor, com o Movimento do Direito Livre? De fato, a maioria dos assim chamados *Freirechtler*, advindos do neokantismo, visavam superar – ou compreender em outros termos – a dicotomia entre *Sein* e *Sollen*. Por conseguinte, a justiça do caso concreto aparecia para o Movimento como um ato volitivo de concretização da lei pelo juiz, em um processo que se desenvolveria à distância do *Sollen* abstrato. (Cf. KELSEN, 1986, p. 70-76) À pergunta direta quanto aquilo que reunia Kantorowicz, Ernst Fuchs e Kelsen, encontra-se em Lombardi a seguinte resposta: “O judaísmo e o socialismo se definiam juntos de uma maneira mais ou menos consciente em uma posição profético-escatológica (e, portanto, crítica do presente)”. (LOMBARDI, 1975)

Admitidamente, no direito hebraico o fato concentrado na fórmula *summum ius summa iniura* (que, segundo Del Vecchio, advém do Talmud, muito embora tenha sido assim expressado por Cícero, no *De officiis*, I, 10, 33) se curva ao princípio da equidade (*lifnim mi shurat ha din*, isto é, aquilo que está dentro da linha da justiça)<sup>9</sup>, bem como clama pela execução da lei com Justiça (*Mishpat u Tsedaka*). Por conseguinte, muitos casos no direito hebraico podem ser descritos de modo a enfatizar o agir individual – por sua própria vontade – em harmonia com o espírito da equidade.

Nesse diapasão se insere as considerações de David Daube acerca da criatividade nos direitos romano e hebraico: (1992)

*Não surpreende que uma grande parcela da exegética rabínica corresponde ao tipo exemplificado em Roma pela emancipação,*

<sup>9</sup> Eu sou grato ao Prof. Rabello por me esclarecer esse ponto a respeito da relação entre a fórmula ciceroniana e o princípio do direito hebraico.

*ao se perverter a provisão penal das XII tábuas em uma autorização para uma nova instituição jurídica. Em outras palavras, não se trata nem de uma interpretação literal nem de uma interpretação liberal, mas uma interpretação incorreta. São exemplos de tanto: lutar no Sabbath, batismo de convertidos, lavar as mãos antes de uma refeição, os modos reformados de pena capital e penas pecuniárias no lugar de retaliação.*

Segundo Boaz Cohen, por sua vez, em sua análise da justiça sendo amplificada pelo princípio da discricionariedade judicial, conforme estabelecido no Talmud, “a jurisprudência dos interesses é o cumprimento da tarefa prática da jurisprudência, na busca pelo conteúdo da lei”. (2012) Trata-se, no fundo, de uma interpretação extremamente precisa do sentido da jurisprudência rabínica. E assim e de tal modo que o grande jurista Philip Heck, valendo-se, infelizmente, da *Lingua Tertii Imperii*, quando tenta demonstrar o oposto, acaba provando como o Movimento pelo Direito Livre está relacionado ao judaísmo: (1936, p. 151)

*Encontra-se no Juristischen Wochenschrift a alegação de que a Jurisprudência dos Interesses é derivada de uma perspectiva judaica. Kantorowicz é o principal representante do Movimento pelo Direito Livre e não da Jurisprudência dos Interesses. O último adversário do método teleológico, Kelsen (sic) não é ariano e o mesmo se aplica aos diferentes representantes da doutrina do Direito Livre e da escola sociológica, como Ehrlich, Fuchs e Sinzheimer. Todos aparentam muito mais o radicalismo não-ariano do Direito Livre do que a nossa doutrina moderada e sóbria.*

### **3. AS RAÍZES DE KELSEN: AQUILO QUE É MELHOR VELAR QUE REVELAR (AGNOM)**

Em que pese seu ateísmo declarado, tem-se uma influência direta e indireta do judaísmo na filosofia do Direito de Kelsen. Historicamente, um de seus professores no ateísmo foi Fritz Mauthner, quem assim comenta acerca da formação de sua visão de mundo em suas memórias: (1918, p. 110-123)

*O pai da minha mãe era o velho que mais provavelmente valeria ganhar uma biografia. Quando jovem, no final do século XVIII, ele teria sido da seita dos franquistas, que recrutavam seus seguidores entre judeus cabalistas e renegados, e esperava e enxergava em*

*qualquer novo Messias um consumidor de Jesus Cristo. Meu avô parece ter sido um oficial dessa seita militarmente organizada (no castelo de Franks em Offenbach) que guardou consigo, após o fim do movimento, documentos e uma imagem da "Rainha".*

Por outro lado, conforme agora é bem sabido, Kelsen é um descendente direto do Rabino Yonathan Eibeschütz, o mais importante rabino do séc. XVII (Margareth Bondi Kelsen sendo uma sua descendente direta).<sup>10</sup> Yonathan Eibeschütz é considerado até hoje no campo ortodoxo, com o qual eu concordo, como um gênio incontestável em pelo menos três áreas da criatividade religiosa judaica: Talmud e direito hebraico (Halakha); ética familiar e pregação popular; e Cabala.

Para os historiadores liberais, pelo contrário, (GRAETZ, 2002)

*Jonathan Eibeschütz veio de uma família polonesa cabalista. Com uma mente clara, engenhosa, cristalina e presenteado com uma memória brilhante, Jonathan, órfão ainda jovem, teve uma educação desordenada ou, em razão da corrupção de seu tempo, teve apenas dois objetos para trabalhar seu cérebro. As vastas áreas do Talmud, com seus labirintos labirínticos e a arrebatadora Cabala, com seus bancos ricos em penhascos. O primeiro ofereceu a sua sóbria compreensão e o segundo a sua desregrada imaginação material mais que suficiente. Com seu julgamento minucioso, ele poderia ter se transformando em um engenhoso rábula, capaz de justificar o pior como brilhante e esplendoroso; ou ele poderia ter sido, se ele tivesse maiores conhecimentos matemáticos, um Leibniz ou um Newton. Eibeschütz tinha uma inclinação para outras áreas do conhecimento fora do Talmud e uma certa vaidade para experimentá-las.*

*Essa é a razão de sua vida e atividades aparecerem como enigmáticas e contraditórias. Consequentemente, ele encontrou muito prazer no misticismo, na interpretação oferecida pelos seguidores de Sabbatais; a lei é, pode ou pode não ser suspensa com o advento da era messiânica, ou o fantasma tecendo na Cabala não precisa ter remorso, prestando atenção nisso ou naquilo. A principal ideia blasfêmia dos sabatistas foi adotada por Eibeschütz, qual seja, a de que o maior Deus, a primeira causa, não tem nenhuma relação com o universo, mas uma segunda pessoa, na divindade, chamada o Deus de Israel, a imagem do Deus, o mundo criado, dada a lei,*

<sup>10</sup> Em uma carta, Scholem confirma minha construção com referência direta à família Bondi: "Ainda há notícias de família sobre os Bondis francos? Eu tenho parentes que moram em Jerusalém e que têm relações de afinidade com seus francos, uns dos membros mais curiosos pertencentes à essa muito boa tradição".

*escolheu Israel e tratou brevemente do finito. Ele parece ter também se aproximado das consequências das teorias heréticas que viam em Sabbatai Zewi o verdadeiro messias, tendo em si a segunda pessoa da divindade em si mesmo e, por essa aparência, o sentido da Torah.*

Scholem parece concordar com a avaliação crítica de Graetz. Em seu artigo *Redemption through Sin*, ele se diz convencido de que o Rabino Yonathan Eibeschütz era um sabatista: (1971)

*Eu não posso ocultar, contudo, que, após examinar exhaustivamente tanto os escritos cabalistas do próprio Eibeschütz e as obras polêmicas que eles suscitaram, me vejo forçado a concluir que ele era de fato um sabatista, tal qual Jacob Emden e, mais recentemente, Heinrich Graetz insistiram.*

Ainda de acordo com Scholem, haveria uma dialética entre normativismo, antinormativismo e iluminismo. Ele prova isso pelo exemplo de alguns líderes da Revolução Francesa que eram cripto-sabatistas. Se Scholem estiver errado, entretanto, e sua suposição quanto a uma dialética entre normativismo e irracionalismo não levar a lugar nenhum na busca ora realizada acerca das raízes de Kelsen, dever-se-ia abandonar o problema? Haveria alguma coisa que sugerisse que Kelsen era familiar com a filosofia do direito hebraico, possibilitando sustentar e avançar a suposição ora explorada acerca da presença de elementos do direito hebraico em sua obra?

Em 1913 Kelsen visitou Hermann Cohen quem, de acordo com os últimos neokantianos teria deixado de fazer quaisquer contribuições ao projeto epistemológico da Escola de Marburgo (seguida pelo primeiro Kelsen). Cohen estava interessado então e tão somente na filosofia judaica (e no patriotismo germânico). O que Kelsen teria aprendido com Cohen dessa data em diante? Talvez, que a justiça não pode ser encontrada como um valor. Na obra *Ethik des reinen Willens*, Cohen propõe fundando-se em Kant e na Bíblia que a justiça aparece como uma virtude universal. Nós não podemos estar racionalmente satisfeitos até que haja uma justiça social completa no mundo. Consequentemente, a busca pelo ético é um processo infinito. Ainda mais, toda vez que nós usamos nosso espírito para aprender algo, nós racionalmente estamos cientes que nós ainda não conhecemos. A busca por conhecimento é igualmente infinita.

Ter-se-ia algum testemunho que permitiria afirmar que a busca por justiça social é completamente evidente em qualquer uma das palavras

da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (apenas devidamente lida por seu antagonista, Hayek), bem como sua ideologia pessoal? Leia-se o que Norbert Lesser escreve em sua autobiografia: (2011, p. 118)

*Kelsen se descreveu como não crente em seu batismo na tradição cristã, mas se declarou, afinal, como crente no sentido de que há algo superior, o que o teólogo germano-americano Paul Tillich chamou de “preocupação suprema”, como algo que “realmente nos diz respeito”, mas não apenas de nós, como uma voz advinda de uma realidade superior.<sup>11</sup>*

Essa é a face de Kelsen. Muito embora um autodeclarado racionalista, Kelsen se aproveita de um esquema cabalista em seu dispositivo da norma fundamental, dado seu caráter Plotiniano, neoplatônico e gnóstico. Sua *grundnorm* é a Sefhira de Keter Elion da Cabala. Sua justiça é a justiça bíblica, em nome da qual Kelsen critica em toda sua obra as opressões dos governantes contra os governados, fundamentada pelos filósofos gregos Platão, Aristóteles, Heráclito, dentre outros. Kelsen parece se basear em um conceito velado de justiça, o mesmo que foi desenvolvido na Era Axial pelos democratas na Grécia e pelos profetas em Jerusalém. Em suas palavras, naquelas que se encontram na *Die Illusion der Gerechtigkeit*: “O anseio pela justiça é o indestrutível anseio do homem pela felicidade. É justa uma ordem social capaz de fazer felizes todos os que lhe são sujeitos. Se o homem, como ser social, não é capaz de encontrar a almejada felicidade como indivíduo isolado, ele a busca na sociedade. A justiça é a felicidade socializada.” (1998, p. 288)

## REFERÊNCIAS

- BEHREND, Okko. Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken. In: DREIER, Ralf; SELLERT, Wolfgang. *Recht und Justizim „Dritten Reich“*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1989.
- COHEN, Boaz. *Jewish and Roman Law: comparative study in two volumes*. The Jewish Theological Seminary Press, 2012.
- COVER, Robert. *Narrative, violence, and the law: the essays of Robert Cover*. University of Michigan Press, 1993.
- CRÜSEMANN, Frank. Theokratie als Demokratie zur politischen Konzeption der Deuteronomium. In: RAAFLAUB, Kurt (Hg.). *Anfänge politischen Denkens in der Antike. Griechenland und die nahöstlichen Kulturen*. München, 1993.

<sup>11</sup> Paul Tillich talvez seja o melhor representante de uma concepção religiosa e social de justiça.

- DAUBE, David. *Collected Works of David Daube*. Berkley: Robbins Collection, 1992.
- ELON, M. *Jewish law: history, sources, principles*. v. 1. Jerusalem: The Magnes Press, 1973.
- GOLDZIHNER, Ignaz. *The Zahiris: their doctrine and their history. A contribution to the history of Islamic theology*. Trad. and ed. by Wolfgang Behn. Leiden; Boston: Brill Academic Publishers, 2007.
- GRAETZ, Heinrich. *Geschichte der Juden*. 2002. (CD-ROM.)
- HECK, Philipp. *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*. Tübingen: Mohr, 1936.
- HEINRICHS, Helmut; FRANZKI, Harald; SCHMALZ, Klaus; STOLLEIS, Michael. (orgs). *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München: C.H. Beck, 1993.
- JACKSON, Bernard. *Constructing a theory of Halakhah*. 2012. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1445715/Constructing\\_a\\_Theory\\_of\\_Halakhah](http://www.academia.edu/1445715/Constructing_a_Theory_of_Halakhah)>.
- JACKSON, Bernard. Kelsen between formalism and realism. *The Liverpool Law Review*, v. 7, n. 1, 1985.
- KELSEN, Hans. *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Tellalori. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KNIGHT, Max. *Erinnerungen an Hans Kelsen*. Aufbau, 4, March 1973.
- KOSCHAKER, Paul. *Die Krise des römischen Rechts und die römische Rechtswissenschaft*. München, Berlin: Beck, 1938.
- LESER, Norbert. *Skurille Begegnungen. Mosaik zur österreichischen Geistesgeschichte*. Wien; Köln; Graz: Böhlau, 2011.
- LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milão: Giuffrè, 1975.
- MAUTHNER, Fritz. *Erinnerungen*. München: Prager Jugendjahre, 1918. 1 Bd.
- SCHMITT, Carl. *Briefwechsel mit Ludwig Feuchtwanger*. 1918-1935. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- SCHMITT, Carl. Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, *DJZ*, Bd. 41, S. 1193-1199, okt., 1936.
- SCHMITT, Carl. *Nomos der Erde*. Berlin. Duncker und Humboldt, 1974.
- SCHOLEM, Gershom. *The messianic idea in judaism: and other essays on jewish spirituality*. New York: Schocken Books, 1971.
- SINZHEIMER, Hugo. *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*. Amsterdam: Frankfurt am Main, 1953.

---

# *LEI NATURAL E LEI HUMANA EM SANTO TOMÁS DE AQUINO*

---

*José Ricardo Cunha - Professor Associado da Faculdade de Direito da UERJ*

**Resumo:** O presente artigo apresenta alguns aspectos fundamentais do conceito de Lei Natural e de Lei Humana em Santo Tomás de Aquino. A partir das questões sobre a Lei, contidas na Suma Teológica (questões 90-97), pretende mostrar a relação entre moral e direito que expressa o valor da justiça como constituição ontológica do direito.

**Palavras-Chave:** Tomás de Aquino. Lei Natural. Lei Humana.

**Abstract:** This article presents some fundamental aspects of the concept of Natural Law and Human Law in Saint Thomas Aquinas. From the questions about the Law, told in the Theological Summa (questions 90-97), shows a relationship between morality and law that shows the value of justice as an ontological constitution of law.

**Key Words:** Thomas Aquinas. Natural law. Human law.

## **I) A LEI E SUAS CARACTERÍSTICAS EM SANTO TOMÁS DE AQUINO**

Considerando o contexto medieval e as características do pensamento intelectual dominante do período, é importante frisar que a obra de filosofia política de Santo Tomás de Aquino se insere num tratado teológico que, em última instância, busca a compreensão de Deus (judaico-cristão) e suas formas de manifestação perante os homens. É, portanto, na *Suma Teológica* que Santo Tomás apresenta seu trabalho sobre ética e direito. Partindo da investigação sobre a questão do *bem*, chega ao problema da lei, pois

considera que o bem pode ser alcançado pelos homens pela ação direta de Deus e de sua Graça misericordiosa, mas, também, pela ação da *lei*. Para Santo Tomás, "o princípio externo que move ao Bem é Deus, que nos instrui mediante a lei, auxilia mediante a graça..."<sup>1</sup> Assim, cabe à lei uma tarefa essencialmente moral: produzir homens e atos bons: "...é próprio da lei induzir os súditos à virtude que lhes é própria. Sendo, pois, a virtude "aquilo que faz bom o que a possui" segue-se que é efeito próprio da lei fazer bons aqueles aos quais é dada..."<sup>2</sup> A virtude moral tem especial importância, pois Santo Tomás é realista quanto à natureza humana, considerando-a de maneira ambígua: por um lado, os indivíduos produzem atos que derivam da razão, estes são denominados de *atos humanos*; por outro lado, produzem atos que derivam da vontade, são os *atos dos homens*. Nem sempre os atos dos homens, volitivos, coincidem com os princípios morais desejados, por isso a lei deve conduzir os homens de tal maneira que a vontade seja ordenada segundo a razão. Trata-se, então, de capturar a vontade pela razão, garantido, nesta racionalidade, o fim desejado da felicidade e beatitude. Assim a lei é a *regra e medida dos atos*, segundo um fim: o bem comum.<sup>3</sup>

A medida do bem comum é a do interesse geral que deve se expressar na lei. Neste aspecto, Santo Tomás já realiza um esboço da vontade geral de Rousseau, identificando a lei com um instrumento de expressão do povo-sociedade (*multidão*). É a lei que promove a intercessão entre a vontade do príncipe e a vontade do povo, de tal maneira que este fica "presentado" e representado na própria lei, garantindo-lhe uma legitimidade política, além da legitimidade moral. O sujeito originário titular da lei é o povo, que constrói a sua ordem social num movimento de interação que não dissocia o público do privado, de tal maneira que o bem comum que visa a lei é, ao mesmo tempo, a felicidade do sujeito e da cidade, conforme sua própria expressão na lei mesma. Vejamos: "*Portanto, estabelecer a lei pertence a toda a multidão ou à pessoa pública à qual compete cuidar de toda a multidão...Donde, assim como o bem de um só homem não é um fim último, mas ordena-se para o bem comum, assim também o fim de um lar ordena-se para o bem de uma cidade, a qual é uma comunidade perfeita.*"<sup>4</sup> É importante notar que a filosofia moral de

---

<sup>1</sup> AQUINO, Santo Tomás. *Escritos Políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 35. Todas as notas referentes às citações de Santo Tomás de Aquino serão extraídas deste livro.

<sup>2</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p. 56.

<sup>3</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.36.

<sup>4</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.40.

Santo Tomás é também sua filosofia política, de tal maneira que a ação da lei e a ação do Estado confundem-se numa mesma racionalidade ética que não separa legitimidade política de legitimidade moral. O papel do governante não é o de exercer a força, mas o de propiciar o bem comum através da ordem legal, de tal maneira que “*a vontade concernente ao que é ordenado, para que tenha razão de lei, deve ser regulada por certa razão. É nesse sentido que se entende ter a vontade do príncipe vigor e lei: de outro modo ela seria mais iniquidade do que lei.*”<sup>5</sup> Trata-se de uma radical negação do positivismo político-jurídico que reduz a lei a mera expressão da força estatal, conforme a perspectiva hobbesiana que afirma que é a autoridade e não a verdade que faz a lei.<sup>6</sup> Ao contrário de Hobbes, é a finalidade da lei, bem comum, e não a força do príncipe que a justifica, na concepção tomista.

## 1. Essência da Lei

A idéia de bem comum como finalidade da lei também define sua própria essencialidade, de tal maneira que a natureza da lei se confunde com seu fim maior. É importante esta operação filosófica pois define a ontologia conforme a teleologia, ou seja, o ente legal **é** aquilo **para** o que se destina. É a *con-fusão* entre a política e a moral, numa perspectiva não positivista, manifestada na imbricação ontológica e teleológica da lei que define a ética de Santo Tomás de Aquino. Na sua definição de lei, encontramos quatro pontos básicos: ordenação da razão; para o bem comum; promulgada; e pela autoridade competente. Embora esta definição seja, a princípio, mais adequada à lei humana, Santo Tomás a utiliza como definição geral para o entendimento de sua idéia de *lei*, em qualquer perspectiva. Tais atributos são necessariamente constitutivos da lei que não subsiste na ausência de qualquer um deles. O ponto de partida – *ordenação da razão* – é a explicitação do racionalismo tomista, influenciado por Aristóteles, que acredita na razão como manifestação maior, melhor e primeira da natureza humana; o segundo atributo – *para o bem comum* – é, como foi dito, a própria essência da lei, sua marca maior e garantia da felicidade entre os sujeitos; a *promulgação* é o ato que dá vigência à lei, tornando-lhe, a partir daquele momento, obrigatória e vinculante, na medida em que atende as exigências de bem comum;

<sup>5</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.37.

<sup>6</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* in Os Pensadores, São Paulo: Abril, 1974, p. 171

*autoridade competente* é aquela a quem incumbe o exercício da função legítima de garantir o convívio harmonioso na cidade. Assim a sentença literal: “*Desse modo... define-se a lei, que outra não é senão certa ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele a quem cabe cuidar da comunidade.*”<sup>7</sup> Na medida em que a essência da lei é a sua finalidade, o bem comum, Santo Tomás, ao mesmo passo em que vincula ontologia e teleologia, desvincula vigência e validade. Em outras palavras, a lei deve ser promulgada para entrar em vigor – vigência – mas somente terá validade se atendido a atributo essencial que lhe faz lei: o bem comum. A vigência é uma questão de autoridade, portanto política, mas a validade é uma questão moral; e se ambas estão interligadas, a segunda é superior pois o próprio Santo Tomás admite a possibilidade da existência de “leis” positivas que, na verdade, não são leis pois não atendem ao atributo essencial – bem comum.

## **2. Efeitos da Lei**

Ao tratar dos efeitos da lei, Santo Tomás de Aquino consagra seu papel pedagógico, ou seja, a lei não existe apenas para garantir a ordem na sociedade, mas na medida em que está voltada para o bem, é capaz de produzir homens e atos bons. É, portanto, a *razão de lei* – bem comum – que tem esta capacidade pedagógica, de modo que “*é efeito próprio da lei fazer bons aqueles aos quais é dada...*”<sup>8</sup> Continua Santo Tomás afirmando que “*porque a lei é dada para dirigir os atos humanos, na medida em que os atos humanos se exercem em vista da virtude, nesta mesma medida faz os homens bons.*”<sup>9</sup> Ao enfrentar o problema da lei tirânica, sob a alegação de que esta produziria atos ruins, lembra que esta sequer pode ser considerada lei, pois “*a lei tirânica, por não ser segundo a razão, não é lei pura e simplesmente, mas antes certa perversão da lei.*”<sup>10</sup>

Longe do individualismo moderno, a visão de tomista acerca do bem se aproxima da concepção clássica produzida pelos gregos, no período democrático, que acreditam ser o homem virtuoso aquele inspirado na pólis, na comunidade. Assim, Santo Tomás não dissocia a parte do todo e, mesmo, o

---

<sup>7</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.41.

<sup>8</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.56.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.57.

público do privado, de tal modo que o bem das partes é o bem do todo e o bem do todo é o bem das partes: *“Dado, pois, ser qualquer homem parte da cidade, é impossível que algum homem seja bom se não for bem proporcionado ao bem comum, nem pode o todo ter uma boa consistência senão em razão das partes que lhe são proporcionadas.”*<sup>11</sup> Com efeito, é essa concepção interativista e orgânica que atua como condição de possibilidade do ideal maior de bem comum.

### 3. Atos da Lei

Inspirado no jurisconsulto romano Graciano, Santo Tomás define suas orientações quanto aos atos da lei, ou seja, o que cabe a lei determinar. Vale notar que estas orientações são tão precisas e consistentes que mesmo a teoria jurídica contemporânea e sua técnica positivista ainda lhe acolhem. São quatro os atos da lei: Ordenar; Proibir; Permitir; e Punir. Trata-se, por um lado, de ordenar os atos que são bons, quer dizer, conforme a virtude e, por outro lado, de proibir os atos que são maus, quer dizer, conforme os vícios. Permitidos podem ser os atos que são indiferentes e, por fim, a punição deve ser uma forma de produzir a virtude através do recurso ao “temor da pena”. Ora, este entendimento de que ordenar, proibir e punir são, basicamente, os atos da lei, persiste, como dito, até nossos dias, mesmo que, por força do positivismo, destituído de um fundamento moral conforme aparece na concepção tomista.

### 4. Diversidade da Lei

Nas questões 93, 94 e 95, Santo Tomás de Aquino vai desenvolver um estudo sobre a diversidade das leis, apontando três tipos, a saber: Lei Eterna, Lei Natural e Lei Humana. A lei Eterna é definida como *“a razão da sabedoria divina, na medida em que esta é diretiva de todos os atos e movimentos”*<sup>12</sup>, não sendo dado ao homem a possibilidade de conhecê-la em sua essência, mas sim através de alguma “irradiação”, na linguagem tomista. Embora Santo Tomás não defina o que ele chama de “irradiação”, é possível afirmar que a Lei Eterna, antes de mais nada, pode ser compreendida, quanto à necessidade de sua existência, pelo sujeito racional; além disso, a Lei eterna também se

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.61.

manifesta nos princípios fundamentais da Lei Natural, sendo esta conhecida de todos.<sup>13</sup>

A Lei Natural pode ser sucintamente definida como o conjunto de princípios ou preceitos racionais estruturantes da própria existência. Ao tratar da Lei Natural, Santo Tomás de Aquino corresponde a várias influências que são recebidas ao longo do tempo.<sup>14</sup> De uma maneira especial, é possível registrar três filósofos que influenciaram os jurisconsultos romanos que, por sua vez, influenciaram os filósofos, juristas e canonistas da Idade Média, dentre eles, Santo Tomás. São eles: Aristóteles, Cícero e Sêneca. Aristóteles admite a existência de uma justiça natural, explicada através da metáfora do fogo que queima universalmente, em Atenas e na Pérsia,<sup>15</sup> independentemente, pois, da vontade e do pensamento dos sujeitos. Cícero, por sua vez, fala da *nomos physiké* como uma racionalidade própria da natureza, onde todos nós estamos inseridos, devendo, assim, nossa razão buscar compreender esta lógica universal que nos envolve a todos. Já Sêneca divide o Direito Natural em generalíssimo, geral e especial, correspondendo o primeiro a uma ordem necessária de todos os seres, o segundo ao direito comum a todos os animais e o terceiro ao direito próprio do gênero humano. Dentre os jurisconsultos romanos que marcaram o pensamento tomista, o principal deles foi, sem dúvida, Ulpiano, a quem Santo Tomás se refere inúmeras vezes, especialmente ao *Digesto*. Outras importantes influências foram: Santo Agostinho, que afirmava que a Lei Natural está escrita no coração do homem com o dedo de Deus; Santo Isidoro, que dizia ser o Direito Natural comum a todas as nações e proveniente do instinto da natureza e não da ação humana; e Graciano, que entendia ser a Lei Natural aquilo que se encontra no Antigo e Novo Testamentos, embora nem tudo que esteja no Antigo e novo Testamento possa ser considerado Direito Natural.

Quanto à Lei Humana, Santo Tomás a definiu como a regra e a medida dos atos, de tal forma que ocupa uma função disciplinadora. Não se trata apenas de estabelecer uma interdição que permita o convívio, mas de inserir

---

<sup>13</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.63.

<sup>14</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: EdUnb, 1997, pp. 33-40; BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 15-19; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 98-126; DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, pp. 32-68.

<sup>15</sup> É conhecida a passagem do livro *Ética a Nicômaco* onde Aristóteles afirma que “*Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo...*” in *Os Pensadores*, São paulo: Abril, 1973, p. 331.

regras neste convívio social, de modo a orientar os sujeitos na virtude. <sup>16</sup> A Lei Humana é própria do governo dos homens, estabelecida por quem de direito, mas submetida aos princípios ou preceitos da Lei Natural: *"...toda lei humanamente imposta tanto tem razão de lei, quanto deriva da Lei Natural. Se, pois, em algo discorda da Lei Natural, já não será lei, mas corrupção de lei."*<sup>17</sup> Nesse sentido, percebe-se que a filosofia tomista coloca limites morais a ação do Estado que não pode pautar-se apenas pelos desígnios pessoais do governante, mas, antes, obedece a critérios superiores. Tais critérios correspondem a uma ordem axiológica determinante das ações e relações políticas e jurídicas estabelecidas entre Estado e sujeitos e entre os próprios sujeitos.

## II) A LEI NATURAL

Como explicado anteriormente, a Lei Natural é um conjunto de princípios ou preceitos estruturantes da vida humana. São vários estes princípios, contudo há um que é o principal e determinante de todos os demais: trata-se do *preceito primeiro*, imutável e indemonstrável, acessível pela razão humana no esforço de compreensão da razão divina que revela no princípio maior da Lei Natural a regra da Lei Eterna. Assim descreve Santo Tomás: *"Portanto, este é o primeiro preceito da lei: 'o bem deve ser praticado e procurado, o mal deve ser evitado'. Sobre isso estão fundamentados todos os demais preceitos da lei da natureza, de tal modo que tudo o que deve ser praticado ou evitado, que a razão prática naturalmente apreende ser bem humano, pertence aos preceitos da lei da natureza."*<sup>18</sup> Eis, portanto, o preceito primeiro: faz o bem e evita o mal. Trata-se de um princípio universal que deve ser acolhido e respeitado em qualquer tempo e lugar, segundo a perspectiva tomista. Evidentemente, neste estágio a formulação ainda é meramente formal, mas Santo Tomás de Aquino continua suas operações filosóficas para determinar o mínimo de conteúdos substanciais que possam sustentar o preceito, seja numa perspectiva ética, jurídica ou política.

Nesse intento, passa a enfrentar o termo essencial da proposição: o bem. Embora Santo Tomás não tenha se detido, neste momento da Suma Teológica, sobre o problema do mal, pode-se inferir, com segurança, ser o mal

<sup>16</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.87.

<sup>17</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.90.

<sup>18</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.76.

atribuído a tudo aquilo que afasta do bem. Dessa maneira, o bem se converte, realmente, na única questão fundamental. Ao analisarmos tal questão, chama a atenção a dimensão humanística da perspectiva tomista, na medida em que o bem em questão é o bem do homem, ou *bem humano* na expressão literal. Assim, define o bem como aquilo que todos desejam<sup>19</sup> e assevera que o desejo mais elementar de todo ser humano é o da conservação, podendo ser considerado uma inclinação natural dos indivíduos. Não se trata, aqui, de tomar a palavra “conservação” em sua conotação política, mas sim num aspecto mais filosófico. Com efeito, Santo Tomás fala, basicamente, de três tipos de conservação que, obviamente, estão interligados: conservação da existência, conservação da convivência e conservação do conhecimento. Quanto à primeira, Santo Tomás afirma que “*toda a substância apetece a conservação de seu ser segundo a sua natureza*”<sup>20</sup>, tratando-se, portanto, de um primeiro movimento natural de todas as espécies, inclusive o ser humano; conservar a existência é, assim, um bem. Quanto à segunda, já afirma que é da inclinação natural do homem viver em sociedade e, por isso mesmo, pertence a esta inclinação não ofender os outros com os quais deve conviver<sup>21</sup>, até mesmo porque não há como conservar a existência sem cuidar da convivência; conservar a convivência é, assim, um bem. Quanto à terceira, Santo Tomás afirma que o homem também possui uma inclinação natural para a verdade e que pertence a tal inclinação evitar a ignorância<sup>22</sup>; conservar o conhecimento é, assim, um bem.

Como foi explicado anteriormente, o preceito primeiro é acessível pela razão humana, porém não pode ser demonstrado pelos mesmos caminhos da lógica calculadora que abstrai seu objeto da realidade para chegar a resultados precisos e necessários, tecnicamente verdadeiros. Esse movimento lógico e abstrato, afirma Santo Tomás ser próprio de uma *Inteligência Teórica* ou *Razão Teórica* ou, ainda, *Razão Especulativa* que, entretanto, não faz parte do domínio do mundo moral e ético, onde os problemas são menos lineares e mais complexos. Por isso mesmo, o preceito primeiro é compreendido por um outro padrão de racionalidade: a *Inteligência Prática* ou *Razão Prática*.<sup>23</sup>

Contudo não se pode considerar que a Lei Natural, como a concebe

---

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.77.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.76.

Santo Tomás de Aquino, seja estática e imóvel, pois ao discutir se a lei da natureza é uma em todos (Questão 94, artigo IV), chega a conclusão que além do *preceito primeiro* também há os *preceitos derivados* que são conclusões práticas que funcionam como espécies de princípios menores que derivam do princípio maior – *faz o bem e evita o mal* – e tornam possível sua realização naquele caso concreto. Assim, o trabalho da razão prática não cessa no preceito primeiro, pois é a ela que cabe a tarefa de discernir as vicissitudes do contingente para melhor concretizar o preceito primeiro. Ora, no mais das vezes a conclusão prática pode ser generalizada e associada a outros casos, no entanto, em alguns casos, parte-se de princípios comuns e chegue-se a conclusões distintas conforme a análise das consequências naquela situação específica. Por isso afirma Santo Tomás: *“Assim, deve dizer-se que a lei da natureza, quanto aos primeiros princípios comuns, é a mesma em todos, tanto segundo a retidão, quanto segundo o conhecimento. Mas quanto ao que é próprio e como que as conclusões dos princípios comuns, é a mesma para todos as mais das vezes, tanto segundo a retidão quanto segundo o conhecimento; mas em poucos casos pode ela falhar, seja quanto a retidão, por causa de alguns impedimentos, seja quanto ao conhecimento.”*<sup>24</sup> Note-se que os *impedimentos* são, exatamente, as particularidades e vicissitudes da situação específica que impedem um raciocínio reto até o preceito primeiro, tornando necessário alguns “ajustes” ou “curvas” que possibilitem a realização, naquele caso, do bem desejado.

A compreensão do *modus faciendi* da razão prática deve levar em conta que o paradigma onde ela se situa não é o da lógica abstrata ou da moderna acepção positivista de ciência como técnica, mas sim o da ética, ou da moral, como juízos de avaliação da conduta humana, sendo esta suscetível de qualificação quanto ao bem ou mal. Evidentemente, não poderia ser diferente pois o que pretende a Lei Natural é, exatamente, o fazimento do bem e o afastamento do mal, não havendo, nesse sentido, dicotomia entre direito e moral. A partir desta compreensão é mais fácil entender porque os preceitos derivados ou conclusões da razão prática se modificam de acordo com o caso. Enquanto a razão teórica parte dos princípios gerais e produz uma série de deduções que conduzem a uma conclusão evidente e necessária (modelo lógico), a razão prática quanto mais se afasta dos princípios gerais mais perde a clareza e a retidão, devido às vicissitudes do contingente, do

<sup>24</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.80.

particular. Esse difícil movimento da razão prática invoca um drama de consciência como um apelo ético, para que sua atuação não seja às escuras e o resultado não seja apenas mecânico, podendo produzir um mal ao invés do bem que justifica sua intervenção. Apesar de longa, é necessário transpor uma citação do próprio Santo Tomás onde esta questão é esclarecida:

*“Deve dizer-se que, pertence à lei da natureza aquilo para que o homem naturalmente se inclina e nisto está incluído o que é próprio ao homem, inclinar-se para a agir segunda a razão...Todavia, a este respeito, um é o comportamento da razão especulativa e outro o da razão prática. Assim, porque a razão especulativa trabalha sobretudo na esfera do necessário, ao qual é impossível ser de outro modo, descobre-se sem nenhuma falha a verdade nas conclusões próprias, como nos princípios comuns. Mas a razão prática trabalha com o contingente no qual estão as operações humanas e, assim, embora no que é comum haja alguma necessidade, quanto mais se desce ao próprio, tanto mais se encontra falha. Dessa forma, portanto, no especulativo é a mesma a verdade para todos, tanto nos princípios quanto nas conclusões, embora, nas conclusões, a verdade não seja conhecida por todos, mas apenas nos princípios que se dizem concepções comuns. No que é operativo, porém, não é a mesma verdade ou a retidão prática em todos quanto ao que é próprio, mas somente quanto ao que é comum, e mesmo para aqueles, para os quais é a mesma a retidão no que é próprio, não é ela igualmente conhecida por todos. Desse modo é patente que, quanto aos princípios comuns da razão especulativa ou prática, a verdade ou retidão é para todos a mesma e igualmente conhecida. Quanto, porém, às conclusões próprias da razão especulativa, é a mesma a verdade para todos, mas não é por todos igualmente conhecida: para muitos, com efeito, é verdadeiro que o triângulo tem três ângulos iguais a dois retos, embora isto não seja por todos conhecido. Mas quanto às conclusões próprias da razão prática, nem é a mesma para todos a verdade ou retidão, nem para aqueles para os quais é a mesma, é igualmente conhecida..”<sup>25</sup>*

Para facilitar o entendimento, oferece o seguinte exemplo: Com efeito, para todos é reto e verdadeiro agir segundo a razão. Deste princípio segue-se uma conclusão própria: é obrigatório restituir os depósitos. E isto é verdadeiro na maioria dos casos; mas pode ocorrer em algum caso que seja danoso e, por conseguinte, contra a razão, que se restituam os depósitos, por exemplo, se alguém os reivindica para combater a pátria. Esta deficiência se manifesta

---

<sup>25</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., pp. 80-81.

*tanto mais, quanto mais se desce ao particular...*<sup>26</sup> Apesar da razão prática, mirando o preceito primeiro, saber que é da Lei Natural a regra que diz “as coisas que são tomadas de empréstimo devem ser devolvidas”, sabe também que qualquer regra não pode ser aplicada cegamente e, por isso, deve avaliar cada caso nas suas especificidades e exigências que lhe são próprias a fim de que o preceito primeiro mesmo seja realizado. Isso pode significar que numa determinada situação alguma coisa que foi tomada de empréstimo possa não ser devolvida, como forma de realização do bem. O exemplo dado corresponde ao tempo de Santo Tomás, mas podemos atualizá-lo na forma da seguinte questão: deve-se devolver uma arma emprestada, sabendo-se que o dono está manifestando evidentes tendências suicidas ou homicidas? A resposta **razoável** é não. A razão teórica ou especulativa apenas aplicaria a regra, mas a razão prática busca a forma de realizar o fim da regra naquela situação particular ou caso concreto.

A busca tomista pelo razoável, como aquilo que pode ser aceito em função de sua capacidade de concreção do bem, parece ser articulável com o movimento contemporâneo da teoria do direito que afirma a *razoabilidade* como princípio fundamental da compreensão da experiência jurídica. Certamente, tanto a perspectiva tomista como as hodiernas correntes da razoabilidade situam-se num marco pós-positivista, aberto para a dimensão teleológica do direito que não se reduz à mera racionalidade instrumental, mas, antes, funda-se num terreno axiológico, onde os valores devem atender não a postulados supostamente universais da natureza e sim às exigências éticas e políticas que brotam da realidade concreta e são capturadas pela consciência humana. Em última instância, a razoabilidade deve atender a um princípio bastante presente na filosofia tomista: a aplicação da lei não pode causar mais mal estar do que o conflito que ela pretende dispersar. É exatamente por isso, que os *preceitos derivados* ou *preceitos secundários* ou, ainda, *conclusões práticas* da Lei Natural são mutáveis e, em certa medida, indeterminados diante da vida histórica, pois o contingente sempre reclama novas soluções e alternativas que correspondam àquela situação específica. A cada caso, aprende-se coisas novas que são incorporadas ao repertório da Lei Natural e outras coisas não são aplicadas em determinados casos devidos aos fatores especiais que demarcam tais casos. Assim se posiciona Santo Tomás de Aquino:

<sup>26</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.81.

*“Deve dizer-se que se pode entender a mudança da lei natural duplamente. De um modo, por meio de algo que se lhe acrescenta. Dessa forma, nada proíbe ser a lei natural mudada, pois muito foi acrescentado à lei natural, tanto pela lei divina, quanto por leis humana para a utilidade da vida humana. De outro modo se entende a mudança da lei natural a modo de subtração, de modo que algo deixe de ser de lei natural, que primordialmente vigorara segundo a lei natural. E, assim, quanto aos primeiros princípios da lei natural é esta de todo imutável. Quanto, porém, aos preceitos segundos, que dissemos ser como que conclusões próprias próximas dos primeiros princípios, nisto a lei natural não muda sem que as mais das vezes seja sempre reto o que a lei natural contém. Pode, porém, mudar em algo particular e em poucos casos, em razão de algumas causas especiais que impedem a observância de tais preceitos.”<sup>27</sup>*

É importante notar como filosofia moral e jurídica de Santo Tomás de Aquino conciliam dialeticamente as diferenças entre universal e contingente, de tal modo que qualquer contradição seria apenas uma falsa dicotomia, pois os preceitos universais são realmente imutáveis, porém se operacionalizam de forma mutável de acordo com as necessidades próprias do contingente. É possível afirmar que tal dialética se manifesta na forma de uma praxiologia atenta às exigências morais que resultam de um ato da consciência humana, mas igualmente atenta à realidade política que deriva dos fatores sociais que condicionam a realidade de acordo com o momento histórico. Assim, temos um princípio geral vinculante quanto ao seu valor – *faz o bem e evita o mal* – mas aberto quanto as formas possíveis de concreção, de tal maneira que o determinado e o indeterminado não se excluem mas se completam mutuamente.

### III) A LEI HUMANA

Apesar do poder da Lei Natural, Santo Tomás julgou necessário e útil o estabelecimento de leis pelos próprios homens, são as leis humanas que devem ser promulgadas como forma de garantia de uma conduta reta que leve à virtude e, por conseguinte, à paz. A inspiração de Santo Tomás é, novamente, Aristóteles que confere à lei e à justiça importância capital. De efeito, assevera Santo Tomás que “...fez-se necessário, em vista da paz dos homens e da virtude, que se estabelecessem leis, pois como diz o Filósofo ‘assim

---

<sup>27</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.83.

*como o homem, quando é perfeito por sua virtude, é o melhor dos animais, da mesma forma, quando se separa das leis e da justiça, é de todos o pior!...*<sup>28</sup> Contudo, a Lei Humana não resulta de um poder ilimitado mas, ao contrário, deve se restringir aos marcos éticos da Lei Natural, para que se mantenha dentro da razão de lei e não se desnature, de tal modo que a essência da lei, mesmo da Lei Humana, continua sendo o *princípio de justiça* que lhe legitima moralmente e politicamente, além de lhe conceder a própria juridicidade, permitindo, assim, que seja chamada de "lei". Afirmo Santo Tomás que "...deve dizer-se que, como diz Agostinho, 'não se vê haver lei que não seja justa'. Donde, o quanto é dotada de justiça, tanto é o seu vigor de lei. Nas coisas humanas, diz-se ser algo justo por ser reto segundo a regra da razão. Ora, por sua vez, a primeira regra da razão é a lei da natureza. Donde, toda lei humanamente imposta tanto tem razão de lei, quanto deriva da lei natural. Se, pois, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção da lei."<sup>29</sup>

De maneira sucinta, a Lei Humana pode ser definida como a regra e medida dos atos visando o bem comum. É importante salientar a idéia de *regra* e *medida*, pois a primeira estabelece o quê e a segundo o quanto, dando uma idéia de dosagem ou proporcionalidade, como veremos mais adiante. Outra questão fundamental é a do *bem comum*. Como foi explicado inicialmente o bem comum é a idéia-força que conforma o próprio núcleo ontológico do conceito tomista de lei. Por isso mesmo é imprescindível compreender que este não é um conceito simples, mas complexo na medida em que congrega vários elementos ou componentes não necessariamente lineares, mas que resultam de uma multiplicidade de pessoas, ações e interesses. De certa maneira, é possível aproximar a complexidade latente deste conceito de bem comum da complexidade do conceito contemporâneo de *democracia*, tomado, exatamente, como a capacidade de incorporar conflitos. O bem comum como tarefa e como valor é um desafio para a Lei Humana que deve ser produzida segundo esta pluralidade de elementos de caracteriza a própria cena pública que congrega a diversidade de pessoas. Diz Santo Tomás: "*Ora, o fim da lei é o bem comum, pois, como diz Isidoro: 'Não é em vista de um interesse privado, mas da comum utilidade dos cidadãos que uma lei deve ser escrita'. Donde a necessidade de as leis humanas serem proporcionadas ao bem comum. Ora, o bem comum contém muitos componentes. Eis por que é*

<sup>28</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.88.

<sup>29</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.90.

*preciso que a lei tenha em conta muitos, seja quanto às pessoas, seja quanto aos negócios, seja quanto ao tempo.*"<sup>30</sup>

Todavia, Santo Tomás foi um profundo humanista e conhecedor da alma humana. Nesse sentido, sabia que a maior parte das pessoas não era de toda virtuosa e, por isso mesmo, sabia ser recomendável que a Lei Humana não procurasse coibir todos os vícios, até porque seria impossível, e sim aqueles mais ofensivos à **vida social**. De sorte que a Lei Humana não prescreve todas as virtudes possíveis, mas pode e deve prescrever as virtudes essenciais para a vida em coletividade. É forçoso reconhecer que tal teoria é uma antecipação daquilo que outros filósofos-juristas posteriores, dentre eles Jeremy Bentham e Georg Jellinek, denominaram de *Teoria do Mínimo Ético*, afirmando que o direito é (deve ser) o mínimo de regramento moral necessário e indispensável à vida em sociedade. Tal proposição fica clara com a seguinte afirmação:

*"Deve dizer-se que, a lei é imposta como certa regra ou medida dos atos humanos. Ora, a medida deve ser homogênea ao que é medido, como se diz na Metafísica: o diverso mede-se por diversas medidas. Donde ser necessário que também aos homens imponham-se leis segundo a condição dos mesmos, pois, como diz Isidoro, a lei deve ser "possível tanto segundo a natureza quanto segundo o costume da pátria"... Ora, a lei humana impõe-se à multidão dos homens cuja maior parte é de homem não perfeito na virtude. Eis por que não são proibidos pela lei humana todos os vícios dos quais os virtuosos se abstêm, mas só os mais graves, dos quais é possível abster-se a maior parte da multidão e sobretudo os que são em detrimento dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não poderia conservar-se, como são proibidos por lei humana os homicídios, os furtos e outros semelhantes."*<sup>31</sup>

A idéia da Lei Humana como o mínimo de normação axiológica necessária ao convívio social, bem revela que na perspectiva tomista não há dualismo entre lei e moral. Em verdade os dois conceitos se interagem em total interdependência, onde o valor legitima a força e a força sustenta o valor conforme a idéia que Ihering sustentaria séculos depois, dizendo que a espada sem a balança é força brutal mas a balança sem a espada é a impotência do direito. Portanto, lei e justiça são indissociáveis nessa perspectiva. A questão que resiste gravita em torno do conceito de justiça.

---

<sup>30</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.97.

<sup>31</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.99.

Como compreender tal conceito em face da lei ou como fundamento moral para o direito? Santo Tomás responde observando que *“as leis dizem-se justas em razão de seu fim, quando ordenam para o bem comum; em razão de seu autor, quando a lei proposta não excede o poder de quem a propõe; e em razão da forma, quando, segundo uma igualdade de proporção, impõem aos súditos encargos em ordem ao bem comum.”*<sup>32</sup>

A lei justa em razão do fim é aquela que assegura o bem para toda a coletividade, conservando, pois, a existência, a convivência e o conhecimento na sociedade, conforme o princípio do bem comum. Assim, qualquer lei que não assegure este fim de bem comum perde sua própria juridicidade, não possuindo *razão de lei*. A lei justa em razão da autoridade é aquela que emana da autoridade competente que detêm legitimidade jurídica, política e moral para tal, conforme o princípio da competência. Assim, qualquer lei que não derive da autoridade competente não tem juridicidade, não possuindo *razão de lei*. A lei justa em razão da forma é aquela que dispõe seus atos – ordenar, proibir e punir – proporcionalmente, respeitando uma congruência entre os fins desejados e os meios utilizados, de tal maneira que os *encargos*, conforme o termo empregado por Santo Tomás, não se desviem da finalidade da lei compreendida no contexto e na realidade de cada caso e pessoa. Numa tentativa de atualização da proposta tomista, podemos falar em proporcionalidade, ao menos, em três perspectivas: (1) entre a lei e a realidade social; (2) entre as prescrições contidas na lei e a eficácia pretendida; (3) entre a violação cometida e a sanção aplicada àquele agente. Assim, a lei deve atender às demandas concretas da sociedade (1), prescrevendo ações ou inações que sejam capazes de atingir a finalidade a que se propõe (2) e sancionando a agente violador conforme a violação e a realidade do agente (3). Assim, qualquer lei que não seja constituída proporcionalmente perde sua juridicidade, não possuindo *razão de lei*. Santo Tomás é claro e drástico nas hipóteses de a lei ser injusta: não obriga a conduta dos sujeitos, pois não é lei. Eis a explicação:

*“Ora, são as leis injustas de duas maneiras. De um modo o são por contrariarem o bem humano, ao contrariar o que aqui se disse anteriormente, seja quanto ao fim, se alguém, ao presidir, impõe aos súditos leis onerosas, não pertinentes à utilidade comum, mas antes à própria cobiça e à glória; seja em razão do autor, quando alguém*

<sup>32</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., pp.102-103.

*propõe uma lei para além do poder que lhe foi confiado; seja ainda em razão da forma, quando ocorre serem os encargos desigualmente distribuídos pela multidão, ainda que se ordenem para o bem comum. Dessa forma, são mais violências do que leis, pois, como diz Santo Agostinho: 'Não se vê ser lei a que não for justa'... De nenhum modo é lícito obedecer tais leis...'<sup>33</sup>*

Compreendendo a necessidade de dinamismo das leis, em especial da Lei Humana, para que estas estejam sempre em consonância com a realidade, Santo Tomás admite a possibilidade de mudança da lei, com vistas ao seu aperfeiçoamento, em especial a partir das *conclusões práticas* da Lei Natural. Para que a Lei Humana mude, basta que se alterem as condições humanas<sup>34</sup>. O interessante de tal proposição é maneira como a expressão “condição humana” é entendida, pois esta acontece em dois sentidos: (1) por um lado, a Lei Humana (direito positivo) deve mudar para atender as novas exigências da realidade social, observando, sempre, o princípio de bem comum; (2) por outro lado, a Lei Humana pode ser modificada para atender as exigências da consciência humana, igualmente observando o princípio do bem comum. Pode-se falar que a Lei Humana tem fundamento numa *consciência existencial* que forja-se no contato com a realidade sem reduzir-se a esta, mantendo sua autonomia hermenêutica que dá sentido próprio aos acontecimentos, numa verdadeira dialética entre materialidade (realidade social) e idealidade (consciência humana).

É a partir da compreensão do dinamismo e da capacidade de mudança que marcam o mundo e o homem – *natura humana mutabilis est* – que Santo Tomás entende a aplicação da lei aos diversos casos e sujeitos. A aplicação estática da lei numa realidade em constante mutação seria causa de profundas injustiças. Assim, a filosofia tomista retoma o conceito aristotélico de *equidade*<sup>35</sup> para ensinar que não se aplica a lei de maneira que não produza o bem naquele caso concreto. Se a aplicação da lei produzir alguma injustiça, não deve ser observada, pois perde a *razão de lei*. Assim sendo, o conceito de equidade liga-se, e deve ser entendido, aos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. A justificativa desta aceção é que, conforme afirma Santo Tomás de Aquino:

---

<sup>33</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.103.

<sup>34</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., p.110.

<sup>35</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* in Os Pensadores, São Paulo: Abril, 1974, pp. 337-337.

*"toda a lei é ordenada para a salvaguarda comum dos homens, e quanto mais o faz, alcança o vigor e a razão de lei: na medida, porém, em que falte para com isso, não é dotada de força de obrigar. Diz por isso o jurista que 'nenhuma razão do direito ou benignidade da equidade tolera que o que foi introduzido salutarmente para a utilidade dos homens seja por nós levado à mais extrema severidade por uma interpretação mais dura, contra o bem-estar dos mesmos homens... Disto segue-se que, se emergir um caso em que a observância de tal lei seja danosa ao proveito comum, não deve ser ela observada... Aquele que, em caso de necessidade, age à margem das palavras da lei, não julga a própria lei, mas julga um caso singular no qual vê não deverem ser observadas as palavras da lei.'<sup>36</sup>*

Com efeito, a aplicação da lei deve acontecer orientada por dois institutos jusfilosóficos fundamentais: a *razão do direito* e a *benignidade da equidade*, conforme se infere do texto citado. Contudo, tais institutos somente são cabíveis quando inseridos no marco da *singularidade* própria de cada caso, formado no terreno da contingência onde apenas a razão prática, com sua vinculação ética, é capaz de movimentar-se conforme a complexidade típica desse marco.

#### IV) À GUIA DE CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou que na filosofia tomista qualquer dicotomia entre lei e moral é falsa e ambas estabelecem uma simbiose conceptual. O núcleo essencial tanto da lei como da moral é o *bem comum* que se apresenta como uma ética da alteridade na medida em que reconhece que a existência de um apenas é possível em face da existência do outro. A diversidade das leis apresentada por Santo Tomás pode ser sintetizada na velha polaridade *Direito Natural* e *Direito Positivo*, contudo seria equivocada uma interpretação que reduzisse suas filosofias jurídica e moral ao campo estático de pretensas universalidades. A despeito do *preceito primeiro* ser universal e imutável, tudo daí decorrente é histórico e contingente, exigindo um esforço mais ético do que técnico, operado, portanto, por uma razão prática e não teórica. É nesta perspectiva que se apresentam categorias como *preceitos derivados*, *proporcionalidade* e *equidade* que podem ser tomadas como princípios morais e ferramentas jurídicas para a realização de fins éticos, necessários à

<sup>36</sup> Cf. AQUINO, Santo Tomás. Ob. Cit., pp.107-108.

vida humana. Pode-se afirmar que essas reflexões de Santo Tomás de Aquino antecipam o pensamento de importantes filósofos contemporâneos do direito que, nestes tempos pós-positivista, criticam a extrema tecnicidade a que o direito foi confinado, privando-o de seus fundamentos axiológicos. Finalmente, vale registrar que são tais fundamentos valorativos que dão ao direito a vital característica humanística, especialmente necessária nos tempos atuais. Já na Idade Média, Santo Tomás foi um humanista.

## **V) BIBLIOGRAFIA**

AQUINO, Santo Tomás. *Escritos Políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997

\_\_\_\_\_. *O Ente e a Essência* in *Os Pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* in *Os Pensadores*, São Paulo: Abril, 1974.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: EdUnb, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* in *Os Pensadores*, São Paulo: Abril, 1974.

JAPIASSU, Hilton & MARCONDES, Danilo. *Dicionário de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

CHÂTELET, François (Org.). *História da Filosofia: de Platão a São Tomás de Aquino*, vol. I, Lisboa: Dom Quixote, 1995.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

STRENGER, Irineu. *História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 1998.

---

# *PESSOA ENQUANTO CATEGORIA ONTOLÓGICA*

---

*Rogério Tabet de Almeida<sup>1</sup>*

**Resumo:** Indispensável para a resolução dos dilemas no campo do Direito na atualidade e para a disciplina referente à proteção jurídica do indivíduo, o presente trabalho se propôs a investigar o conceito do ser pessoa. O conceito de pessoa é um dos mais importantes para o direito ocidental. Paradoxalmente, são quase nulos os estudos jurídicos que buscaram, com a devida profundidade, a elucidação histórica e os sucessivos incrementos teóricos acerca da temática. A maioria dos estudiosos parece considerar a idéia como sendo inata, ou seja, a noção de pessoa seria um dado, tendo sempre existido.

**Palavras-chave:** pessoa; direito; ontologia

**Summary:** A must for the resolution of the dilemmas in the field of Law today and discipline concerning the legal protection of the individual, the present study aims to investigate the concept of personhood. The concept of person is the most important to Western law. Paradoxically, almost zero legal studies that have sought, with appropriate depth, elucidating historical and successive increments Theoretical about the theme. Most scholars consider the idea seems to be innate, ie, the notion of person would be a given, having always existed.

**Keywords:** person, right; ontology

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual – FDV/CESVA e Direito do Consumidor – EMERJ/ESA; Mestre em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC – 2013; Professor de Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil e Deontologia; Coordenador dos Núcleos de Prática Jurídica e Trabalho de Conclusão de Curso da FDV/CESVA – 2013 – tabetealmeida@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

*“O que é importante, em termos seculares gerais, não é nossa pertinência à espécie *homo sapiens* como tal, e sim o fato de que somos pessoas”. (ENGELHARDT JR., 2004, p. 175).*

No âmbito da Linguística, estudos apontam que nas sociedades ocidentais é comum a ocorrência de esvaziamento semântico da maioria das palavras, isto é, a opacização semântica do vocábulo, fenômeno que em toponímia<sup>2</sup> corresponde à ‘fossilização ou cristalização’ do topônimo, que guarda sob um invólucro aparentemente sem sentido os semas ou unidades mínimas de significação. (CARVALHINHOS e ANTUNES, 2007).

O esvaziamento semântico é associado à própria dicotomia que assegura a evolução da linguagem, conservadorismo/mudança, binômio que expressa os fatores estáticos e dinâmicos da linguagem, assegurando a comunicação entre os seres humanos. E, em países jovens como o Brasil, ocorre ou pelo desconhecimento da língua, levando à não decodificação ou não complementação do percurso de codificação da palavra, ou pelo tempo e sobreposição de camadas linguísticas. (CARVALHINHOS e ANTUNES, 2007).

Pois, bem, o fenômeno parece ter acometido a noção de *pessoa*, que, por difícil de apreensão na sua essencialidade, é hoje carregada de vários conteúdos, muito em função das formulações (jurídicas, políticas e mesmo filosóficas) que se foram construindo ao longo do tempo.

Ao conceito de *pessoa* aplicar-se-ia, então, a máxima de José Oliveira Ascensão, segundo o qual certas expressões e afirmações universalizadas, isto é, que passam a âncora de convergência internacional porque todos as utilizam, de tanto repetidas vão gastando o sentido. “E quando nos interrogamos sobre o que significam verificamos que são fórmulas vazias, afirmações sem conteúdo, porque este se foi esbatendo ao longo dos tempos, das bocas e dos ouvidos”. (ASCENÇÃO, 2008, p. 81).

Por isso, a referência universalizada à *pessoa*, assim como à eminente dignidade da pessoa humana, tratada por Ascensão (2008) em seu estudo, soa a oco, enquanto esvaziada da sua essência.

---

<sup>2</sup> Na Linguística, *toponímia* corresponde à ciência que estuda a origem etimológica dos nomes de lugares.

Este esvaziamento de conteúdo semântico problematiza a existência de referenciais de validade para a construção do conceito de *pessoa* hodiernamente, central no campo do Direito – todo direito assenta na *pessoa*.

Daí por que imperiosa a reflexão sobre a evolução deste conceito, considerando-se suas relações com os conceitos de homem e de ser humano, num enfoque antropológico, filosófico e jurídico. A noção de *pessoa* é relativamente recente na evolução da humanidade. De acordo com Ascensão (2008), não a encontramos em nenhuma civilização clássica anterior à civilização greco-cristã. Com ela começamos, portanto, esta breve análise histórica.

## **2 A NOÇÃO DE *PESSOA* NA ANTIGUIDADE: A VALORAÇÃO NA CIVILIZAÇÃO GRECO-LATINA**

Segundo Stancioli (2010), embora a investigação sobre a origem etimológica da palavra '*pessoa*', bem como o sentido correto em que foi utilizada no pensamento antigo continue sendo questão aberta no campo das conceituações, seu processo de elaboração nos remete a duas fontes argumentativas.

A primeira delas, em que a definição da personagem representada pelo ator no teatro precede a de *pessoa*, confirma que as antigas civilizações ocidentais não chegaram a atribuir ao termo o mesmo nível de generalidade que os conceitos atuais de '*pessoa*' ou '*indivíduo*' comportam, prendendo-se apenas ao campo dos atributos e das funções exteriores.

Como consequência, o termo '*pessoa*' percorrerá diversos territórios semânticos, desde a linguagem teatral, onde provavelmente reside sua origem, passando pela linguagem das profissões, pela gramática, pela retórica e pela linguagem jurídica e teológica, até vir a se fixar na linguagem filosófica. (VAZ, 1992).

Nesse contexto, o conceito etimológico mais difundido da palavra *pessoa* é aquele originário em Boécio, filósofo cristão de formação grega, que aponta sua origem no vocábulo latino '*persona*', cujo sentido geral é

de máscara de teatro equipada com uma abertura no entorno da boca, o que permitia ao ator impostar e representar pelo som de sua voz, uma personagem. Neste caso aceita-se que a derivação de *persona* estaria relacionada ao verbo latino *personare*, que significa soar, passar através da voz do ator, através da *persona*, da máscara.

Com a mesma equivalência, o termo grego '*prosôpon*' (πρόσωπον). Referindo-se às máscaras de representações teatrais, mediante as quais o mesmo ator representava vários papéis distintos, em um contexto em que o alcance filosófico do uso aparecia com maior clareza, *persona* apontaria para algo exterior, precisamente para o papel que o homem vive, "[...] para algo acrescentado ao ser humano". (RUBIO, 2001, p. 305).

Daí, *prosôpon* passou a designar o próprio papel representado pelo ator e, posteriormente, a significar a função ocupada pelo indivíduo na sociedade, sem vir a significar o indivíduo em si mesmo.<sup>3</sup>

Com efeito, de acordo com Ascensão (2008), o grego interessava-se pela individualidade, ainda que, por outro lado, a considerasse uma imperfeição.

Também o Direito teria influenciado na designação do sujeito de direitos pessoais em distinção ao sujeito de direitos reais, ligado às coisas, uma vez que o mesmo homem poderia ter diferentes *personae*, quer dizer, diferentes papéis sociais ou 'jurídicos'.

Em Roma, por exemplo, apenas os cidadãos tinham direitos *pessoais*, isto é, '*pessoa*' seria apenas o varão, livre e sujeito de deveres e direitos, e não mulheres e crianças. Como um fato do Direito Romano, Mauss (1974, p. 227-228) observa que:

*A pessoa é algo além de um fato de organização, mais do que o nome ou o direito reconhecido a uma personagem e mais do que uma máscara ritual: é um fato fundamental do direito. Em direito, dizem os juristas, nada há além das 'personae', das 'res' e das 'actiones': esse princípio ainda governa as divisões de nossos códigos. [...]. Todos os homens livres de Roma foram cidadãos romanos, todos tiveram a persona civil; alguns tornaram-se 'personae' religiosas; algumas*

---

<sup>3</sup> Diga-se que os autores, sobretudo cristãos, preferiram usar a palavra '*hypóstasis*' (um paralelo do latim '*substantia*') ao invés do tradicional *prosôpon*. Contudo, também *hypóstasis* no fundo poderia ser interpretada – pelo menos etimologicamente – como o que 'estava sob' (*hypó*) a máscara: no teatro, indicaria então não o ator, mas a personagem que ele representava, simbolizada e identificada com a máscara.

*máscaras, nomes e rituais permaneceram ligados a algumas famílias privilegiadas dos colégios religiosos.*

Como segunda fonte argumentativa para a formulação do conceito etimológico de *pessoa* Stancioli (2010) ressalta, justamente, a grande diferença que há entre 'máscara' e 'pessoa', em seu sentido mais estrito. Conforme salienta, não há uma oposição entre o 'eu' verdadeiro e o 'eu' mascarado. Pelo contrário, a *pessoa* é o "mais verdadeiro eu" que pode existir, fruto da singularidade do ser humano, em sua plenitude.

Segundo Park, o homem está sempre e em qualquer lugar representando um papel, e é nesses papéis que nos conhecemos uns aos outros, que nos conhecemos a nós mesmos. Na compreensão deste autor:

*Em certo sentido, e na medida em que esta máscara representa a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que nos esforçamos para chegar a viver – esta máscara é o nosso mais verdadeiro eu, aquilo que gostaríamos de ser. Ao final a concepção que temos de nosso papel torna-se uma segunda natureza e parte integral de nossa personalidade. Entramos no mundo como indivíduos, adquirimos um caráter e nos tornamos pessoas. (STANCIOLI, 2010, p. 31).*

Ressaltando-se a noção de *pessoa* como papel social e recuperando-se o lugar da teatralidade, permitindo ao indivíduo orgânico, que é o social, existir, possibilita-se entender melhor o porquê das primeiras acepções da palavra '*pessoa*' ter o significado de máscara.

Ocorre que, nesse contexto, ainda que se refira ao conceito de *pessoa* e à noção mais ou menos clara de indivíduo, à *pessoa* não é reservado nenhum conteúdo ôntico mais preciso, visto que só era reconhecido por causa dos papéis que desempenhava na sociedade, pois nada mais era do que um elemento do mundo material e, sendo assim, sujeito a todos os constrangimentos sociais

Gonçalves (2008, p. 23) afirma, nesse sentido, que a verdadeira utilidade do conceito de *pessoa* está, antes de mais nada, na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. "A sua individualidade revela-se, neste contexto, um papel, uma máscara viva no palco do mundo, mas não mais do que isso". Esta é,

aliás, uma crítica que faz Ascensão (2008) à visão da *pessoa* no século XX, que, de acordo com ele, é substituída pela ideia de humanidade, deixando de atender ao homem concreto.

Tentando responder por que a filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico da *pessoa*, Gonçalves (2008) argumenta que a resposta parecer estar na enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais em face da visão monista da realidade. Até porque, na cultura arcaica grega, a existência humana se harmonizava com a organização geral do cosmos, pois não havia separação entre o conhecimento físico e a reflexão sobre os valores relativos à dinâmica do mundo natural.

Essa concepção, pautada numa unidade física e orgânica, não permitia a percepção dos outros homens como existência singular. Desse modo, a percepção que os gregos detinham da individualidade estava intrinsecamente alinhada à concepção de ser parte de um todo harmonioso, a partir do qual e somente em referência ao qual se podia perceber o indivíduo.

Platão e Aristóteles aplicaram conceitos de substância, natureza e essência ao homem sem se referirem concretamente à *pessoa*. Não obstante, foram eles que inauguraram o período antropológico da filosofia, desenvolvido pelos gregos a partir de uma cosmológica segundo a qual o ser humano é compreendido como a realidade natural mais elevada.

Superada a acepção sociológica da *pessoa*, na qual, primeiramente se desenvolveu a reflexão sobre o homem na sua dimensão exterior, “[...] uma acepção de natureza ontológica para o termo ‘*pessoa*’ começa a ser construída nas disputas trinitárias e cristológicas da Antiguidade”. (HERVADA, 2008. p. 295).

Desvendando o sentido da sua individualidade no seio da humanidade, nesta visão a *pessoa* passa a ter um lado metafísico relacionado a uma alma individual e sua porção espiritual passa a ser um fato reconhecido socialmente, permitindo que o conceito de *pessoa* aplicado ao homem, como possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais, com sua consequente dignidade, venha ser desenvolvido, como se verá a seguir.

### 3 A PESSOA NA TEOLOGIA TRINÁRIA: A ANTROPOLOGIA TEOLÓGICA

Foi com o Cristianismo, no seio da filosofia patrística, de evangelização e de defesa da religião cristã, mais tarde aprofundada pelos escolásticos, que se superou a visão monista da realidade e se dotou de conteúdo metafísico o conceito de *pessoa*, no sentido da singularidade substancial ou do princípio último de individuação – a noção filosófica de *pessoa* só foi aperfeiçoada pela Escolástica,<sup>4</sup> estimulada pela necessidade de enquadramento das *pessoas* divinas. (ASCENSÃO, 2008).

Fundamentada nas reflexões cosmológicas gregas, o constructo erigido no século VI dC, define a *pessoa* como indivíduo que subsiste na natureza racional. O pensamento teológico parte de uma verdade revelada, procurando compreendê-la, ilustrá-la e explicá-la racionalmente, deixa o homem de ser objeto e passa a ser sujeito, portador de valores.

Por ser um conceito aprimorado no contexto da reflexão teológico-cristã, o conceito de *pessoa* se encontra ligado a três de suas grandes questões: a natureza da Santíssima Trindade (um Deus ou três Deuses?); a Encarnação do Verbo (Deus ou homem?); e a semelhança ontológica entre o Homem e Deus.

Desejava-se explicar a fé que se tinha em um Deus-Trindade e na Encarnação da segunda *pessoa* dessa Trindade como homem, sem perder sua divindade. O mistério dos três nomes divinos – Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo – conduziu à reelaboração deste conceito.

Durante os séculos IV e V, estas afirmações foram geradoras de controvérsias ideológicas que tinham na sua origem o problema linguístico. Ocorre que no início da elaboração da doutrina trinitária (começo do século III) as palavras *prosôpon* e *persona*, na tentativa de designar aquilo que distingue os Três, foram aplicadas à Trindade no sentido de que o Pai, o Filho e o Espírito Santo eram tão-somente funções, papéis ou até meros modos ou manifestações da substância divina única.

Esse tipo de compreensão, característico de alguns teólogos do

<sup>4</sup> Denomina-se Escolástica a filosofia predominante ensinada nas escolas da Idade Média – nas catedrais, nas escolas monacais (próximas a abadias) e universidades – no período compreendido entre os séculos XI e XIV.

século III chamados de “modalistas”<sup>5</sup>, tanto foi condenado como herético pela Igreja, que insistiu na igualdade e na distinção das *personas* divinas, quanto não pôs fim à exigência de uma linguagem rigorosa que descrevesse e explicasse a trindade de Deus e a dupla natureza de Cristo, fundamental para a compreensão do conceito de “*pessoa*”, tornando claro que *prosôpon* e *persona*, no sentido explicado, só eram parcialmente adequados para expressar o que a fé cristã confessava a respeito da Trindade. (RUBIO, 2001).

Deve-se a Tertuliano (século II-III) a identificação da palavra grega *prosôpon* ao conceito latino *persona*, próprio do Direito Romano. Para ele, o termo ‘*pessoa*’ exprimia o indivíduo particular a quem se endereça. Não se tratava de um simples personagem, mas da presença efetiva de alguém que existe nele mesmo, de uma realidade individual e distinta, de uma realidade incomunicável. Na sua relação com o outro, a *pessoa* se exprime como um sujeito que diz “eu” em relação a um “tu”. (GONÇALVES, 2008, p. 26).

A Tertuliano se deve, sobretudo, a contribuição de projetar o mistério trinitário no primeiro plano da reflexão teológica, acentuando a distinção da Trindade sem a separação: em Deus há uma *substantia, tres personae* (uma única substância, três *personas*).

Além disso, foi ele quem usou os termos latinos *substantia, persona* e *status* para sanar as confusões modalísticas, sem, contudo, resolver a questão. Isso só virá a ocorrer no momento em que, na teologia cristã, o monismo antigo ceder lugar ao dualismo filosófico – natureza (*physis*) versus *pessoa* (*hypostasis*). (GONÇALVES, 2008). O único Deus se realiza em três “*hypostasis*”: Pai, Filho e Espírito Santo, que não são modos de expressão, mas constituem a realidade imanente de Deus.

No contexto trinitário, Tertuliano é o primeiro usar a palavra *persona* em relação à Trindade. Nele tem origem a fórmula latina: há *tres personae* em Deus, no sentido de três individualidades distintas. Ele conhecia o grego e também o uso bíblico de *prosôpon* para exprimir o rosto ou voz de Deus. Nesse último sentido, *persona* deixa de expressar o papel social de um homem e passa a significar seu núcleo constitutivo, do qual irá derivar sua inigualável dignidade.

---

<sup>5</sup> Segundo Stancioli (2010), o Modalismo foi uma das grandes heresias do século III. Seus representantes, de que são exemplos Noeto, Prassea e Sabellio, postulavam o entendimento de que Deus é um só através de diversos modos de manifestação. O Filho é o Pai, enquanto que ele se manifesta a nós. Deus nele mesmo é apenas um só.

Aqui reside o cerne da noção ontológica ou metafísica da *pessoa*, pela qual as respostas aos problemas assinalados começaram a alinhar-se. A dificuldade antiga em lidar com a individualidade agora se vê superada. *Pessoa* torna-se a forma especial de ser, a natureza, a universalidade ou essência da realidade. O conceito de *pessoa* ganha um conteúdo ontológico, torna-se capaz de designar uma realidade ôntica, a qual nem mesmo em Aristóteles, o pensamento clássico logrou identificar.

Foi com Santo Agostinho (século IV-V) que se acentuou a singularidade e a individualidade como notas no conceito de *pessoa*, sendo sistematizadas as potências da inteligência, da memória e da vontade. Precursor da reflexão sobre a *pessoa* humana, como subjetividade vivente, Santo Agostinho, em seu tratado "Da Trindade", oferece um primeiro ensaio em que se exprime a subjetividade do *eu*. Deus é o mestre interior cuja *pessoa* transcendente fala para a *pessoa* humana.

Já no século V-VI, com Boécio, em quem encontramos uma aguda análise da fronteira e da transição do uso filosófico de *persona* para o uso teológico, consagrou-se a primeira formulação doutrinária da definição de *pessoa*, que veio a constituir na raiz teórica dos tratamentos posteriores dados a esse conceito: "*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*" ("diz-se propriamente *pessoa* a substância individual de natureza racional"). (COMPARATO, 2005, p. 19).

Especificamente no tocante à sua antropologia filosófica, Boécio concebe o ser humano como um composto de corpo mortal e alma imortal. Por uma parte, a alma é forma do corpo e é por ela que o homem é. A alma, porém, não é todo o ser humano, senão só uma parte de sua essência. Nessa perspectiva, Boécio tanto consolidou o vocabulário acerca da *pessoa* (*prosôpon*), como reafirmou a existência de duas naturezas em uma só *pessoa*, para Cristo. (STANCIOLI, 2010).

No século XII, Ricardo de São Vitor, com o objetivo de adaptar melhor a definição de *pessoa* ao dogma trinitário, propõe uma definição mediante a qual transfere o constitutivo de *pessoa* para o campo existencial, e introduzindo-lhe a ideia da incomunicabilidade e substituindo a expressão "*individua substantia*" por "*incommunicabilis*" e "*singulares existêntia*": *persona est divinae naturae incommunicabilis existêntia* (*pessoa* é a existência incomunicável da natureza divina). (GONÇALVES, 2008).

O conceito de *pessoa* aparece, assim, como realidade ontológica única, fechada, incomunicável, sendo a natureza humana racional singularizada na existência concreta de cada ser *pessoal* que, pertencendo-se a si mesmo, é autônomo e independente. (GONÇALVES, 2008).

Posteriormente, ainda no século XII, São Tomás de Aquino soube melhor desenvolver a doutrina das relações subsistentes na Trindade, introduzindo as necessárias distinções ao conceito de *pessoa* desenvolvido por Boécio (que exerceu grande influência no seu pensamento), a fim de evitar a heresia de que em Deus a natureza é *pessoa*, enquanto natureza.

Para tanto, afirma, de maneira simultânea, a substancialidade da relação *in divinis* por entender que não havia outra forma de se esclarecer o significado das *pessoas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. (HOGEMANN, 2010).

De acordo com Hogemann (2010, p. 565):

*S. Tomás define pessoa como um subsistente indivíduo em alguma natureza racional. Distinctum subsistens in aliqua natura rationali. Concebe o significado da ideia de pessoa como relação, ou seja, a substancialidade da relação in divinis. Para ele, não haveria outra forma de elucidar o significado das pessoas divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. S. Tomás vale-se de Boécio para afirmar que "pessoa"; em Deus, significa precisamente relação: "todo atinente às pessoas, significa uma relação". Além disso, entendia ele que não havia outra forma de se esclarecer o significado das pessoas divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens.*

Assim, a *persona est subsistens in rationalis natura* de São Tomás de Aquino é uma definição na qual já se encontra implícita a noção de sujeito subsistente, na medida em que a substância é aquilo que recebe o ser em si, o qual, por sua vez, confere pelo seu ato um caráter de unidade e totalidade ao sujeito. (GONÇALVES, 2008).

Ora, desta concepção de *pessoa* sobressai o caráter único do ser humano, bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, visto que todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade. (STANCIOLI, 2010).

A consequência antropológica de tal concepção se explicita na medida em que o ser humano não pode ser verdadeiramente *pessoa* a não ser que viva em uma rede de relações fundamentais e de reconhecimento mútuo. Tal perspectiva oferece uma fundamentação na qual a dignidade não está condicionada e não se sujeita às convenções jurídico-sociais, isto é, não depende de fatores externos ao ser humano.

Por isso, a concepção aquiniana de *pessoa* é considerada de fundamental importância para a construção do conceito de *pessoa* na modernidade: permite pensar a *pessoa* a partir daquilo que o homem tem de mais individual, próprio, incomunicável, menos comum e mais singular (*persona como per se una*). (BRAGATO, 2010).

Segundo Bragato (2010), embora a síntese de São Tomás de Aquino, situada entre a tradição clássica e a teologia cristã, tenha sofrido rupturas nos séculos que se seguiram, é inegável que os pensadores cristãos (com destaque para o próprio Aquino) foram responsáveis não só pelo aprofundamento do conceito de *pessoa*, como pela ressignificação da antropologia subjacente à ideia de *pessoa*.

#### **4 O CONCEITO DE *PESSOA* NA FILOSOFIA MODERNA**

A mudança de padrões filosóficos ocorrida na Idade Média representou os primeiros passos para o desenvolvimento da noção de *pessoa*.

Até então, na perspectiva clássica e medieval, a *pessoa* humana, embora reconhecida na sua singularidade e dignidade ontológica, não chegou a ser o centro das preocupações: se a influência cristã colocou-a na qualidade de sujeito dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade, o fez por ser ela imagem e semelhança de Deus.

A preocupação não era propriamente o ser humano, mas o próprio cosmos ou, então, Deus. A filosofia preocupava-se com os problemas ligados ao 'ser' enquanto 'ser' e o conhecimento, por ser de cunho metafísico, impossibilitava a construção de uma teoria do conhecimento. (REALE, 1989).

A partir do século XVI, na natureza e na história, Deus vai perdendo a transparência que tinha para os antigos. O eixo e o centro da humanidade

deixam de ser o contexto religioso; as relações entre os homens apresentam-se menos hierarquizadas; não há mais uma orientação central (política, religiosa ou cultural) e novas produções subjetivas são criadas a partir da Renascença, na qual as realidades passam a ser referidas ao ser humano, a começar pelo mundo da natureza. Na qualidade de sujeito, o ser humano destaca-se da natureza e a transcende; inverte-se a relação homem-natureza.

Nesta época descobre-se a subjetividade. A antropologia da subjetividade nasce, pois, no contexto da filosofia moderna, marcada, essencialmente, pela atitude da dúvida filosófica.

Esta atitude filosófica acarreta, como inevitável consequência, uma alteração do objeto da filosofia: do estudo da ontologia do ser, a filosofia passa a ter por objeto o próprio sujeito cognoscente – o homem, antes e primeiro como um sujeito que conhece. Assim, o conceito de *pessoa* terá de sofrer, necessariamente, uma alteração semântica – a ideia de *persona* perde o seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, na esteira de um crescente avanço da razão técnico-instrumental.

A alteração conceitual é grande: se a reflexão teleológica cristã havia construído uma noção metafísica de *pessoa* e mesmo seu prestígio moral, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico, para identificá-la com uma realidade psíquica, emotiva, subjetiva.

No século XVII, o “eu” de Pascal distingue o Deus dos filósofos do Deus pessoal de Abraão, de Isaac e de Jacó, capaz de invadir a pessoa humana em uma experiência única.

Da mesma forma, o “eu” do *cogito* de Descartes rompe com o modelo tradicional de pensar a unidade do homem mediante forma ou matéria: a filosofia passa de uma reflexão metafísica sobre os objetos para uma reflexão sobre os sujeitos e, portanto, sobre as *pessoas*.

Através do *cogito*, Descartes desenvolve a tese de que o pensamento é simultâneo à existência, não sendo possível pensar e não existir e existir e não pensar – o “eu” como consciência, uma autoconsciência, ao mesmo tempo em que enfraquece ou diminui o reconhecimento do caráter substancial da *pessoa*, acentua a sua natureza de relação, especialmente no que tange à relação do homem consigo mesmo.

Essa nova forma de pensar o mundo deu origem ao racionalismo que, como corrente filosófica, concebe a *pessoa* como ser intelectual capaz de duvidar e de elaborar ideias claras e distintas. A partir daí, a imagem de homem que irá prevalecer na cultura ocidental é a do homem como *pessoa*. A *pessoa* humana passa a ser o centro de todo o saber e também a sua fonte.

O alcance da filosofia cartesiana é inquestionável. A ele se atribuem todas as consequências históricas do rumo técnico-científico que a civilização ocidental tomou a partir do século XVII nos planos social, histórico e político. E não é necessária muita perspicácia para avaliar o quanto o pensamento cartesiano sobre o sujeito contribuiu para a direção histórica que ainda hoje estamos seguindo, sobretudo se consideradas a complementação que essa ideia de subjetividade recebeu posteriormente.

No século XVII, a filosofia iluminista e a Enciclopédia francesa se engajaram no caminho dos direitos da *pessoa*, da liberdade individual do pensar e da propriedade privada. A *pessoa* humana passa a ser percebida não só pelo fato de existir, mas também de como ela existe.

Locke propõe uma definição de *pessoa* na qual a construção do “eu” é fruto do processo de conhecimento. Em Locke, *pessoa* é o ser pensante, dotado de razão e reflexão, que pode reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora sobre ela, no presente. (GONÇALVES, 2008).

No século XVIII, os direitos tornam-se efetivamente os valores mais importantes da convivência humana em sociedade. (COMPARATO, 2005). Foi neste século que a civilização dos direitos explodiu. Não por acaso, é conhecido como o século da grande viragem do Ocidente, uma vez que, conforme Ascensão (2008, p. 80):

*[...] a uma sociedade em que a sociedade política apelava aos deveres dos cidadãos sucede-se uma sociedade em que se apela aos direitos. Há uma passagem da comunidade sócio-política, de comunidade de deveres, para comunidade de direitos e, até, nas formas mais adiantadas, comunidade de direitos sem deveres. Pelo menos, os deveres ocupam um lugar recuado, perante essa categoria nuclear que é representada pelos direitos humanos ou direitos do homem.*

Para tanto, muito contribuíram as formulações de Immanuel Kant. Com

ele, a pessoa se torna propriamente um conceito filosófico: ultrapassando o pensamento cartesiano, o “eu-pessoa” aparecerá em Kant como o “eu” do “dever ser”.

*Pessoa*, então, é aquele sujeito a quem se podem imputar suas próprias ações. Em Kant, o homem possui um valor absoluto que ele detém em vista de sua *pessoa*; enquanto ser racional e, como tal, a *pessoa* é entendida como sujeito autônomo que age segundo a determinação de vontade, não por leis da natureza, mas consoante aos ditames da própria razão pura e também da razão prática, o que lhe possibilita ser livre.

De acordo com Hogemann (2010, p. 567):

*Desse modo, ocorre convergência do conceito de liberdade com o de pessoa, na medida em que esta é um ser racional e seu agir deriva da vontade pura – ação de causação puramente racional – e conseqüentemente livre. A autonomia reduz-se à experiência inerente à própria subjetividade do indivíduo como realização de sua humanidade, o que implica o imperativo categórico de Kant no sentido de reconhecer, a partir da identidade de sua própria consciência, a existência da humanidade em si.*

Nessa perspectiva, considerar o homem como fim em si é considerar cada homem como uma *pessoa*, isto é, como um valor absoluto e nunca como meio a atingir determinada finalidade. O ser racional identifica-se com a razão e tal como esta, não deve estar subordinado a condições estranhas, a princípios externos.

Compreende-se, assim, que a *pessoa* se distingue de tudo o que, sob o nome de necessidades e de inclinações, constitui aquilo a que se chama individualidade. E por ser insubstituível em sua individualidade, o homem possui dignidade e não um preço. Daí Kant tira a máxima do imperativo moral que deve ordenar a conduta individual ou coletiva do ser humano e que prescreve, ao mesmo tempo, o respeito por si e o respeito pelos outros.<sup>6</sup>

Com Kant, firma-se, enfim, de forma nítida a noção de *pessoa*.

---

<sup>6</sup> A principal fraqueza apontada na concepção de Kant, influenciada por seu idealismo, é o fato de estar atrelada a uma filosofia do sujeito ligada a um conceito “pré-social de pessoa”. Esse sujeito puramente individual, “autônomo e privado”, é visto como uma ilusão da ideologia burguesa e do seu jogo de espelhos, em que a um conceito atomista de pessoa corresponde um conceito contratualista e racional de sociedade. (KANT, 2009).

Entre os séculos XIII e XIX, visando a superar o dualismo entre corpo e alma, ainda prevalecente na filosofia, vem à tona a reflexão hegeliana sobre a individualidade.

Conforme salientado em Miguel Reale (1963, p. 103), ao dualismo essencial kantista entre 'ser' e 'dever-ser' "[...] contrapõe Hegel a unidade indissolúvel do pensamento com a realidade, de tal modo que o que deve ser não é senão um momento do devir de algo, pois, "aquilo que deve ser é, e, ao mesmo tempo não é".

Enquanto que Kant concebe o dever-ser como peculiar tão somente à essência e à dignidade do homem, Hegel pensa-o como um momento da "destinação" dos seres em geral. (REALE, 1963).

Mas, conforme Reale (1963, p. 194), embora a filosofia postulada por Hegel tenha-se esforçado por superar, no plano da racionalidade concreta, a finitude e a infinitude do ser humano, o filósofo não atinge seu intento, "[...] inclusive por tomar como ponto de partida da objetivação ética uma abstração infecunda", justamente por esvaziar o conceito de *pessoa* de seu conteúdo axiológico, esvaziado de substância.

O resultado dessa "concepção abstrata" da *pessoa* é o sacrifício da subjetividade, como tal, dentro de um contexto que não permite falar de *pessoa* em sentido ôntico.

Portanto, o pensamento kantiano haveria de ainda prevalecer no prenúncio da elaboração do conceito de *pessoa* no século XIX.

## 5 A PESSOA NOS SÉCULOS XIX E XX

Graças ao pensamento inovador de filósofos como Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, ficou claro que o bem e o mal não se encontravam confinados nos objetos ou ações exteriores à *pessoa*, mas resultam sempre de uma avaliação, isto é, da estima ou preferência que os bens têm na consciência de cada indivíduo, significando uma inter-relação entre sujeito e objeto, no sentido de que cada *pessoa* aprecia algo porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor. (COMPARATO, 2005).

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, também é verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente, o que exige o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores.

*Os bens ou ações humanas não se organizam, apenas, numa oposição primária de valores e contravalores. Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana. (COMPARATO, 2005, p. 26).*

Foi este o eixo do conceito de *pessoa* no século XIX, quarta etapa histórica de nossa compreensão da *pessoa*, que, trazendo ideias valorativas e fundamentos éticos, consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo capaz de dirigir a sua vida em função de suas preferências valorativas, por ser racional e possuir vontade e autonomia. Ou seja, a *pessoa* humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. (COMPARATO, 2005).

Por isso, o Estado do século XIX:

*[...] agrupa indivíduos autônomos, independentes, livres, dotados de igualdade política e jurídica. Como oposição ao Estado absoluto, consagram-se as liberdades e direitos dos indivíduos; estes, de súditos, deveriam ascender ao grau de cidadão. Daí, os valores desse Estado: garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança, da propriedade. O Estado é instrumento de garantia dos direitos individuais, disso decorrendo sua utilidade e necessidade. (MEDAUAR, 2003, p. 80).*

Como anota Ascensão (2008, p. 86), nos quadros do liberalismo que marcou este século, desenvolveu-se o individualismo, propício à propriedade dada à satisfação dos egoísmos individuais, e, em contraponto, movimentos igualmente materialistas, mas de sinal contrário, “[...] conducentes a uma luta de classes”.

Da evolução descrita, temos que há verdade em se afirmar que, na época moderna, o conceito de *pessoa* que era a resposta à pergunta “o que

é o Homem” tornou-se, verdadeiramente, um termo interrogativo. *Persona* já nada responde quanto à realidade humana, torna-se, antes, uma interrogação acerca do homem.

Em que pese a desconstrução do conceito de *pessoa* ocorrido na Modernidade, fato é que, neste período, foram lançadas as bases do personalismo contemporâneo, presente, especialmente na primeira metade do século XX, quinta e última etapa na elaboração do conceito de *pessoa*, quando entra em cena o pensamento existencialista, segundo o qual cada indivíduo possui identidade inconfundível e singular: o existencialismo acentuou a *pessoa* como única e insubstituível, defendendo a sua unicidade. (COMPARATO, 2005).

De acordo com Comparato (2005, p. 26-27), reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irrepetível da *pessoa* individual.

*Confirmando a visão da filosofia estóica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis.*

Em aparente contraste com a afirmação da unicidade da *pessoa* humana (pregada pelo existencialismo), o pensamento filosófico do século XX colocou em foco a realidade essencialmente relacional da vida, implicada, de certa forma, no inter-relacionamento sujeito/objeto.

Para Ortega y Gasset, por exemplo, a realidade foi a *pessoa* imersa no mundo: “*yo soy yo y mi circunstancia*”, entendendo-se como circunstância, no sentido étimo latino, aquilo que envolve e impregna minha vida, e sem o que ela seria propriamente inconcebível. Heidegger, na mesma linha de pensamento, formulou como característica essencial da *pessoa*, o “ser-no-mundo” (*in-der-Welt-sein*), o modo de ser no mundo. (COMPARATO, 2005).

Segundo Comparato (2005), o pensamento filosófico atual, entretanto, retoma as proposições do filósofo renascentista Giovanni Pico Della Mirandola, cujas ideias, aparentemente circunscritas a um período determinado da história do pensamento (o Renascimento), ultrapassam esta perspectiva, alcançando validade atemporal. (LACERDA, 2010).

Em Mirandola aparece com força o antropocentrismo: o homem está “no meio do mundo” não em um sentido físico ou topográfico, mas em um sentido ontológico, pois a ele estão abertas possibilidades diversas para a sua própria realização.

*Quem está “no meio”, afinal, tem mais facilidade para tomar qualquer direção. A existência humana não foi limitada por Deus a um destino único ou a uma só vontade. O homem está no meio para que ele possa escolher a sua direção, o seu caminho próprio, para que ele se torne o que quiser ser. (LACERDA, 2010, p. 20).*

Em Mirandola deste modo, o homem, que não apenas está no mundo, mas que atua sobre o mundo, é um ser livre (a liberdade é o dom que teria recebido de Deus), árbitro e soberano de si mesmo. Por isso, a razão e a inteligência do homem não possuem exclusivamente um alcance ético, mas também um viés poiético (de *poiesis*, produção, fabricação). A natureza humana seria, pois, determinada pelo próprio homem, ou melhor, por cada homem considerado individualmente. (LACERDA, 2010).

Isso o leva a postular que o autoaperfeiçoamento, a capacidade de se tornar, pelo uso da razão, um “animal celeste”, próximo à máxima perfeição, é o que converte o homem em um ser digno, merecedor de respeito por parte dos outros homens. (LACERDA, 2010).

No esteio de Mirandola, a reflexão filosófica atual sobre a *pessoa* acentua a visão da *pessoa* não como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto, inacabado, evolutivo, isto é, mutável, e propriamente “[...] um vir-a-ser, contínuo devir”. (COMPARATO, 2005, p. 31).

*Retomando a ideia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola, Heidegger salienta que ser humano apresenta essa característica singular de um permanente incabamento (eine ständige Unabgeschlossenheit). Neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não*

*tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. (COMPARATO, 2005, p. 33).*

Com igual percepção, Stancioli (2010), entendendo a *pessoa* sob um viés transdisciplinar, alinha-se às reflexões filosóficas atuais que acentuam o caráter mutável da *pessoa*, demonstrado nas continuidades e rupturas da trajetória histórica deste conceito.

Para este autor, o conceito de *pessoa* deve ser investigado em certos elementos que o constituem, quais sejam: corpo, valor e elementos incontornáveis – autonomia, alteridade e dignidade. Segundo tal concepção, a *pessoa* seria um projeto inacabado, em construção intersubjetiva constante, uma vez que “[...] ser *pessoa* significa ser um fluxo de valores em eterna mudança”. (STANCIOLI, 2010, p. 125).

Segundo Comparato (2005), para a teoria jurídica e para o sistema de direitos humanos em particular, as consequências desta que seria a última etapa na elaboração do conceito de *pessoa humana* são muito relevantes, pois o caráter único, insubstituível de cada ser humano, de portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da *pessoa* existe singularmente em todo indivíduo.

## 6 CONCLUSÃO

Com este horizonte, pode-se afirmar que a reflexão sobre a evolução da noção de *pessoa* (aqui levada a cabo em rápido compêndio), chegando à formulação da ideia de *pessoa* na atualidade, que acentua não a *pessoa* como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto e inacabado, evolutivo e mutável, um vir-a-ser em contínuo *devir*.

A perspectiva atual de *pessoa* coloca-a como âncora da noção de dignidade humana, pois apenas a *pessoa* fornece a razão da dignidade, isto é, apenas a *pessoa* nos dá a razão da dignidade, assim como só ela nos permite apreender as consequências da dignidade.

O desafio que se coloca aos civilistas, pois, é a capacidade de ver a *pessoa* em toda a sua dimensão ontológica: a restauração da primazia da *pessoa humana*, nas relações civis “[...] é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”. (LÔBO, 1999, p. 103).

## 7. REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José Oliveira. A Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Mestrado em Direito**, vol. 8, n. 2, pp. 79-101, Osasco, 2008.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. A Definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Ano 4, n. 13, pp. 78-95, Porto Alegre, outubro/dezembro de 2010.
- CARVALHINHOS, Patricia de Jesus; ANTUNES, Alessandra Martins. Princípios teóricos de Toponímia e Antroponímia: a questão do nome próprio. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE LINGÜÍSTICA E FILOLOGIA, XI, 2007, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, CIFEFiL, 2007.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ENGELHARDT JR, H. Tristam. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2004.
- GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Lisboa: Almedina, 2008.
- HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HOGEMANN, Edna Raquel. A Ambiguidade da noção de pessoa e o debate bioético contemporâneo. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, CONPEDI, 2010.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- LACERDA, Bruno Amaro. A Dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola. **Revista Legis Augustus**, vol. 3, n. 1, pp. 16-23, Rio de Janeiro, setembro de 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 36, n. 141, pp. 99-109, Brasília, jan/mar de 1999.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. Pessoa, Sociedade e História. *In*: Symposium sobre Derecho Natural y Axiologia, 1963, México. **Anais...** México, 1963.
- RUBIO, Alfonso García. **Unidade na Pluralidade: o ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs**. São Paulo: Paulus, 2001.
- STANCIOLI, Brunello Souza. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade: ou de como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992.

---

# *A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

---

*Luci Rodrigues de Figueiredo*<sup>1</sup>

**Resumo:** A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou no art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Diante de tal previsão constitucional restou à doutrina tentar conceituar esse importante valor fonte do sistema jurídico, político e social, buscando fixar-lhe significado e abrangência. O presente estudo não tem a pretensão de apresentar um conceito inovador do princípio, mas demonstrar a sua relevância como valor fonte de todo sistema jurídico e social que se pretende democrático.

**Palavras-Chave:** Dignity, person, value, democratic state of law, bedding, foundation.

**Abstract:** The Brazilian Constitution of 1988 enshrined in art. 1, section III, the principle of human dignity as the foundation of a democratic state. Faced with this constitutional provision was left to try to conceptualize this doctrine important source value of the legal system, political and social, seeking to fix it meaning and scope. This study does not pretend to present an innovative concept of the principle, but to demonstrate its relevance as a source of value every legal system and social democratic intended.

**Keywords:** Dignity, individual, foundation, value

---

<sup>1</sup> Professora de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Civil da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro); Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Estácio de Sá (Rio de Janeiro); Mestrando em Direito/Teoria do Direito na Universidade Presidente Antônio Carlos, em Juiz de Fora (MG); Assessora do Centro de Ciências Jurídicas da Estácio Participações para análise de aproveitamento de estudos para ingresso no curso de Direito.

## **INTRODUÇÃO**

A História demonstra que nem sempre houve reconhecimento do primado do ser humano. A ideia de dignidade humana emergiu no vocabulário jurídico como uma reação da comunidade internacional ao totalitarismo dos regimes totalitário de Hitler e Mussolini e às atrocidades por eles cometidas no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Esse valor máximo conferido ao homem apenas por ser humano, tem servido de fundamento de todas as nações da civilização ocidental, como vetor a nortear todo o sistema jurídico colocando o homem no centro do ordenamento sendo ele, por quem e para quem o direito é criado.

Mais do que um valor, ou uma constatação metafísica, a dignidade humana é hoje um princípio jurídico, encontrando-se protegida como norma nas Constituições das nações civilizadas. Todavia, as Constituições não dizem o que é a dignidade humana, apenas garantem-na em seu texto como princípio fundamental. É preciso, então, preencher a norma de sentido, compreender o que é o homem e por qual razão ele possui uma dignidade que deve ser socialmente protegida. Nesse sentido a ciência jurídica deve buscar o apoio da Filosofia conforme lição do professor Nuno Coelho:

*O direito não é tido na conta de um objeto pré-constituído, mas como um problema de validade, como pensamento jurídico emergente sempre em/com situações humanas concretas que desafiam o homem a uma resposta de validade, que é uma resposta sobre si mesmo, uma resposta em que o homem se decide na convivência?*<sup>2</sup>

## **O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE COMO VALOR HUMANO**

Se tomarmos o conceito da palavra dignidade derivada da palavra latina *dignitas*, percebemos que é uma palavra que, dependendo do contexto, tomará sentidos diversos, sendo que, todos seguiriam numa mesma linha de pensamento para significar o que é justo, reto, merecido e que dignidade e felicidade são conceitos que sempre estão juntos, uma vez que a felicidade compreende uma vida digna e dignidade compreende a

---

<sup>2</sup>. COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. <Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o Jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito.> Disponível em: [http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/direito\\_pens.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/direito_pens.pdf). Visitado em: 29 out. 2013

vida-boa, a felicidade apregoada pelos pensadores no decorrer da história da civilização ocidental.

A palavra dignidade tanto pode significar a qualidade de (ser) digno, como uma referência ao mérito de alguém ou de algo, ao que é merecedor de algo e de cuja qualidade é aceitável. Desse modo, um ser digno seria um ser merecedor de algo. A dignidade também pode estar relacionada com a excelência, a gravidade e a honorabilidade das pessoas na sua forma de se comportar. Nesse sentido, um sujeito que se comporta com dignidade é alguém de elevada moral, sentido ético e ações honrosas.

Percebemos então que por este conceito primário, ou do senso comum, o termo dignidade poderia ser aplicado em diversas ocasiões e para outros seres que, por conveniência entre os homens, merecessem um tratamento tal ou qual que reconhecesse neles qualidades que justifiquem uma especial atenção na consecução da sua felicidade ou na minimização do sofrimento conforme se infere do texto da Declaração Universal dos Direitos dos Animais<sup>3</sup> especialmente nos artigos 1º e 3º.

Entretanto e em razão das lutas históricas pela sobrevivência e pelo reconhecimento como ser merecedor e de tratamento igualitário e digno, reconheceu-se, a dignidade do homem como valor, um ideal a ser perseguido, preservado e respeitado por todos, notadamente após Segunda Guerra Mundial, quando então recrudesceram as atrocidades contra o ser humano.

No seu sentido mais profundo, a dignidade é uma qualidade humana que depende da racionalidade. Apenas os seres humanos têm capacidade para melhorar a sua vida a partir do livre-arbítrio e do exercício da sua liberdade individual<sup>4</sup>; os animais, por sua vez, agem por instinto. Neste sentido, a dignidade está vinculada à liberdade e autonomia do homem que se governa a si mesmo com retidão e honra porque só os homens são dotados de razão para escolher, para construir-se e construir o mundo ao seu redor.

*A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder*

---

<sup>3</sup>. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas - Bélgica, em 27 de Janeiro de 1978.

<sup>4</sup>. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. III,2.5-15. 284. Trad: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D.Rosá. In: Os Pensadores Abril Cultural, São Paulo,1973.

*te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.<sup>5</sup>*

A noção de dignidade humana varia de acordo com as épocas e os locais; é uma ideia que, tal qual o homem, está em permanente construção, e que possuímos e admitimos na civilização ocidental, sendo ela a base dos textos fundamentais sobre Direitos Humanos.

Sobre este ser em permanente fazer-se, Giovanni Pico Della Mirandola (1463-1496), em seu Discurso Sobre a Dignidade do Homem (*Oratio de Hominis Dignitate*, 1496), escreveu que a felicidade é “ser aquilo que se quer”. As bestas, ao contrário, desde o momento em que são concebidas, trazem consigo, no ventre materno, “tudo aquilo que depois serão”. Algo semelhante ocorre com os espíritos superiores (como os anjos), que desde a sua criação foram o que eternamente serão. No homem, ao contrário, estão presentes as sementes de tudo, que crescerão e frutificarão “segundo a maneira de cada um as cultivar”.

Conclui, então, o autor:

*Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão os seus frutos. Se vegetais, tornar-se-á planta. Se sensíveis, será besta. Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus, e se, não contente com a sorte de nenhuma criatura, se recolher no centro da sua unidade, tornado espírito uno com Deus, na solitária caligem do Pai, aquele que foi posto sobre todas as coisas estará sobre todas as coisas.<sup>6</sup>*

A dignidade do homem então, conforme delineada por Pico Della Mirandola dependia menos de seu ser do que de seu livre arbítrio; seu ser era fruto de seu agir constante. Esta passagem mostra que há no homem

---

<sup>5</sup>. PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 53.

<sup>6</sup>. PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Idem*.

possibilidades que podem ou não se realizar. É um homem autopoietico<sup>7</sup> que em contato com variáveis tais como, lutar pela sobrevivência, conhecer-se, viver com os outros e reconhecer-se no outro, constantemente constrói a sua dignidade na luta incessante pela felicidade; nesse construir-se a si mesmo, constrói o próprio sistema jurídico-normativo no qual está inserido.

Neste sentido manifesta-se COELHO:

*Tudo isto indica que o sistema jurídico, como totalidade integrada, como ordem de sentido, não é um dado, mas uma tarefa, - grifo do autor- não é um pressuposto, mas é objetivo a cumprir, a cada assimilação de resposta(decisão) exigida por cada caso ( e da pergunta em alguma medida nova que põe) por força de sua permanente transformação, o sistema deve ser admitido como aberto (problematicamente aberto), não pleno (intencionalmente autossuficiente), e autopoietico como racionalidade prático-normativa-autônoma).<sup>8</sup>*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 traz expressamente em seu texto: “Os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana, a obrigação dos Estados de assegurarem o respeito que decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade”

Tal definição tem as suas implicações em nível de direitos econômicos, sociais, culturais, indispensáveis à concretização dessa dignidade.

A noção de dignidade como característica comum a todos os seres humanos é relativamente recente, sendo por isso difícil fundamentá-la senão como reconhecimento coletivo duma herança histórica de civilização, colocando-se a questão de saber se a dignidade humana não será o modo ético como o ser humano se vê a si próprio.

Embora a história nos informe que nem sempre a dignidade humana

<sup>7</sup>. O conceito foi apropriado da Biologia para o Direito para significar a constante adequação do sistema jurídico as transformações jurídicas decorrentes da dinâmica social. Em seu sentido original *Poiesis* é um termo grego que significa produção. Autopoiesis quer dizer autoprodução. A palavra surgiu pela primeira vez na literatura internacional em 1974, num artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe, para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos. Esses sistemas são autopoieticos por definição, porque recompõem, de maneira incessante, os seus componentes desgastados. Pode-se concluir, portanto, que um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto. Disponível em: <http://www.geocities.com/pluriversu/autopoies.html> Visitado em: 31.10.2013.

<sup>8</sup>. COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Direito, filosofia e a humanidade como tarefa. Curitiba: 2012. Juruá, 2012. p. 26

foi respeitada, ou mesmo objeto de normas éticas e/ou legais de proteção, o certo é que a filosofia ocidental já se tinha preocupado com esta questão e contribuiu para o que hoje entendemos por dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos<sup>9</sup> e configura-se como um valor próprio que o identifica, conforme nos ensina Sartre (1998).

*[...] se é impossível achar em cada homem uma essência universal que seria a natureza humana, existe, contudo uma universalidade humana de condição. Não é por acaso que os pensadores de hoje falam mais facilmente da condição do homem que da sua natureza. Por condição entendem mais ou menos distintamente o conjunto de limites a priori que esboçam a sua situação fundamental no universo. As situações históricas variam [...]. Mas o que não varia é a necessidade para ele de estar no mundo, de lutar, de viver com os outros e de ser mortal.<sup>10</sup>*

Roxana Cardoso Brasileiro Borges manifesta-se nesse sentido ao afirmar:

*[...] o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana não deriva de uma lei natural ou de um direito natural, mas de sucessivas conquistas históricas que encontram raízes em vários momentos, tais como na doutrina cristã, no iluminismo, no kantismo e nas reações ao nazismo. A dignidade não é um dado objetivo, um conceito que só pode ser apreendido a partir de uma pessoa concretamente considerada.<sup>11</sup>*

A dignidade da pessoa humana não se trata de algo que é dado pelo Estado ao ser humano, mas de algo que é próprio do homem somente

---

<sup>9</sup>. SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

<sup>10</sup>. SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo; a imaginação; questão de método. São Paulo: Abril Cultural, 1978. coleção os pensadores p.16.

<sup>11</sup>. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da Personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva. 2007, p.19.

pelo fato de ser humano. “Constitui um valor universal, não obstante, as diversidades sócio-culturais dos povos”<sup>12</sup> uma vez que “a pessoa tem *dignidade* ínsita, representando, como já se afirmou, o mais digno ser da natureza.”<sup>13</sup>

Nesse mesmo diapasão Celso Lafer<sup>14</sup> escreve:

*Mais que um super valor, dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade da pessoa humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer para merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência é um direito pré estatal.*

Quem melhor delineou o conceito de dignidade foi Kant (1724-1804), através das suas críticas e análises sobre as possibilidades do conhecimento, principalmente a partir das questões: o que posso conhecer ?, o que posso fazer ? e o que posso esperar ? na Crítica da Razão Pura, na Crítica da Razão Prática e na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, uma das contribuições mais decisivas para o conceito de dignidade humana. a partir qual iniciou-se a construção das primeiras linhas de um sistema fundado na dignidade da pessoa humana.:

*No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.*<sup>15</sup>

Mas foi o pensamento de Hegel<sup>16</sup> com o conceito de *reconhecimento* – grifo nosso - que muito influenciou a criação do conceito de dignidade. O ser humano só o é enquanto reconhecido como tal, ou seja, somente o aspecto

<sup>12</sup>. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial. Disponível em: <[http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_const/o\\_principio\\_fundamental\\_da\\_dignidade\\_humana\\_e\\_sua\\_concretizacao\\_judicial.pdf](http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf)> Visitado em: 31.out.2013

<sup>13</sup>. STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.49.

<sup>14</sup>. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988, p. 78

<sup>15</sup>. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2005.p.77

<sup>16</sup>. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. A fenomenologia do espírito; Estética: a ideia e o ideal ; Estética : o belo artístico e o ideal ; Introdução a história da filosofia. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 392p. (Os pensadores)

biológico não o define como homem. É na relação com o outro (na alteridade) que se é reconhecido humano. Assim, o efeito desse reconhecimento recíproco é a própria dignidade. A tradução desse reconhecimento é a capacidade de liberdade do homem e o reconhecimento dessa mesma liberdade no outro e pelo outro.

Pode-se acertadamente afirmar que a dignidade humana não encontra seu fundamento na autonomia da vontade pois que, a ninguém é dado escolher ter ou não ter dignidade, assim como também não é dado a ninguém o poder de suprimir essa dignidade nem os direitos a ela inerentes, posto que, é ínsito à própria condição de humanidade.

Pode-se até mesmo afirmar que ainda que a própria pessoa não queira tais direitos, não os exerce, ainda assim não deixaria de ter dignidade. A dignidade humana independe de uma atuação no sentido de imputação do Estado, independe até mesmo do reconhecimento pelo Estado, posto que, por ser inerente à pessoa humana, a dignidade é pré-estatal. Nesse sentido, ao Estado é dado somente o dever de reconhecer e promover, por meio de políticas públicas, os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe proteção e tutela.

## **O CONTEÚDO ÉTICO DA DIGNIDADE HUMANA**

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Pode-se afirmar que é do valor da dignidade humana que decorre o princípio da igualdade entre os homens. A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos e consiste em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso próprio interesse ou seja, partir da premissa de igual consideração dos interesses.

O que significa dizer que tais direitos decorrentes dessa dignidade, independem até mesmo da própria consciência da pessoa.

A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a

compreensão da própria existência, porque “um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente”.<sup>17</sup>

A Constituição brasileira vigente foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. O legislador constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição.<sup>18</sup>

Reconhecendo a existência e a sua eminência, a Constituição Federal de 1988 transformou a dignidade da pessoa humana num valor supremo da ordem jurídica quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito e a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atentar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento jurídico, no dizer de PIOVERSAN “é fundado na acolhida da dignidade da pessoa humana como valor que ilumina o universo de direitos.”<sup>19</sup> Nesse sentido continua a autora:

*O fato de o princípio da dignidade humana representar uma conquista do homem torna-a ainda mais preciosa e mais merecedora de proteção do que se tivesse sido outorgada por uma razão divina ou natural. Exatamente por derivar de um momento histórico de conjunturas jurídicas, políticas, filosóficas, econômicas e sociais localizadas e reais, é que o princípio da dignidade da pessoa humana ganha enorme valor.*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> COMTE-SPONVILLE, André. A Sabedoria dos Modernos. 1999, p. 126.

<sup>18</sup> .SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>19</sup> . PIOVERSAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

<sup>20</sup> . PIOVERSAN, *idem*.

## **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A origem do Estado de Direito reside nos ideais dos Estados liberais, sofrendo salutar mitigação em seu sentido originário com o surgimento dos ideais sociais, reproduzidos através nas chamadas Constituições sociais a partir do início do século XX.

A proposta sumária de apresentação dessa análise, entretanto, faz com que a abordagem seja a mais direta e clara possível, assim, num conceito formal podemos dizer que Estado de Direito implica na constituição de Estados limitados pelas regras jurídicas que marcam seu fundamento a doutrina reconhece, internacionalmente, o Estado de Direito como aquele no qual a legalidade é critério observado pelo exercício do poder.

**O Brasil é um Estado de Direito porque possui nas leis a limitação do exercício do poder político e, é um Estado Democrático porque o poder político é subordinado a soberania popular.** Por conceituação, o Brasil ao mesmo tempo em que deve promover a realização da dignidade humana, deve ainda limitar o seu poder político no sentido de não agredir o valor fundamental da dignidade humana ao violar quaisquer dos direitos fundamentais a ela inerentes.

A dignidade humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito é a síntese e a essência de todos os direitos que são atribuídos ao seu titular só pelo fato de ser homem.

De acordo com Mata-Machado<sup>21</sup> o ponto de referência para o Direito é a pessoa, é para ela que o Direito é criado e para ela deve convergir, sendo a pessoa o referencial para todo o sistema jurídico:

*O certo é que o Direito se refere à pessoa, enquanto é esta que se engaja na sociedade, não importando o fato de nela, só sob um aspecto o aspecto indivíduo, se constituir como parte. Nisso mesmo, aliás, reside a razão por que a norma jurídica, especificação da norma do todo social, deve estar a serviço da pessoa, que é um todo também. O direito terá, assim, como motivo determinante, assegurar, numa sociedade de todos, o respeito a essa totalidade, e o seu fim há de ser o de criar as condições dentro das quais a pessoa se possa*

---

<sup>21</sup> . MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Contribuição ao personalismo jurídico. Belo Horizonte. Del Rey. 2000. P. 203.

*afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo independente e livre. O Direito será uma técnica de superação do individual no homem, que, por natureza, é animal político.*

Segundo Luis Gustavo Grandinetti;

*O verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele que coloca o homem como vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e principal realidade, o mais alto de todos os valores, e dos seus direitos o fio condutor de todos os ramos de direito.*

Mas nem sempre na história da civilização humana, o ser humano foi tido como pessoa, a pessoa no sentido de ser o sujeito de direito ou o sujeito hipoteticamente livre e senhor da sua circunstância. Ser humano nem sempre significou ser pessoa e até hoje, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, nem toda pessoa é ente humano.

## **A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL**

A Constituição Federal de 1988 transformou o respeito à dignidade humana em princípio que rege todos os demais princípios e serve de base para todo o ordenamento jurídico. Para se chegar a uma definição de dignidade é importante levar em conta toda a evolução histórica e as conquistas da sociedade por meio das gerações de direitos fundamentais os quais somente serão possíveis de concretização quando respeitado o direito da dignidade, ou seja, a despeito de não ter sido conceituada na Constituição Federal, deve ser vista como um direito de todos, como uma forma de respeitar o ser humano.

Ao instituir a dignidade humana como um dos fundamentos da República, e valor primordial, o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana em princípio vetorial que, a partir de então passaria a nortear e informar todo o sistema, rompendo de vez com os ordenamentos liberais vigentes até meados do séc. XX e com a intransponível barreira da dicotomia entre direito público e direito privado.

Os critérios que a elevam a patamar de direito fundamental podem ser entendidos como o da relevância, da elegibilidade, da consistência, da compatibilidade e da identificação. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que o elenco dos direitos fundamentais tem por escopo determinar o alcance

social da norma estabelecida. Quanto mais reflexos na aldeia social, maior é o valor atribuído à norma. Desta forma, o alcance é a promoção da dignidade da pessoa humana, é oportunizar a todos os humanos indistintamente o direito à *vida boa* que é fruto do desenvolvimento dessa dignidade na alteridade porque afinal, o homem não vive sozinho.

Desta forma, a nova hermenêutica constitucional elevou os princípios à categoria de normas e como tal podem e devem ordenar o arcabouço jurídico. Sob esse aspecto, Lenio Streck<sup>22</sup> alerta que os princípios na nova acepção implantada pelo sistema jurídico constitucional tem função diversa daquela apresentada pelos princípios gerais de Direito, vez que, enquanto estes asseguravam e incrementavam o exercício da discricionariedade do magistrado, aumentando sua liberdade, a nova função dos princípios é “fechar” as “possibilidades advindas da abertura semântica dos textos, a partir da introdução do mundo prático no direito”

Cumprе ressaltar que os princípios não são mais vistos como eram no positivismo, como valores éticos a serem seguidos pela sociedade, atualmente, os princípios são carregados de normatividade, o que os faz um tipo de norma, assim como as regras. Os princípios constitucionais são normas que sustentam e sevem de fundamento jurídico para o ordenamento constitucional, são os valores primordiais e as bases do sistema normativo da sociedade. Não são considerados apenas meros programas ou sugestões para ações da iniciativa privada ou do Poder Público, eles dão a direção para as atividades, pois possuem verdadeira força vinculante.

## **A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

O princípio da supremacia da constituição é o ponto de partida da Hermenêutica Constitucional. Tal princípio decorre do fato de este corpo de normas ser o ápice da pirâmide jurídica da Nação, ou seja, ter supremacia para com as demais normas:

*Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. (...) a supremacia constitucional,*

---

<sup>22</sup>. STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: O solipisismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Coimbra: Almedina, 2008, p. 09.

*em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material.*<sup>23</sup>

A validade de todo o restante do sistema jurídico de um país é outorgado por sua Carta Magna. Assim todo o ordenamento infraconstitucional deve estar de acordo com os preceitos constitucionais estabelecidos, ou seja, a legislação infraconstitucional retira da Constituição sua fonte de validade, como se “pedisse licença” a ela para entrar no ordenamento jurídico e, por consequência, surtir efeitos. Desta forma, a supremacia da Constituição informa que este documento normativo é a fonte de validade das demais regras do ordenamento.

Esta lógica nos conduz à interpretação de que a introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional tem-se demonstrado de fundamental importância para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos jurisdicionais que na aplicação do direito tem realizado a leitura do Direito privado, notadamente dos institutos do Direito Civil criados ainda sob a ótica individualista do Liberalismo.

## CONCLUSÃO

A hermenêutica constitucional do direito privado é a única forma de possíveis mitigar injustiças que eventualmente surjam pela aplicação da letra fria da lei infraconstitucional. Como observa Ingo Sarlet: “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.<sup>24</sup>

Pelo fato de a dignidade da pessoa humana, aparecer prevista como princípio constitucional, no artigo 1º., inciso III, da Carta Política de 1988 e, na esteira das modernas legislações, assumiu assim, o papel de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Diversos artigos, a Carta Magna referenda tal princípio como norteador do Estado Democrático

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 150 e 153

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 71

de Direito, como por exemplo, à proteção à vida, do direito à saúde, à moradia digna, garantindo a liberdade, a igualdade, o acesso à justiça, bem como quando trata do meio ambiente sustentável, capaz de atender às necessidades sociais presentes e futuras, refletindo assim, um valor inestimável, porquanto subsume a aplicação e a interpretação de todas as demais normas legais ao respeito dessa garantia.

A constituição Federal inseriu em seu texto o princípio da dignidade humana como forte argumento para os que consideram os direitos de personalidade como direitos fundamentais garantidos infraconstitucionalmente por meio de normas de direitos fundamentais atribuídas, devendo receber a mesma tutela dispensada aos direitos fundamentais diretamente expressos pelo texto constitucional, pode-se observar no tocante aos direitos de personalidade, cuja fundamentalidade é reconhecida por uns e rechaçada por outros, uma situação análoga a dos direitos fundamentais, não há consenso quanto a sua conceituação material.

Concluimos nosso raciocínio que o fundamento jurídico da contemporânea teoria dos direitos de personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal. Nesse sentido a personalidade humana “deve ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico”.

## **REFERÊNCIAS**

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. III,2,5-15. 284. Trad: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D.Rosá. In: Os Pensadores Abril Cultural, São Paulo,1973.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da Personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva. 2007.
- COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: 2012. Juruá,2012.
- COMTE-SPONVILLE, André. *A Sabedoria dos Modernos*. 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A fenomenologia do espírito; Estética: a ideia e o ideal ; Estética : o belo artístico e o ideal ; Introdução a história da filosofia*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 392p. (Os pensadores)
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.p.77

- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Contribuição ao personalismo jurídico. Belo Horizonte. Del Rey. 2000. P. 203
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 53.
- SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo; a imaginação; questão de método. São Paulo: Abril Cultural, 1978. coleção os pensadores p.16.
- STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

## **REFERÊNCIAS DA INTERNET**

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial. Disponível em: [http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_const/o\\_principio\\_fundamental\\_da\\_dignidade\\_humana\\_e\\_sua\\_concretizacao\\_judicial.pdf](http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf)> Visitado em: 31.out. 2013
- COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. <Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o Jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito.> Disponível em: <[http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/direito\\_pens.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nuno/pdf/direito_pens.pdf)> Visitado em: 29 out. 2013



---

# *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: POR QUE NÃO PODEMOS ASSUMI- LA COMO UM “CORINGA” ARGUMENTATIVO?*

---

*Bruno Maia<sup>1</sup>*

**Resumo:** O texto a seguir tem o objetivo principal de investigar a deontologia da dignidade da pessoa humana a partir de dois enfoques, que abrangem, respectivamente, o conceito de Direito, e a distinção entre duas espécies de normas, a saber: as regras e os princípios, segundo a perspectiva de Robert Alexy, e como resultado constatou-se que não se pode assumir a dignidade da pessoa humana como um reforço, ou coringa argumentativo, sob pena do esvaziamento do seu conteúdo, e da sua interpretação inadequada no caso concreto.

**Palavras-Chave:** Direito, regras, princípios, dignidade

**Abstract:** The following text has the main objective of investigating the deontology of the dignity of the human person from two approaches covering, respectively, the concept of Law, and the distinction between two kinds of norms, namely: rules and principles, according to Robert Alexy's Perspective, and as a result, it was

---

<sup>1</sup> Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino ITE, Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC, Advogado voluntário do Instituto Jurídico para Efetivação da Cidadania – IJUCI MG, em Belo Horizonte.

verified that one can't assume the human person's dignity as a reinforcement, or argumentative joker, under penalty of emptying of its content, and an inappropriate interpretation in the specific case.

**Keywords:** Law, rules, principles, dignity

## INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca da natureza deontológica da dignidade da pessoa humana na doutrina e na jurisprudência. A dignidade humana seria um princípio, uma regra? Antes de definir o que é a dignidade da pessoa humana, é necessário proceder à definição do que é o Direito, no qual ela está inserida.

Posteriormente, será preciso realizar uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas, a saber: os princípios e as regras, relacionando-os com a máxima (ou critério) da proporcionalidade, e notadamente, com a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy.

Somente assim, poderemos oferecer ao leitor uma compreensão adequada acerca da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva dogmática, quanto filosófica, destacando-se por que não se deve assumi-la como um reforço, ou “coringa” argumentativo.

## 1 O CONCEITO DE DIREITO

De acordo com Robert Alexy, o Direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção. Trata-se da totalidade das normas de uma Constituição socialmente eficaz em termos globais, que não são extremamente injustas, e, também, das normas que são estabelecidas de acordo com referida Constituição, e que apresentam o mínimo de eficácia social, ou de possibilidade de eficácia, não sendo extremamente injustas. Pertencem a esse sistema normativo, os princípios, bem como demais argumentos normativos, nos quais se apóia, ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do Direito, visando-se à pretensão à correção<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo. WMF Martins Fontes: 2009, p. 151.

A definição do Direito acima explicitada se dá a partir da perspectiva do participante, e, por conseguinte, trata-se de uma definição jurídica do Direito. No conceito de Direito compreende-se o da validade. A definição de Direito abarca três espécies de argumentos, a saber: o da correção, o da injustiça e o dos princípios. Na primeira parte da definição, tem-se a correção. Os sistemas que não formulam de modo implícito ou explícito, uma pretensão à correção normativa, não são sistemas jurídicos. A pretensão à correção tem uma relevância qualificadora, que consiste no fato de que o não cumprimento da pretensão à correção, embora não prive os sistemas jurídicos, ou normas jurídicas do caráter jurídico, ou da validade jurídica, torna-os juridicamente defeituosos. Afinal, o Direito possui uma dimensão ideal necessária<sup>3</sup>.

Na segunda parte da definição, há uma relação entre os três elementos do conceito, a saber: a legalidade de acordo com o ordenamento, a eficácia social e a correção material. A relação desses elementos ocorre em dois níveis: a) o da Constituição, e b) o das normas estabelecidas conforme a Constituição. Logo, a definição de Direito assume um alcance limitado. A definição em tela só é aplicável a sistemas jurídicos desenvolvidos, isto é, aqueles que são estruturalmente escalonados<sup>4</sup>.

A validade de uma Constituição socialmente eficaz em termos globais é pressuposta. Significa dizer que todo o sistema jurídico estabelecido de acordo com a Constituição é socialmente eficaz como um todo, e são características dessa eficácia social: a coação, pois a eficácia social de uma norma consiste em observá-la, e a punição decorre da inobservância da norma – o que inclui o exercício da coação física organizada pelo Estado; a dominância em relação a sistemas normativos que concorrem entre si, pois um sistema normativo que não se impõe perante outros, em caso de conflito, não é um sistema socialmente eficaz em termos globais<sup>5</sup>.

O que foi dito até o momento acerca da validade da Constituição, também se aplica aos conceitos positivistas de Direito. Entretanto, o critério da Constituição socialmente eficaz em termos globais sofre uma limitação pela característica negativa e definidora da injustiça extrema, em razão do argumento da injustiça. Deve-se ressaltar que, diferentemente da

<sup>3</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p. 151-152.

<sup>4</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p. 152.

<sup>5</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p.153.

característica da eficácia social, a característica da injustiça extrema não se refere à Constituição como um todo, mas somente a normas individuais da Constituição. Assim, evidencia-se que a validade de um sistema jurídico depende mais da validade social do que da validade moral<sup>6</sup>.

O segundo nível, na segunda parte da definição, isto é, o das normas que se estabelecem conforme a Constituição se faz necessário, pois no caso das normas individuais, diversamente do que ocorre com os sistemas jurídicos, a eficácia social em termos globais não é condição da sua validade jurídica. Num sistema jurídico, que se estrutura em níveis, o critério da eficácia social é substituído pelo critério da legalidade conforme o ordenamento – isto é, em conformidade com a Constituição socialmente eficaz em termos globais. Há duas restrições aplicáveis a esse critério, a saber: normas individuais estabelecidas de acordo com o ordenamento perdem a sua validade jurídica, quando não apresentam o mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia; e, ainda, quando são extremamente injustas. A última restrição exprime novamente o caráter não positivista com conceito aqui explicitado<sup>7</sup>.

A segunda parte da definição restringe o conceito positivista de Direito com a característica da injustiça extrema, e a terceira parte amplia o alcance daquilo que integra o Direito. Incorpora-se o procedimento de aplicação do Direito ao conceito de Direito. No âmbito da abertura do Direito, tudo em que se apóia, ou deve se apoiar quem aplica o Direito, para satisfazer a sua pretensão à correção normativa integra o Direito. Nesse sentido, os princípios, ainda que não se identifiquem como princípios jurídicos, em razão dos critérios de validade da Constituição, e os demais argumentos que fundamentam a decisão, compõem o Direito. A expressão “apóia-se ou deve se apoiar” expressa a combinação entre a dimensão real e a dimensão ideal do Direito<sup>8</sup>.

O Direito<sup>9</sup> compreende tanto aqueles argumentos fáticos, que são

---

<sup>6</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p. 153-154.

<sup>7</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p. 154.

<sup>8</sup> ALEXY. *Conceito...*, cit., p. 155.

<sup>9</sup> Leonardo Rabelo Matos Silva e Raquel Costa Eccard trazem outra definição de Direito que também deve ser considerada sob a perspectiva social e histórica. De acordo com os juristas em questão, o Direito não é uma criação espontânea e abstrata. Ele é produto de um progresso social e histórico, que se submete à influência direta ou indireta de fatores, e de elementos que se cruzam, com a finalidade de determinar a substância e a forma. SILVA, Leonardo Rabelo Matos; ECCARD, Raquel Costa. Entre direitos sociais e jabuticabas: as

lançados nas decisões, ainda que estas não satisfaçam a pretensão à correção normativa, quanto aqueles argumentos nos quais as decisões devem se apoiar visando a satisfazer a pretensão à correção. Assim, pode-se criticar a prática jurídica decisória a partir da perspectiva do Direito<sup>10</sup>.

## 2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Considerando que o Direito compreende, tanto argumentos fáticos, quanto aqueles que visam à pretensão da correção normativa – o que possibilita a crítica à prática jurídica é necessário distinguir duas espécies de normas jurídicas, a saber: as regras e os princípios.

As regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente o que ela exige. As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é possível, seja fática, ou juridicamente. Significa dizer que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não, uma distinção gradativa. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio<sup>11</sup>.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Logo, princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por serem satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas, também, das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes<sup>12</sup>.

Princípios são mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas balizados pela máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento em caso de colisão, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando há uma colisão de uma norma de direito fundamental com

---

centrais sindicais no mundo e no Brasil. *Revista interdisciplinar da Faculdade de Direito de Valença*. V. 14, n. 1, p. 29-44, jan. jun. 2017, p. 30.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 155.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, cit. p. 90.

caráter de princípio com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para que o aplicador do Direito chegue a essa decisão, é preciso realizar um sopesamento nos termos da lei de colisão<sup>13</sup>.

Alexy estabelece uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais, a saber: a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito) é uma decorrência lógica da natureza dos princípios, isto é, que se pode deduzir dessa natureza<sup>14</sup>.

A lei de colisão baseia-se em relações condicionadas de precedência entre os princípios, com base no caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas assenta-se sob a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, há possibilidade de que a questão atinente à precedência se resolva de forma contrária<sup>15</sup>.

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios como mandados de otimização, ou seja, a inexistência de relação absoluta de precedência, bem como sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Simultaneamente, eles são o embasamento para a resposta a objeções apoiadas na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores<sup>16</sup>. Os princípios são deontológicos, abarcam um dever-ser. Já os valores são axiológicos. Seu conceito não é o de dever-ser, mas daquilo que é bom<sup>17</sup>.

A Constituição é uma ordem objetiva, que se estrutura por meio de normas jurídicas com caráter de princípios, e que devem ser submetidas ao sopesamento em caso de colisão. Entretanto, antes de explicitarmos em que consiste o sopesamento de que nos fala Alexy, é necessário apresentarmos dois modelos puros: o modelo puro de regras e o modelo puro de princípios.

Os defensores do modelo puro de regras consideram que as normas de

---

<sup>13</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 117.

<sup>14</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 116-117.

<sup>15</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 96.

<sup>16</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 99.

<sup>17</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 145.

direitos fundamentais, por mais carentes que possam ser de fundamentação, não são aplicáveis de forma ponderada, isto é, são livres de sopesamentos<sup>18</sup>. Já os que defendem o modelo puro de princípios compreendem que seriam eles valores estabelecidos *a priori*, e em razão disso, esse modelo deve, deve ser também, afastado, pois não leva a sério a Constituição escrita<sup>19</sup>.

Alexy propõe um modelo combinado de regras e princípios para tratar dos direitos fundamentais<sup>20</sup>. O conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, ou valem, ou não valem, de modo que o conflito entre elas se resolve a partir da inclusão de uma cláusula de exceção em uma delas<sup>21</sup>. Já a colisão entre princípios tem solução completamente diversa. No caso de colisão entre princípios, um deles terá que ceder. Isso não significa nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Ocorre que um dos princípios tem precedência sobre o outro, sob determinadas condições. Se outras forem as condições, do caso concreto, a questão da relação de precedência pode ser solucionada de forma oposta, isto é, a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso<sup>22</sup>.

Esta é a razão de Alexy sustentar a necessidade do sopesamento caso haja no caso concreto uma colisão entre princípios. Segundo Alexy, "*Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*"<sup>23</sup>.

Assim sendo, caso haja colisão de princípios no caso concreto, o sopesamento deve ser racionalmente fundamentado. O sopesamento não é um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, de acordo com a lei de colisão, e que corresponde a uma regra de decisão diferenciada. Do conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo ou nada, mas uma tarefa de otimização, e revela o princípio da concordância prática. Nesse sentido, a principal contribuição da Teoria de Alexy consiste em permitir que o sopesamento promova a associação entre a lei de colisão

<sup>18</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 123.

<sup>19</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 121-122.

<sup>20</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 135.

<sup>21</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 92.

<sup>22</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 93-94.

<sup>23</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 167.

e a teoria da argumentação jurídica racional, pois é a lei de colisão que diz o que deve ser fundamentado de forma racional<sup>24</sup>.

Logo, o modelo de sopesamento permite a levar a efeito das justificadas exigências de satisfação e de consideração das relações fáticas, bem como das regularidades empíricas, e, por conseguinte, de uma detalhada dogmática dos direitos fundamentais específicos. Por outro lado, o sopesamento evita as dificuldades em torno da idéia de análise da norma, sob a perspectiva empírica. As questões acerca dos direitos fundamentais são normativas. Já as questões de enunciados empíricos não decorrem diretamente enunciados normativos, e aqueles não resolvem o problema da valoração. Entretanto, o modelo do sopesamento baseado na teoria dos princípios pode responder ao problema suscitado por Müller, uma vinculação formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica, que inclui uma teoria da argumentação prática geral<sup>25</sup>, e, por conseguinte, com a definição de Direito que explicitamos anteriormente.

### **3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA REGRA, UM PRINCÍPIO, OU UM “CORINGA” ARGUMENTATIVO?**

Os princípios podem se referir a direitos coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas que versam direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Nesse sentido, até onde o princípio absoluto alcançar, não se pode sustentar a existência de direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a inexistência de limitações desse princípio levaria a uma contradição, a saber: caso haja colisão, os direitos de cada indivíduo fundamentados pelo princípio absoluto teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também sustentados pelo princípio absoluto. Nessa situação, ou os princípios absolutos são incompatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais fundamentados por princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito<sup>26</sup>.

A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana estabelecida na

---

<sup>24</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 174.

<sup>25</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 175.

<sup>26</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 111.

Constituição alemã – e também, na brasileira – desperta a impressão de que se trata de um direito absoluto. Entretanto, a razão para tal impressão não reside no estabelecimento de um princípio absoluto por parte desta disposição, mas no fato da norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra, e em parte, como princípio, bem como no fato de haver, para o caso da dignidade um amplo grupo de condições de precedência, que conferem um alto grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios que colidem entre si<sup>27</sup>.

É necessário que se pressuponha duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão da sua abertura semântica, dispensa limitação em face de alguma possível relação de preferência. Há diferentes medidas nas quais o princípio da dignidade humana pode ser realizado<sup>28</sup>.

O fato de que dadas certas condições ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio. Significa dizer que, sob determinadas condições, existem razões jurídico-constitucionais inafastáveis para uma relação de precedência favorável à dignidade humana. Contudo, essa tese de uma posição nuclear vale para as demais normas que versam direitos fundamentais. A tese em questão não afeta a sua natureza de princípio. Em razão disso, pode-se dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto.<sup>29</sup> Para solucionar os casos de colisão entre a dignidade da pessoa humana e os demais princípios, é necessário que o intérprete, que aplica o Direito, recorra à proporcionalidade.

Walter Claudius Rothenbug sustenta que a proporcionalidade não é um princípio, mas um critério que permite a aplicação específica do direito aos casos concretos, já que a generalidade do Direito não dá conta da necessária conformação das situações vividas. Além do mais, um sistema fundado em normas genéricas que necessitam de interpretação para que possam atuar num processo dialético de afetação do texto pela realidade concreta, e vice-versa, importa na consideração do caso, do problema, e do contexto numa aproximação tópica<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 111.

<sup>28</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 113-114.

<sup>29</sup> ALEXY. *Teoria dos direitos...*, cit., p. 114.

<sup>30</sup> ROTHENBURG, Valter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 112-113.

É nesse sentido que os princípios, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, permite uma abertura à argumentação jurídica. Como afirma Theodor Wiehweg, a tópica é a técnica do pensamento que se orienta para o problema<sup>31</sup>.

A proporcionalidade integra a fundamentação necessária para a concretização dos direitos fundamentais. A proporcionalidade fornece a abertura para que sejam consideradas as particularidades de cada caso concreto, e, simultaneamente, estabelece parâmetros racionais que conduzam à aplicação tópica do Direito. Em razão disso, o critério da proporcionalidade deve ser manejado com rigor e sensibilidade. A proporcionalidade não se resume a uma invocação de efeito, porém vaga, e que nada tem a esclarecer. A proporcionalidade não é, por fim, um *topos*<sup>32</sup>, posicionamento com o qual concordamos.

O sentido que o princípio da dignidade humana assumirá no caso concreto não é dado de forma apriorística. Necessita de uma problematização, de uma interpretação adequada a partir do caso concreto.

É nesse sentido que o núcleo da fundamentação pragmático-universal das normas que versam direitos fundamentais do diálogo racional forma-se pela tese de que todo o falante une às suas manifestações as pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Aquele que afirma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão à correção normativa, e pretende que sua afirmação seja fundamentável por meio da razão<sup>33</sup>. Se alguém pretende considerar algo um juízo de valor – no caso, a dignidade humana – isso deve ser sempre entendido como sujeito à pretensão de fundamentabilidade<sup>34</sup>.

Assim sendo, podemos dizer com Alexy, que o discurso jurídico, no qual está inserida a pretensão de fundamentabilidade da dignidade da pessoa humana, é um caso especial do discurso prático geral<sup>35</sup>, entretanto, é preciso salientar que a dignidade da pessoa humana não deve ser invocada

---

<sup>31</sup> VIHEWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 33.

<sup>32</sup> ROTHENBURG. *Direitos...*, cit., p. 113.

<sup>33</sup> ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2 ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008, p. 140.

<sup>34</sup> ALEXY. *Teoria da argumentação...*, cit., p. 142.

<sup>35</sup> ALEXY. *Teoria da argumentação...*, cit., p. 308.

como “coringa” argumentativo. A dignidade da pessoa humana ser assumida como regra, ou como princípio, segundo as condições e as relações de precedência que se estabelecem no caso concreto, sob pena de, como afirma Otávio Rodrigues Junior, se abrirem as portas ao mundo dos princípios, é às tentativas de solucionar as colisões entre eles com as normas continentais de mandados *prima facie*, em razão da evidente abstração dos princípios<sup>36</sup>.

Há, em nosso modesto entendimento, uma compreensão equivocada acerca da Teoria argumentativa de Robert Alexy no Brasil. Referida teoria é a que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos, conforme salienta Otávio Rodrigues Junior. Para o jurista em questão, o Judiciário apela à ponderação e ao sopesamento frequentemente, até mesmo, para solucionar casos atinentes ao Direito Civil. A dignidade da pessoa humana tornou-se chave para sopesar os direitos fundamentais e os princípios a eles correlatos<sup>37</sup> - o que compromete a dignidade da legislação<sup>38</sup>.

A dignidade da pessoa humana é uma vítima da guerra principiológica, senão, a maior de todas. A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, fundamento do Estado Democrático de Direito, e conecta-se diretamente com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação. Entretanto, o que se constata é sua banalização, e seu emprego como reforço argumentativo. Ora, se tudo é fundamentado na dignidade humana, nada o será .

Nesse sentido, é preciso não se inflar o conceito de dignidade humana, sob pena de se provocar seu esvaziamento, impossibilitando, assim, sua adequada interpretação e compreensão no contexto do Estado de Direito, no qual, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, os paradigmas liberal, e social de Democracia são confluentes<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Méritum*. Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul. dez. 2010, p.35.

<sup>37</sup> RODRIGUES JUNIOR. Estatuto..., cit., p. 37.

<sup>38</sup> RODRIGUES JUNIOR. Estatuto..., cit., p. 38.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 1-50, 2000, p. 33.

## **CONCLUSÃO**

O Direito compreende tanto aqueles argumentos fáticos que são lançados nas decisões, ainda que estas não satisfaçam a pretensão à correção normativa, quanto aqueles argumentos nos quais as decisões devem se apoiar visando a satisfazer a pretensão à correção. Assim, pode-se criticar a prática jurídica decisória a partir da perspectiva do Direito.

Considerando que o Direito compreende tanto argumentos fáticos, quanto aqueles que visam à pretensão da correção normativa – o que possibilita a crítica à prática jurídica, necessária se fez a distinção entre duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios.

As regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente o que ela exige. As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é possível, seja fática, ou juridicamente. Significa dizer que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não, uma distinção gradativa. Toda norma, ou é uma regra, ou é um princípio.

Princípios são mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento em caso de colisão, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando há uma colisão de uma norma de direito fundamental com caráter de princípio com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para que o aplicador do Direito chegue a essa decisão, é preciso realizar um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Alexy estabelece uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais, a saber: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito) é uma decorrência lógica da natureza dos princípios, isto é, que se pode deduzir dessa natureza.

A lei de colisão baseia-se em relações condicionadas de precedência entre os princípios, com base no caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas

assenta-se sob a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, há possibilidade de que a questão atinente à precedência se resolva de forma contrária.

A lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios como mandados de otimização, ou seja, a inexistência de relação absoluta de precedência, bem como sua referência a ações, e situações que não são quantificáveis. Simultaneamente, eles são o embasamento para a resposta a objeções apoiadas na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Os princípios são deontológicos, abarcam um dever-ser. Já os valores são axiológicos. Seu conceito não é o de dever-ser, mas daquilo que é bom.

Assim sendo, caso haja colisão de princípios no caso concreto, o sopesamento deve ser racionalmente fundamentado. O sopesamento não é um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, de acordo com a lei de colisão, e que corresponde a uma regra de decisão diferenciada. Do conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo ou nada, mas uma tarefa de otimização, e revela o princípio da concordância prática. Nesse sentido, a principal contribuição da Teoria de Alexy consiste em permitir que o sopesamento promova a associação entre a lei de colisão e a teoria da argumentação jurídica racional, pois é a lei de colisão que diz o que deve ser fundamentado de forma racional.

Os princípios podem se referir a direitos coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos, e é absoluto, as normas que versam direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Nesse sentido, até onde o princípio absoluto alcançar, não se pode sustentar a existência de direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a inexistência de limitações desse princípio levaria a uma contradição, a saber: caso haja colisão, os direitos de cada indivíduo fundamentados pelo princípio absoluto teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também sustentados pelo princípio absoluto. Nessa situação, ou os princípios absolutos são incompatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais fundamentados por princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana estabelecida na

Constituição alemã – e também, na brasileira – desperta a impressão de que se trata de um direito absoluto. Entretanto, a razão para tal impressão não reside no estabelecimento de um princípio absoluto por parte desta disposição, mas no fato da norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra, e em parte, como princípio, bem como no fato de haver, para o caso da dignidade um amplo grupo de condições de precedência que conferem um alto grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios que colidem entre si.

É necessário que se pressuponha duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana, e um princípio da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão da sua abertura semântica, dispensa limitação em face de alguma possível relação de preferência. Há diferentes medidas nas quais o princípio da dignidade humana pode ser realizado.

O fato de que dadas certas condições ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio. Significa dizer que, sob determinadas condições, existem razões jurídico-constitucionais inafastáveis para uma relação de precedência favorável à dignidade humana. Contudo, essa tese de uma posição nuclear vale para as demais normas que versam direitos fundamentais. A tese em questão não afeta a sua natureza de princípio. Em razão disso, pode-se dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. Para solucionar os casos de colisão entre a dignidade da pessoa humana e os demais princípios, é necessário que o intérprete, que aplica o Direito, recorra à proporcionalidade.

A proporcionalidade integra a fundamentação necessária para a concretização dos direitos fundamentais. A proporcionalidade fornece a abertura para que sejam consideradas as particularidades de cada caso concreto, e, simultaneamente, estabelece parâmetros racionais que conduzam à aplicação tópica do Direito. Em razão disso, o critério da proporcionalidade deve ser manejado com rigor e sensibilidade. A proporcionalidade não se resume a uma invocação de efeito, porém vaga, e que nada tem a esclarecer. A proporcionalidade não é, por fim, um *topos*.

Há, em nosso modesto entendimento, uma compreensão equivocada acerca da Teoria argumentativa de Robert Alexy no Brasil. Referida teoria é a que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos, conforme salienta Otávio Rodrigues Junior. Para o jurista em questão, o Judiciário

apela à ponderação e ao sopesamento frequentemente, até mesmo, para solucionar casos atinentes ao Direito Civil. A dignidade da pessoa humana tornou-se chave para sopesar os direitos fundamentais e os princípios a eles correlatos - o que compromete a dignidade da legislação.

A dignidade da pessoa humana é uma vítima da guerra principiológica, senão, a maior de todas. A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, fundamento do Estado Democrático de Direito, e conecta-se diretamente com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação. Entretanto, o que se constata é sua banalização, e seu emprego como reforço argumentativo. Ora, se tudo é fundamentado na dignidade humana, nada o será.

Nesse sentido, é preciso não se inflar o conceito de dignidade humana, sob pena de se provocar seu esvaziamento, impossibilitando, assim, sua adequada interpretação e compreensão no contexto do Estado de Direito, no qual os paradigmas liberal, e social de democracia são confluentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2 ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo. WMF Martins Fontes: 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Méritum*. Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul. dez. 2010.

ROTHENBURG, Valter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 1-50, 2000.

SILVA, Leonardo Rabelo Matos; ECCARD, Raquel Costa. Entre direitos sociais e jabuticabas: as centrais sindicais no mundo e no Brasil. *Revista interdisciplinar da Faculdade de Direito de Valença*. v. 14, n. 1, p. 29-44, jan. jun. 2017.

VIHEWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.



---

# *OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA NA MODERNIDADE*

---

*Fernando Chaim Guedes Farage<sup>1</sup>*

*Maria Eduarda Antoniol Tavares<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo, tratar em linhas gerais de discorrer sobre a relação entre os direitos fundamentais e a democracia, abordando sua importância na Modernidade para a correta justificação e aplicação do Direito.

**Palavras-chave:** Fundamentos; Democracia; Direito; Modernidade.

**Abstract:** The purpose of this paper is to discuss in general terms the relationship between fundamental rights and democracy, addressing its importance in Modernity for the correct justification and application of Law

**Keywords:** Fundamentals; Democracy; Right; Modernity

## **INTRODUÇÃO**

A história busca a sua maneira, desvelar o passado, recontar os fatos, de forma a permitir o entendimento de um determinado momento de uma

---

<sup>1</sup> Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC de Juiz de Fora- MG. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior de Juiz de Fora - MG. Advogado. Email: fernandochaim17@gmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do nono período de Direito pela Faculdade Sudamérica de Cataguases - MG. Email: maria20antoniol@gmail.com

sociedade. Esta tarefa de reconstrução tem por objetivo também, alicerçar as bases do presente, nos dizendo a forma como uma sociedade se portava e vivia em comparação a como se porta e vive hoje, nos relevando suas motivações e convicções vindas do passado, que ainda ressoam no presente e se projetam rumo ao futuro.

Na seara jurídica, essa compreensão se mostra extremamente relevante, posto que, através da análise do Direito, e na forma como este se desenvolveu ao longo dos anos, é possível compreender fatos, atos, costumes e os próprios traços religiosos, éticos e morais de uma sociedade. Entender isso é compreender que o Direito esta em movimento constante juntamente com a sociedade, mas seus movimentos, suas mudanças, devem se adequar a beneficiar a todos, permitindo ao máximo igualdade e liberdade a todos.

Nesta ótica, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo dos anos, invariavelmente vai em direção a uma compreensão democrática, isto é, a inclusão de todos os indivíduos como pessoas portadoras de direitos e deveres e que devem ter garantidos o direito de participar na construção do processo normativo. Contudo, essa relação é sempre marcada por conflitos e dúvidas sobre como entender o Direito em mundo cada vez mais plural e complexo e justamente por isto, precário. Sendo assim, como entender os direitos fundamentais? Qual sua relação com a democracia na Modernidade? Como devem ser aplicados? Para responder tais perguntas, devemos inicialmente compreender a própria formação dos direitos fundamentais no mundo e no Brasil.

## **UMA BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E NO MUNDO**

Os Direitos Fundamentais são todos e quaisquer direitos básicos do indivíduo, como o direito à vida, à liberdade de crença, o direito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e tantos outros que encontram respaldo no sistema jurídico da sociedade em geral, assegurando a valoração dos seus direitos humanos aplicados nas leis positivadas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Neste sentido: [...] O valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. [...] LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo, 1988, p.20.

Entretanto, não se pode afirmar que tais direitos nasceram em uma determinada época concreta, visto que tais conquistas foram positivadas através de um longo processo histórico, onde suas primeiras influências surgiram durante a Idade Antiga, tendo seu auge na Era Moderna, especificamente durante a Revolução Francesa, em meados de 1789, nascendo com ela as dimensões de liberdade e igualdade, sendo ambas as gêneses dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, para entendermos tamanha magnitude para a garantia mais solene que a sociedade possui para viver dignamente, é necessário, em suma, voltarmos ao passado, no surgimento dos primeiros indícios da célebre evolução histórica da positivação dos direitos fundamentais no Brasil e no mundo.

## **O CÓDIGO DE HAMURABI E OS PRIMEIROS INDÍCIOS DE VISÃO HUMANITÁRIA NA IDADE ANTIGA**

A sociedade, desde os tempos da Idade Antiga, se viu carecida da proteção de seus direitos naturais. Até mesmo o Código de Hamurabi, um compilado de leis da antiga Babilônia (atual Iraque) que foi escrito por volta de 1772 a.C, trazia em seu bojo, além da famosa positivação da lei de talião, normas de cunho humanitário, previsões sobre os direitos humanos, ainda que naquela época não tivesse o mesmo reconhecimento e magnitude dos dias atuais. Em suma, o Código de Hamurabi não trazia de forma explícita a proteção dos direitos humanos. Não citava, por exemplo, o direito às liberdades, visto que não existiam liberdades nesta legislação, bem como não se referia à igualdade. Entretanto, não se pode negar que o mesmo possuía uma visão humanitária em alguns de seus aspectos, como em relação aos direitos econômicos. Um exemplo contundente desta visão do Código são as leis que regulavam os salários e valores de mercadorias. Basicamente, de acordo com a lei, aqueles que possuíam menores condições financeiras, pagavam determinado valor por mercadorias e serviços, compatível com seu status econômico, bem como aqueles que possuíam melhores condições, pagavam a mais, de acordo com suas possibilidades.

É certo que, a primeiro momento, pode representar um exemplo escasso, não sendo considerado um direito fundamental em si, entretanto, tal ponto não foge do aspecto social e humanitário presente de maneira

muito sutil nesta legislação, visto que os direitos humanos, de forma mais abrangente, somente surgiu no século XX.

## **A IDADE MÉDIA**

Ato contínuo, a Idade Média surge após a queda do Império Romano no Ocidente. Antes deste marco, a igreja detinha o poder sob Roma, ou seja, o Cristianismo regia o que se podia chamar de direitos fundamentais. Em um período que não se admitia ainda a noção de individualismo e de liberdade do cidadão, o Cristianismo classificava o homem como um sujeito criado à imagem e semelhança de Deus, sendo este o único ponto de igualdade entre os indivíduos. Aqui, pela primeira vez o indivíduo é considerado possuidor de um proeminente valor, reconhecendo seus direitos ao limitar o poder político da autoridade estatal da época com o famoso trecho da passagem bíblica de Mateus 22:21 "*Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*"<sup>4</sup>.

Ainda na Idade Média, temos mais um avanço acerca dos direitos fundamentais. Agora, passam a existir documentos escritos que reconhecem oficialmente os direitos humanos. Não podemos esquecer um dos principais marcos desta conquista, a Carta Magna assinada em junho de 1215 pelos barões da Inglaterra e o Rei João Sem-Terra, considerado um dos mais importantes documentos da época. Este basicamente continha uma série de axiomas onde se afirmava que João Sem-Terra governaria os ingleses de acordo com os costumes feudais, no intuito de impedir os abusos de poder do Rei para com o povo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Neste sentido: [...] É com o cristianismo que todos os seres humanos só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu Seu Sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens tem uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. [...] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 17.

<sup>5</sup> Isto fica claro com a leitura do preâmbulo da referida carta: [...] João pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia, e conde de Anjou, aos seus arcebispos, bispos, abades, condes, barões, justiceiros, florestanos, sheriffs, administradores, ministros, e a todos os outros oficiais e leais súditos seus, Saudação. Saibam que sob a inspiração de Deus, para o bem de nossa alma e daquela de todos os nossos ancestrais e de nossos herdeiros, para a honra de Deus e a exaltação da Santa Igreja, e para a melhor ordenação de nosso reino, com o conselho de nossos reverendos padres Stephen, arcebispo de Canterbury, primado de toda a Inglaterra, e cardeal da Santa Igreja Romana, Henry arcebispo de Dublin... e outros súditos leais: 1 – Em primeiro lugar, nós garantimos a Deus e por esta presente carta confirmamos, para nós e para nossos herdeiros, perpetuamente, que a Igreja inglesa será livre e desfrutará de todos os seus direitos e de suas liberdades sem que se possa diminuí-los, permanecendo intactos e invioláveis. Que nós

Um dos pontos culminantes da lei dizia respeito a outro importante direito fundamental. Basicamente, asseverava que nenhum indivíduo seria preso ou receberia punição sem antes o caso ser levado e analisado pelo sistema jurídico. Podemos claramente associar esta lei ao princípio do devido processo legal.

Deduz-se assim, que a Carta Magna de 1215 é considerada um marco constitucional, o primeiro documento que reconhecia oficialmente os direitos constitucionais em toda a Europa, servindo de exemplo para outros países criarem suas próprias Constituições.

Temos ainda no fim da Idade Média a figura de São Tomás de Aquino que reiterou com mais perseverança as ideias de direitos humanos. São Thomas de Aquino tinha como fundamento a vontade de Deus, condenando a violência e quaisquer tipos de discriminações, asseverando que os direitos do ser humano devem ser respeitados e assegurados. Embora a lei natural seja de suma importância para Aquino, o pensamento a respeito da lei positiva sempre fez parte de sua filosofia. Para eles, ambas deviam andar lado a lado, tamanha importância que representavam. Para ele, o homem é um ser passível de constantes vicissitudes e eventualidades, eis porque a lei divina não deve ser considerada por si só, pois não possui capacidade de regulamentar a sociedade da forma que esta necessita, e é nesse ponto que a lei positiva se torna crucial. (AQUINO, 2015, I-II, q. 91).

## **A ERA MODERNA E AS REVOLUÇÕES**

Com o fim da Idade Média, um novo marco surge para a sociedade: a Era Moderna. Com o seu advento, inicia-se a separação entre o Estado e a Igreja, um importante indício da caminhada evolutiva percorrida pela sociedade. Agora, extintos o poder majoritário da Igreja Católica e a descentralização política que eram marcas ferrenhas da Idade Média, uma nova fase na história da sociedade se inicia a Era Moderna. Esta veio causar a ruptura nos pensamentos da Idade Antiga que classificava o homem como um objeto do poder, onde seus únicos direitos eram os de obedecer às leis impostas frente ao Estado e religião (Norberto Bobbio 1992, p. 58).

---

desejamos que isso seja observado, ressalta do fato de que, de nossa própria e livre vontade [...]. *A Magna Charta Libertatum*, 1215.

De imediato, um ponto relevante da evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais na Europa que compõem a nova era se deve à Reforma Protestante, iniciada por Martinho Lutero, em meados de 1517. Vemos aqui um dos primeiros exemplos de reivindicação dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa e por conseguinte a Laicização Natural como um fundamento do próprio Direito dando margem a ideia de que o homem tem a autonomia de suas vontades, eis que aqui encontramos a reivindicação da liberdade de pensamento e expressão<sup>6</sup>.

Na Inglaterra outro marco histórico de estimada relevância frente à declaração dos direitos humanos, a *Petition of Rights*, realizada pelo parlamento inglês e enviada à Carlos I em 07 de julho de 1628 que pautava especialmente sobre a liberdade civil. A petição respaldava-se em três princípios, quais sejam, a necessidade de consentimento do Parlamento quanto a tributação; proibição de encarceramento sem motivo aparente, e a proibição de prisões arbitrárias (direito de habeas corpus).

Mas os avanços continuam na Inglaterra, em especial no ano de 1688 com a Revolução Gloriosa, em especial com a elaboração da *Bill of Rights* de 1689 que deu ao ingleses o reconhecimento de direitos já consagrados anteriormente, mas ainda assim violados constantemente pelo poder real. (ARAGÃO,2001, p.32)<sup>7</sup>.

Em 1776, temos outro marco histórico, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, elaborada em 04 de julho do corrente ano por Thomas Jefferson<sup>8</sup>. Um ano depois de publicada a Declaração de Independência, é

---

<sup>6</sup> Novamente nas palavras de Celso Lafer: [...] A passagem das prerrogativas estamentais para os direitos dos homens encontra na Reforma, que assinala a presença do individualismo no campo da salvação, um momento importante da ruptura com uma concepção hierárquica de vida no plano religioso (...). Desta ruptura da unidade religiosa deriva o primeiro direito individual reivindicado: o da liberdade de opção religiosa. [...]

<sup>7</sup> Vale colocar aqui, que há críticas ao *Bill of rights*, quais sejam: [...] A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial. [...]COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.92.

<sup>8</sup> Vale colacionar um trecho da mesma, qual seja: [...] Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. [...]**Declaração De Independência Dos Estados Unidos Da América**, 04. Jul. 1776.

elaborada a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, a qual só passou a fazer menção aos direitos humanos em sua emenda promulgada em 1791, onde aí temos constitucionalizados os direitos inerentes à pessoa humana. (RUBIO, 1998, p.85).

No século XVIII, por sua vez, a população francesa ainda era governada segundo os costumes estamentais, sendo divididos em três classes sociais: o clero, que era constituído pelo alto e o baixo clero; a nobreza, e por fim, a burguesia e as camadas populares, onde se concentrava a maior parte da população francesa. O país era governado mediante o poder centralizado da Monarquia Absolutista, onde o Rei assegurava ser um representante de Deus, eis porque deveria ser respeitado. Contudo, contestando as doutrinas que justificavam o regime absolutista, o intelectual Denis Diderot<sup>9</sup> e outros, criou o movimento que culminaria em 24 de junho de 1789, quando o futuro da estrutura política e social da França é discutido em uma assembléia constituinte que teve o objetivo de limitar o poder absolutista da monarquia francesa. Tendo como referência a Declaração de Independência dos Estados Unidos, é proclamada em 26 de agosto de 1789 a mais importante e relevante positividade dos direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tratando, pela primeira vez dos direitos universais e inerentes do ser humano, marcando o fim do antigo regime e o nascimento de uma nova era<sup>1011</sup>.

Em meados do século XX, em 10 de dezembro de 1948, a França

<sup>9</sup> [...] Nenhum homem recebeu da natureza o direito de comandar os outros. A liberdade é um presente do céu, e cada indivíduo da mesma espécie tem o direito de gozar dela logo que goze da razão. [...] apud. MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. **História Moderna e Contemporânea**. Scipione, 1993. p.81.

<sup>10</sup> Destacamos seu preâmbulo e o primeiro artigo, tamanha importância que a Declaração conferiu ao povo: [...] Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des maheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration... En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen. Article premier Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. [...] **La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. 26 août 1789.

<sup>11</sup> Traduzindo para o português temos que: [...] Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração (...) a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral. Em razão disso, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: Art.1.º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum. [...].

institucionaliza a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada junto à Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, abrangendo agora um contexto internacional aos direitos fundamentais. Agora, a positivação dos direitos adquire um novo patamar, ganhando maiores proporções e prevalecendo sempre a limitação do poder estatal e a liberdade individual do ser humano.

## **A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Tendo como motivação os ideais do liberalismo francês, a Constituição de 1824 consagrou os direitos fundamentais, preservando o direito à liberdade e limitando o poder dos governantes, como ocorria na Monarquia Absolutista do Antigo Regime europeu.

Desta forma, ocorre a separação dos poderes. Conforme assevera CONSTANT (2005, p.19), na Carta Magna de 1824, teríamos os poderes subdivididos em Poder real ou neutro, atribuído ao monarca; Poder representativo nomeado pelo monarca nas assembleias hereditárias; o poder representativo da assembleia popular; o Executivo composto por ministros imbuídos de executar as assembleias e por fim o Poder Judiciário. Embora falasse da consagração dos direitos fundamentais, os direitos do povo ainda sofriam limitações perante o Estado, visto que estavam subordinados ao poder político e jurisdicional<sup>12</sup>.

Com o advento da Revolução Constitucionalista em 1932, temos promulgada a nova Constituição de 1934, agora, dando espaço para questões como o regime político, e o objetivo de garantir melhores condições de vida aos brasileiros, no âmbito da saúde, economia, dignidade, trabalho

---

<sup>12</sup> Nas palavras de CONSTANT acerca da problemática: [...] A universalidade dos cidadãos é o soberano, no sentido de que nenhum indivíduo, nenhuma fração, nenhuma associação parcial pode se arrogar a soberania, se ela não lhe for delegada. Mas daí não decorre que a universalidade dos cidadãos ou os que por ela são investidos da soberania possam dispor soberanamente da existência dos indivíduos. Ao contrário, há uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente, e que está de direito fora de qualquer competência social. A soberania só de maneira limitada e relativa. No ponto em que começa a independência e a existência individuais detêm-se a jurisdição dessa soberania (p.9). A soberania do povo não é ilimitada; ela é circunscrita em limites que lhe traçam a justiça e os direitos dos indivíduos. A vontade de todo um povo não pode tornar justo o que é injusto. Os representantes de uma nação não têm o direito de fazer o que a própria nação não tem o direito de fazer.[...] CONSTANT, BENJAMIN, Escritos de Política, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

e educação. A então Constituição permitia aos brasileiros exercerem sua cidadania, participando efetivamente das questões políticas do país.

Conseguiu assim inovar na consagração dos direitos fundamentais, apesar de durar pouco tempo, visto que em 1937, foi abolida pelos militares e prontamente acatada por Getúlio Vargas, instaurado assim o totalitarismo e a implementação do Estado Novo.

A Constituição de 1937 não foi tradicionalmente lavrada por uma Assembleia Constituinte, nem teve seus pontos discutidos. Um dos principais fundamentos do regime de 37 era manter um tipo de poder sobre os trabalhadores com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho e dos sindicatos, na tentativa de neutralizar possíveis revoltas influenciadas pelos ideais comunistas e anarquistas (CONCEIÇÃO, 2016, p. 210).

Após a derrubada do governo Vargas, e o processo de redemocratização do país, os Estados Unidos do Brasil ganha uma nova Constituição, promulgada em 1946. Aqui, os direitos fundamentais são asseverados no que se refere aos direitos de nacionalidade, cidadania e garantias individuais, dando aos presos inclusive, o direito ao habeas corpus, por exemplo, e principalmente de ser julgado sob a observância do princípio da legalidade.

Importante mencionar que após a emenda de 1961 e a renúncia de Janio Quadros no ano seguinte, os brasileiros, através de plebiscito optam pela volta do presidencialismo no país sendo este um importante marco democrático.

Com a derrubada do então presidente e a imposição do General Humberto de Alencar Castelo Branco como o novo Presidente da República, um novo governo ditatorial se instala no país. Uma das características do período que perdurou de 1964 à 1985 foram as eleições periódicas, embora tenham sido realizadas sob o comando do exército militar, que elegia um general para representar a Presidência. A primeira fase do regime foi marcada pela intensa repressão dos direitos políticos, através de Atos Institucionais que suspendiam pelo período de 10 anos os exercícios dos direitos políticos dos cidadãos, bem como a cassação do mandato de diversos líderes políticos da época.

A segunda fase do regime militar, sob o comando do Presidente Costa e Silva é marcada pelo agravamento da repressão. Agora, além dos direitos políticos continuarem suspensos, outros como o direito ao habeas corpus

volta a ser revogado e os crimes contra a segurança nacional e as instituições militares passam a ser julgados pela Justiça Militar. A fase mais violenta tem seu início com o falecimento do atual presidente e a vacância do cargo, sendo passado agora para o comando do General Garrastazu Médici. O período foi marcado pelo crescimento econômico, mas principalmente, pelo auge da violência contra os opositores do governo militar.

Com o fim do mandato de Médici, a economia brasileira enfraquece com a crise do petróleo internacional, somada ao aumento dos juros internacionais e desigualdades socioeconômicas. Ato contínuo Médici nomeia seu sucessor, o General Ernesto Geisel e com ele, a democracia lentamente começa a dar sinais de sua futura instauração e pouco a pouco os vícios ditatoriais se enfraquecem.

O último Presidente da era militar, João Batista Figueiredo dá continuidade à fase de redemocratização do país, dando margem ao fim da repressão, principalmente dos direitos políticos e a censura midiática. Um dos marcos do período ocorreu em 1979 quando o Congresso Nacional aprova a lei de anistia, perdoadando os crimes de homicídio e tortura contra os presos políticos durante o período regimental. Embora as eleições indiretas continuassem a reger o país, um novo Presidente da República foi eleito em 1985. Ainda no corrente ano, uma nova Assembleia Constituinte é realizada em prol da elaboração de uma nova Constituição Federal.

## **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM DEMOCRACIA NA MODERNIDADE**

A atual Constituição Federal de 1988 tem em seu bojo a influência do longo processo evolutivo da democratização política conforme acima explicitado, dando espaço e reconhecimento aos direitos fundamentais, baseada, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com a ruptura do regime militar, a concepção de Estado Liberal se faz mais presente, institucionalizando a instauração de um regime político democrático, consolidando os ideais de direitos individuais, políticos, sociais e principalmente, a liberdade do ser humano.

Em relação aos direitos fundamentais, a nova Carta Magna em seus primeiros artigos reitera a declaração dos direitos fundamentais, ressalta

o Estado Democrático de Direito, asseverando a separação dos poderes e consagra seus objetivos. Importante mencionar que o texto constitucional introduziu o Título II – “Dos Direitos e Garantias Individuais Fundamentais” – e foi a primeira Constituição a inserir uma declaração dos direitos humanos em um capítulo dedicado exclusivamente ao tema, dando-lhe um caráter de seriedade e universalização, assegurando os direitos de cidadania, nacionalidade, direitos políticos, individuais e coletivos, sendo também reconhecidos expressamente os direitos à educação, saúde, trabalho, assistência social e tantos outros (ALMEIDA, G. et al, 2009, p.44, 45). Contudo, apesar de ser considerada eficiente por abranger questões de relevada estima, como são os direitos humanos, esta está longe de ser satisfatória e completa em sua totalidade, eis que, como dito, a sociedade vive uma constante evolução, exigindo cada vez mais o respaldo para os novos direitos fundamentais que nascem com a evolução social<sup>13</sup>.

Isto se justifica, porque com início da era Moderna, isto é, o fim do mundo sacrotradicional do medievo, a Sociedade se viu diante de complicados processos de secularização, de diferenciação funcional dos sistemas, especialização dos juízos de racionalidade e assunção que a construção do mundo se dá mediada linguisticamente.<sup>14</sup> Como consequência de tais processos, se fez necessário a assunção de uma pragmática-universal como uma dimensão normativa da comunicação, dotada de mecanismos capazes de exigir as condições indispensáveis para o entendimento racional, e, inclusive, para dar sentido a como uma ação estratégica pode se valer de uma ação comunicativa.

Esta assunção fica justificada de maneira diretamente vinculada aos

---

<sup>13</sup> Neste sentido, vale mencionar o seguinte trecho: [...] Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. [...] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p.13.

<sup>14</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p.35.

pressupostos do mundo social moderno, e do seu corresponde sentido de solidariedade social. Isto porque, o mundo moderno não pode construir a Sociedade, tendo como base um *ethos* funcionando como imperador ou superior dos demais, como ocorrera no passado, sob pena de suplantar as minorias em última instância. Assim, se tornou exigência na Modernidade, reconhecer a todos iguais liberdades. Esse princípio normativo, que podemos assumir modernamente como princípio da dignidade da pessoa, traduz, portanto, o deparo de uma Sociedade que não é mais capaz de neutralizar as diferenças a partir de um *ethos* materializado, mas apenas a partir da comunicação. Nesta ótica, igualdade e liberdade, são princípios normativos da própria Modernidade<sup>15</sup>, e seu desdobramento na compatibilização das diversas vontades, se dá no rumo do justo ou no do possível. Por “possível”, se traduz àquilo que é capaz de eficaz e funcionalmente, garantir esta compatibilização, ou seja, o Direito. Justo, por sua vez, à tomada em igual medida de consideração do interesse de todos os afetados por uma determinada decisão a compatibilizar suas ações. É assim que podemos afirmar que temos juridicamente um direito a iguais liberdades na maior medida possível, o que equivale dizer que temos um direito a iguais liberdades na maior medida funcionalmente possível.<sup>16</sup>

Compreendendo e assumindo estes pressupostos, Habermas propõe em sua teoria procedimental do Direito uma forma adequada de se compreender a gênese do Direito do Moderno desde sua criação até sua aplicação, concebendo tal entendimento da seguinte maneira:

*[...] D: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.[...]*<sup>17</sup>  
*La teoría discursiva del derecho entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía*

---

<sup>15</sup> Neste sentido, faz necessário transcrevermos as seguintes palavras: [...] Quando digo que igualdade e liberdade são princípios da Modernidade, o são em um sentido específico, qual seja, no sentido moderno de sua cointerpretação recíproca a ser elucidada sob o princípio da dignidade a eles representa - o reconhecimento do igual valor dos diferentes, e compatíveis, exercícios e interpretações éticos do que venha a ser liberdade. [...] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Opus cit., p.36-37.

<sup>16</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Opus cit., p.36-37.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4.ed.Madrid,Trotta, 2005, p.172.

*privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas. La teoría comunicativa de la sociedad, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación, entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Este puede "actuar como garante" en lo concierne a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y la de la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión basado en la sociedad civil, queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable (es decir, de un mundo de la vida caracterizado por una cultura política habituada a la libertad y por los correspondientes patrones de socialización). Finalmente, una determinada concepción del derecho establece una relación entre la consideración normativa y la consideración empírica. Según esta concepción, la comunicación jurídica puede entenderse como un medio a través del cual las estructuras de comunicación realizadas en la acción comunicativa se transfieren del nivel de las interacciones simples al nivel abstracto de las relaciones organizadas. La película tejida de comunicaciones jurídicas puede envolver a toda la sociedad, por compleja que ésta sea. El paradigma procedimental del derecho es, por lo demás, resultado de una disputa de paradigmas, y está todo él bajo la premisa de que el modelo liberal del derecho y el modelo ligado al Estado social interpretan la evolución jurídica en termos excesivamente concretistas y ocultan la conexión que se da entre autonomía privada y autonomía pública, la cual necesita ser interpretada caso por caso. Bajo esta premisa las mencionadas tendencias a la crisis aparecen a una luz distinta; y de distinta valoración síguense recomendaciones prácticas distintas. [...]»<sup>18</sup>*

A partir de Habermas entendemos então, que o ordenamento jurídico se legitima, através de um processo de comunicação concebido em um processo democrático, que por sua vez, legitimariam a construção normativa, através de do discurso de justificação e por conseguinte, quando de sua aplicação, no chamado discurso de aplicação normativa. É o que nos explica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso.** Opus cit., p.523-524.

*[...]Por isso, a atividade de interpretação jurídica não se dá como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretense verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou intentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos de vida compartilháveis. [...]O que queremos é romper tanto com o Positivismo que desconsidera a questão jurídica da justiça, quanto com um Realismo que advoga a impossibilidade de certeza, ainda que procedimental, do Direito. [...]Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]Já os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade<sup>19</sup>, sempre pressupondo um 'pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas [...]'<sup>20</sup>*

Podemos compreender, portanto, que a garantia de participação popular nos processos de criação da norma (discurso de justificação), com base do princípio democrático, permitem por si só, ampla discussão a respeito dos direitos e fundamentais, visto que abre precedentes para se opinar e garantir a construção normativa de acordo com os resultados do processo de comunicação, o que legitima a democracia e o próprio Direito, e o que permitirá quando do julgamento de um caso concreto a aplicação tão somente de argumentos jurídicos<sup>21</sup>, para construção de uma solução

---

<sup>19</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001. p.143-146. Neste trecho o autor faz a referência a obra de: GUNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness- application discourses in morality in Law**. Tradução: John Farrel. New York, State of New York, 1993, p. 243 et seq.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.146.

<sup>21</sup> Neste sentido, devemos entender atividade do magistrado da seguinte forma: [...] Assim, um juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pertinentes que sejam relevantes em um dado ponto, com as vistas à uma interpretação completa da situação. Ao juiz, então, cabe desenvolver um *senso de* adequabilidade: que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas no caso concreto [...] A solução correta advém, pois, do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente. [...] Portanto, a reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e garantida pelo Direito Processual, é que possibilita, juridicamente, a determinação, de qual, dentre as normas

para o caso, visto que democraticamente se convencionou como Direito daquela forma estabelecida (é a partir deste entendimento, que percebemos a interdependência existente entre os direitos fundamentais e a democracia e da própria Modernidade de forma indiciossível, posto que, necessitam um dos outros para fazer valer iguais liberdade à todos da maneira mais funcional possível, só assim é possível entender o passado do Direito, seu atual momento e projetá-lo ao futuro, buscando filtrar criticamente as boas e más práticas, buscando evoluí-lo, de maneira a superar os paradigmas atuais, mas sempre objetivando a igualdade e liberdade de todos, visto que, a própria construção histórica do Direito visa tal objetivo. E tal caminho passa pelos direitos fundamentais, pela democracia e pela compreensão adequada dos pressupostos da Modernidade).

## **CONCLUSÃO**

No decorrer do breve estudo, visitamos os momentos históricos de maior relevância para a positivação dos direitos fundamentais, observando que esta construção foi galgada através de um processo histórico e evolutivo da sociedade e do próprio Direito alicerçado na Modernidade e em seus pressupostos.

Deste processo, observamos que a realização dos direitos fundamentais se dá de forma plena quando inserida na democracia, que por sua vez, necessita de ser fundada de forma completa, isto é, da maneira mais funcionalmente possível, garantindo-se a todos a possibilidade de participar dos discursos de justificação normativa e quando da efetiva aplicação da lei só se valer de argumentos jurídicos para sua aplicação.

A sociedade é composta por seres humanos e, para tanto, estes devem ser valorizados como tal, terem igualdade de liberdades. É neste sentido que o que se construiu até aqui, pode se projetar rumo ao futuro, possibilitando ao final, que o Direito continue garantindo a vida social cada vez mais equânime.

---

válidas, é a que deve ser aplicada. [...]CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Opus cit., p.148-149.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < [www.publicadireito.com](http://www.publicadireito.com)>. Acesso em 07 abr.2019.
- ALMEIDA, G. et al. **Direitos Humanos**. 34.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 3.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001. p.143-146
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p.35
- CONCEIÇÃO, Lourival da. **Curso de Direitos Fundamentais**. 21 ed. Paraíba: Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 2016.
- Constituição da República Federativa do Brasil**. 41ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- Constituição de 1967**. *Uol*. Disponível em: <[www.uol.com.br](http://www.uol.com.br)>. Acesso em 29 mar. 2019.
- CONSTANT, BENJAMIN. **Escritos de Política**, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em < [http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/ParteIIdireitoshumanos.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIdireitoshumanos.htm)>. Acesso em 01 abr. 2019.
- Governo Médico**. *Uol*. Disponível em: <[www.uol.com.br](http://www.uol.com.br)>. Acesso em 02 abr. 2019.
- GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. 1.ed. São Paulo: Editora Contexto, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Faticidad e validez: sobre el derecho y el Estado democratico del derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid,Trotta, 2005, p.172.
- KERSTEN, Vinícius Mendez. **O Código de Hamurabi Através de uma visão Humanitária**. Disponível em <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)>. Acesso em 12 mar. 2019.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. 1.ed. São Paulo, 1988.
- MATOS, Givaldo Mauro, **Das Contribuições Da Teologia Política Da Reforma Protestante Às Declarações De Direitos Humanos**. 2017. Disponível em < <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/FRONTEIRAS/article/view/7593/4180> >. Acesso em 02 abr. 2019.

- MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. **História Moderna e Contemporânea**. Scipione, 1993.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- PESTANA, Barbara Mota, **Direitos Fundamentais: Origem, Dimensões e Características**. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas,589755.html>>. Acesso em 25 fev.2019.
- OLIVEIRA, M. *et al.* **Os Direitos Fundamentais na Sociedade Brasileira Contemporânea**. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:b00g-XvMtkQJ:revista.facfama.edu.br/index.php/ROS/article/view/55/54+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> . Acesso em 06 abr. 2019.
- RODRIGUES, Arthur Martins Ramos, **A Colisão entre os Direitos Fundamentais**. 9,12,13f. *Dissertação de Mestrado* – Faculdade de Direito de Campos, São Paulo.
- SOUZA, E. et al. **Tomás De Aquino E A Razão Natural Dos Direitos Humanos: Pessoa e Bem Comum**. Disponível em: < [periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1892/4556](http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1892/4556)>. Acesso em 05 abr.2019.
- SIQUEIRA, D. et al. **Direitos Fundamentais: A Evolução Histórica Dos Direitos Humanos, Um Longo Caminho**. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)> . Acesso em 25 fev.2018.
- SILVA, Evander de Oliveira. A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal. Disponível em <<https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036542/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>> . Acesso em: 10 mar. 2019.



---

# *O NOVO CONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA AXIOMÁTICO-DEDUTIVO DO DIREITO*

---

*Guilherme Sandoval Góes<sup>1</sup>*

*Cleyson de Moraes Mello<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo tem a pretensão de examinar o modelo neoconstitucionalista do Direito, aqui vislumbrado como um novo paradigma do constitucionalismo da pós-modernidade, que aspira reaproximar o direito da ética, bem como garantir a força normativa dos princípios constitucionais. Para tanto, este artigo pretende investigar a superação do paradigma axiomático-dedutivo da escola positivista e sua substituição pela aplicação axiológico-indutiva do paradigma neoconstitucional.

**Palavras-Chaves:** Neoconstitucionalismo. Concepção tecno-formal do direito. Paradigma axiomático-dedutivo. Paradigma axiológico-indutivo.

**Abstract:** This article aims to analyze the neoconstitutionalist model of law, seen here as a new paradigm of the constitutionalism of postmodernity, which seeks to

---

<sup>1</sup> Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Direito Constitucional e Ciência Política da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Universidade Cândido Mendes (UCAM). Chefe da Divisão de Assuntos Geopolíticos e de Relações Internacionais da Escola Superior de Guerra (ESG). Conselheiro Nacional e Representante da Cruz Vermelha na Comissão para a Difusão do Direito Internacional Humanitário (DIH). Membro da Academia Brasileira de Estudos Estratégicos e do Fórum de Direitos Humanos da EMERJ.

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ; Professor Permanente do PPGD da UVA e UERJ.; Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – FAA/FDV. Coordenador da Graduação da Faculdade de Direito da UERJ; Advogado. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

re-approximate the right to ethics, as well as guaranteeing the normative force of constitutional principles. Therefore, this article intends to investigate the overcoming of the axiomatic-deductive paradigm of the positivist school and its replacement by the axiological-inductive application of the neoconstitutional paradigm.

**Key-Words:** Neo-constitutionalism. Techno-formal conception of law. Axiomatic-deductive paradigm. Axiological-inductive paradigm.

## **INTRODUÇÃO TEMÁTICA**

O direito constitucional contemporâneo vem – na esteira do direito como um todo - passando por momentos de grandes transformações paradigmáticas, seja pelo declínio do paradigma axiomático-dedutivo, seja pela perda da predominância cêntrica da concepção tecno-formal do direito.

A cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados à teoria da norma jurídica com o fito de reaproximar a ética e o direito. Poderíamos mesmo dizer que – seguindo a senda do neoconstitucionalismo –, o Direito caminha na direção do pós-positivismo jurídico e do paradigma axiológico-indutivo.

Com efeito, as linhas mestras da nova interpretação constitucional denegam o positivismo normativista e promovem a superação da racionalidade linguístico-subsuntiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade discursiva associada à dimensão retórica das decisões judiciais. No plano hermenêutico, a perspectiva neoconstitucionalista dá nova feição para à correção normativa do Direito, uma vez que imprime força jurídica à dimensão retórica das decisões judiciais, abrindo espaço para a plena efetividade dos princípios constitucionais mediante a reaproximação entre ética e direito. Destarte, o primeiro passo é reconhecer a necessidade de reinserir no debate jurídico o conceito de justiça com propósito cientificamente sério, daí a relevância epistemológica do paradigma axiológico-indutivo.

Eis aqui um dos grandes desideratos deste trabalho acadêmico: demonstrar que o direito constitucional hodierno não ficou imune à viragem paradigmática do *discurso axiológico-indutivo* do direito, que se projeta aberto aos demais fluxos epistemológicos e, em especial, a dogmática pós-positivista de racionalidade retórico-argumentativa.

Comespeque no aporte lógico-filosófico trazido pelo giro epistemológico da revolução da filosofia da linguagem, a nova dogmática pós-positivista produziu significativos avanços na normatividade dos princípios jurídicos. Em verdade, a teoria dos princípios surge como fruto de uma etapa de reação ao positivismo normativista de racionalidade subsuntiva. Dessarte, trata-se de uma contrução teórica em que a dogmática jurídica passa a fazer uso da racionalidade argumentativa, esquecida que tinha sido pela aplicação mecânica reducionista da concepção tecno-formal do direito.

Em consequência, o presente artigo tem a pretensão de examinar tais deficiências do positivismo jurídico, daí surgindo sua grande aspiração científica: analisar as limitações do paradigma axiomático-dedutivo no que tange à obtenção da solução jurídica da colisão de normas de mesma dignidade constitucional. Com efeito, a ponderação de valores constitucionais de mesma hierarquia demanda a aplicação de fórmulas hermenêuticas mais avançadas que viabilizam a normatividade dos princípios constitucionais.

Isto significa dizer que o pensamento jurídico brasileiro evoluiu em direção ao combate da síndrome da ineficácia das normas constitucionais insculpidas na forma de princípios jurídicos. Ou seja, o novo constitucionalismo, denominado neoconstitucionalismo principialista, rejeita a ideia de que a Constituição é mera promessa axiológica, endereçada ao legislador na sua função de regulamentação infraconstitucional, sem capacidade de gerar de per si direito subjetivo ao cidadão comum.

Ao contrário, sob os influxos do neoconstitucionalismo principialista, o cidadão comum tem o condão de recorrer ao Poder Judiciário toda vez que seu direito constitucional for violado. Portanto, Isto significa dizer que o novo constitucionalismo brasileiro não mais admite que a omissão do Estado-legislador represente mais um obstáculo à aplicação direta da Constituição. Em consequência, é a própria supremacia constitucional que rejeita a ideia de que a interpretação é simples operação matemática, manejada por um juiz robô tecnicista.

Em consequência, colima-se examinar o caminho exegético que garante a força normativa da Constituição Federal, bem como a reaproximação entre o Direito e a Ética, daí a necessidade de trilhar três grandes sendas teórico-conceituais, a saber:

- a) a rejeição da aplicação axiomática (mecânica) da lei e o acolhimento da aplicação axiológica (ética) do direito;
- b) o rompimento com o paradigma exegético dedutivo do juspositivismo e sua substituição pelo paradigma indutivo do pós-positivismo jurídico;
- c) a insuficiência da concepção tecno-formal do direito e da hermenêutica clássica de Savigny.

Em suma, o neoconstitucionalismo – por tudo o que ele representa – transformou-se na arma central contra a ineficácia dos princípios constitucionais, daí surgindo seu grande desafio científico: construir um arquétipo exegético capaz de legitimar o ativismo judicial garantidor da efetividade destes princípios constitucionais.

## **A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O DECLÍNIO DO POSITIVISMO JURÍDICO**

Antes de tudo, impende destacar desde logo que, muito embora não seja capaz de lidar com os hodiernos problemas constitucionais, a hermenêutica clássica savignyana ainda permanece válida nos dias de hoje, cabendo ao exegeta identificar as hipóteses nas quais a resposta constitucionalmente adequada será obtida a partir de sua aplicação.

Portanto, há que se reconhecer que a solução jurídica adequada em determinados casos concretos será obtida por intermédio de uma operação exegética simples de subsunção silogística do binômio fato-norma. Isto significa dizer que, em casos especiais, a resposta constitucionalmente adequada será obtida pela aplicação prioritária da subsunção silogística e não da técnica de ponderação de valores, ou seja, em alguns casos específicos, será necessário subsumir antes de ponderar.

Portanto, que não se olvide que a nova hermenêutica constitucional não despreza o valor da metódica clássica de Savigny (critérios gramatical, histórico, sistemático ou teleológico), muito pelo contrário, reconhece, como bem destaca Luís Roberto Barroso, a aplicação mecânica do paradigma subsuntivo positivista:

*Muitas situações ainda subsistem em relação às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Tal constatação é especialmente verdadeira em relação à Constituição brasileira, povoada de regras de baixo teor valorativo, que cuidam do varejo da vida. [...]. Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. [...] A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. (BARROSO, 2005, p.7-8)*

No entanto, muito embora continue a desempenhar um papel relevante na identificação da resposta constitucionalmente adequada, o paradigma positivista nem sempre é suficiente, daí a ascensão exegética do neoconstitucionalismo principialista.

Com efeito, a nova hermenêutica constitucional parte da inteligência da desmistificação da visão positivista que faz coincidir os conceitos de *texto* e *norma*. Ao revés, há uma diferença entre o texto jurídico e a norma extraída desse texto, o que evidentemente mostra que tal cisão é a válvula de escape para a total discricionariedade do ato interpretativo. Nesse sentido, a fraqueza do paradigma positivista seria causada pela identificação plena entre “norma” e “texto da norma”. No dizer de David Diniz Dantas:

*haveria desconexão entre a realidade e a norma a aplicar. Esse isolamento – fruto da severa separação entre Sein e Sollen – levaria à indeterminação do significado do texto, uma vez que este restaria isolado dos elementos da realidade que lhe poderiam conferir sentido. Assim para Muller, a teoria pura do Direito resulta em uma teoria vazia de interpretação. (DANTAS, 2004, p. 253)*

Nesse mesmo sentido, a visão de Gomes Canotilho quando destaca que “o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo.” (CANOTILHO, 1992, p. 1087).

Assim, resta indubitável que a teoria hermenêutica contemporânea parte da não identidade entre norma e texto normativo, reforçando ainda mais a tese da concepção indutiva do direito, na qual o intérprete parte do problema a resolver e não da letra da norma posta pelo legislador, ou seja, o desvelamento do sentido de uma norma não é obtido por meio dos métodos clássicos de interpretação, mas, sobretudo pela incidência dos elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade) sobre a ordem jurídica posta.

Destarte, no seu processo de tomada de decisão, o intérprete deve considerar todos os pontos de vista relevantes ao caso e não apenas a norma em abstrato. Com isso, sua decisão vem depois da análise dos fatos portadores de juridicidade e das conseqüências sociais da decisão judicial, dos valores em colisão e logicamente do próprio texto da norma. Todos estes elementos serão compilados dialeticamente para gerar a norma-decisão, o produto final da interpretação constitucional.

Em consequência, sob a égide da dogmática jurídica pós-positivista, o exegeta constitucional parte dos fatos que portam juridicidade para em seguida elaborar a norma jurídica final, que será sua norma-resultado ou norma-decisão no plano concreto de significação. É nesse diapasão que impende distinguir o plano abstrato de significação (plano preliminar de análise do texto da norma), do plano concreto de significação (plano da norma propriamente dita, denominado plano *all things considered*). (PECZENIK, 1989, p. 76).

De fato, sob o prisma positivista, norma e dispositivo (enunciado normativo) se confundem no âmbito do plano preliminar de significação, o que evidentemente não corresponde à realidade da dogmática pós-positivista. Isto significa dizer que a teoria neoconstitucional considera que a norma-decisão representa a última fase do ciclo hermenêutico, isto é, a decisão judicial é a norma-resultado já interpretada levando-se em consideração a incidência de todos os elementos fáticos do caso concreto.

Com isso, fácil é perceber a insuficiência do positivismo jurídico, cuja dinâmica interpretativa não tem o condão de se desvencilhar do estigma da discricionariedade do **juiz solipsista**, vale explicitar do juiz “dono dos sentidos” do enunciado normativo, como bem destaca Lenio Streck com precisão:

*fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)*

*a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermenauta/intérprete (evidentemente, a partir de sua inserção no mundo através da intersubjetividade, isto é, 'intérprete', aqui, não significa **solipsismo**). (STRECK, 2009a, p. 236-237).*

Enfim, são considerações como essas que se apresentam quando em investigação a insuficiência do positivismo jurídico para solucionar a colisão de normas constitucionais de mesma dignidade normativa.

Assim, partindo-se da cisão epistemológica entre texto e norma, é importante ressaltar as debilidades da concepção tecno-formal do positivismo jurídico, tal bem esgrimidas por Robert Alexy quando aponta quatro grandes motivos que denegam tal concepção tecno-formal do direito, a saber:

- a) imprecisão da linguagem do direito;
- b) possibilidade de conflitos entre as normas;
- c) fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabe sob nenhuma norma válida existente; e
- d) possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto, mas que satisfaz a noção de justiça dele esperada. (ALEXY, 2001, p. 17).

Com efeito, resta indubitável que é a própria imprecisão da linguagem do direito que afasta a concepção tecno-formal de matiz positivista, na medida em que a linguagem não é apenas meio da interpretação, mas, principalmente, razão mesma na qual se baseia o fenômeno exegético. Como bem destaca Lenio Streck:

*Por evidente, destarte, que a tradição terá uma dimensão linguística. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. [...] O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. [...] Por isto, alerta Gadamer, a redução hermenêutica à opinião do autor*

*é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam. (...) O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico. (STRECK, 2009b, p. 213- 217).*

Observe, com a devida agudeza de espírito, que o giro ontológico de cunho heideggeriano-gadameriano projeta a mudança paradigmática que afasta a concepção tecno-formal do direito, calcada no esquema sujeito-objeto. Além disso, como já destacado anteriormente, existe a possibilidade de conflito aparente de normas de mesma hierarquia e sob os influxos do princípio da unidade constitucional.

É nesse sentido que exsurge a relevância dogmática do neoconstitucionalismo como instrumento de solução de conflitos entre normas constitucionais de mesma hierarquia, tais como, livre iniciativa x valor social do trabalho; livre concorrência x direito do consumidor; propriedade x função social da propriedade, igualdade formal x igualdade material; liberdade de expressão e de imprensa x direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada etc.

E mais: é importante observar que tais conflitos não podem ser solucionados a partir do tradicional trinômio “hierarquia-cronologia-especificidade” da metodologia positivista, próprio para a colisão de regras, mas, não, para o conflito de princípios constitucionais. Portanto, é lícito afirmar que o paradigma exegético “axiomático-dedutivo-silogístico-subsuntivo-positivista-formalista-regracional-apodítico-fechado-autopoiético-solipsista” já não tem o condão de solucionar o conflito de normas de mesma dignidade constitucional. Em consequência, a normatividade dos princípios, colocada na centralidade do sistema constitucional contemporâneo, continuará sendo o valor fundante da dogmática pós-positivista, cujo hermenêutico é a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a ideia de incompletude do direito - o terceiro grande motivo da insuficiência da concepção tecno-formal do positivismo jurídico - também contribui para a emergência da dogmática pós-positivista. Com

efeito, como visto alhures, Robert Alexy destacou o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabe em nenhuma norma válida existente.

Isto significa dizer que o fenômeno jurídico não é autorreferente e nem autossuficiente, tal qual vislumbrado pela teoria do direito autopoiético. Ao revés, o direito hodierno dialoga com outros fluxos epistemológicos, notadamente a filosofia, a política, a sociologia, a geopolítica etc. Em termos simples, a solução dos problemas jurídicos da contemporaneidade nem sempre se encontra no texto abstrato da norma posta pelo legislador democrático, sendo necessário o diálogo epistemológico com outros ramos da ciência.

Com efeito, há hipóteses nas quais a resposta constitucionalmente adequada somente virá após um processo de ponderação de valores feita dentro de um caso específico, daí a implantação do novo paradigma axiológico-indutivo da dogmática pós-positivista. É nesse diapasão que o juiz hodierno deixa de ser a “boca da lei”, passando a desempenhar um papel ativo atuando como legislador positivo na garantia dos direitos fundamentais nas hipóteses de omissão inconstitucional.

Assim sendo, nas hipóteses não reguladas pelo legislador, o juiz transforma-se em instrumento de feitura da norma faltante a partir do fenômeno do ativismo judicial, aqui vislumbrado como a criação do direito pelo Poder judiciário, lado a lado, com o legislador democrático. No entanto, como bem destaca Lenio Streck alerta, há perigo desse ativismo judicial conduzir o Estado Constitucional para a condição de Estado Judicial de Direito, no qual juízes e tribunais dizem o que é o Direito:

*Já como preliminar é necessário lembrar - antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico - que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. (STRECK, 2010<sup>3</sup>, p. 25)*

Finalmente, vale agora examinar o quarto grande motivo denegador da concepção tecno-formal do direito apontado por Alexy (2001, p. 18), qual seja, a possibilidade de uma decisão que contraria textualmente um estatuto jurídico posto pelo legislador democrático ordinário. Com rigor, tal possibilidade é o diferencial epistemológico da dogmática pós-positivista,

na medida em que, muito embora haja um estatuto posto (regra legislada a ser aplicada mecanicamente pelo intérprete), o exegeta constitucional não fará a mera subsunção silogística. Ou seja, a decisão judicial irá contrariar o texto escrito da norma posta, simbolizando o ápice do paradigma axiológico-indutivo do direito, no qual a norma-resultado será fruto do ativismo judicial.

Isto significa dizer que a norma-decisão (juiz ou intérprete) no plano concreto de significação não seguiu fielmente o texto escrito da norma posta em virtude da aferição da retitude material desse mesmo texto, isto é, levando em consideração o sentimento constitucional de justiça, o exegeta afastou a aplicação mecânica da lei.

É bem de ver, pois, que no pós-positivismo jurídico, a força de criar o direito varia diretamente em função do seu grau de aceitabilidade pelo círculo de intérpretes da Constituição, apto a julgar o ato decisional a partir do exame daquilo que se denomina de fatos portadores de juridicidade, vale definir, aqueles elementos fáticos do caso concreto que são juridicamente relevantes na formulação da norma-decisão, e que, portanto, ao incidirem sobre o texto da norma em abstrato viabilizam a fixação da norma-resultado.

De tudo se vê, por conseguinte, que o paradigma positivista entra em crise juntamente com discurso axiomático-dedutivo do direito, no qual os valores axiológicos não têm o condão de penetrar na equação jurídica em virtude da quebra da cientificidade pura do Direito. As operações exegéticas complexas do direito hodierno não encontram respaldo epistemológico no positivismo jurídico.

É por tudo isso que vamos, na sequência de nossa análise, estudar a insuficiência da concepção axiomático-dedutiva do direito na solução dos casos difíceis (hard cases).

## **O DECLÍNIO DO PARADIGMA AXIOMÁTICO-DEDUTIVO DO DIREITO**

Uma vez examinada a superação da concepção tecno-formal do direito, impende agora investigar outra grande ruptura epistemológica do pensamento jurídico contemporâneo, qual seja a substituição do paradigma axiomático-dedutivo pelo paradigma axiológico-indutivo.

Com efeito, o direito constitucional contemporâneo caminha na direção do assim chamado neoconstitucionalismo principialista, uma nova forma de interpretar a Constituição a partir de um conjunto amplo de fórmulas pós-positivistas, cujo desiderato é a reaproximação entre o Direito e a Ética, bem como a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras (STRECK, 2008, p. 287).

Com espreque na superação do positivismo normativista, o novo paradigma exegético rejeita o legalismo estrito que percebia o direito como um sistema fechado de regras jurídicas, ou seja, isto significa dizer que os princípios jurídicos não eram considerados verdadeiras normas jurídicas, portanto, não faziam parte do universo normativo do País. É nesse sentido que o novo constitucionalismo constrói sua base hermenêutico-científica a partir da atribuição de normatividade aos princípios jurídicos, fixando a ideia-força de que o Direito é sistema aberto de regras e princípios.

Portanto, é correto afirmar que o neoconstitucionalismo axiológico rejeita a subjetividade do juiz-soberano, dono do direito e desvinculado da pauta de valores da sociedade como um todo, valendo aqui destacar o conceito de comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual concebida por Peter Häberle.(HÄBERLE, 1997).<sup>3</sup>

Sob este prisma, o Direito não pode ficar adstrito ao enunciado normativo posto pelo legislador democrático, na medida em que a ideia-força de abertura constitucional projeta a imagem de um direito superador da norma legislada, controlado pelo círculo de intérpretes da Constituição, que envolve não apenas a comunidade jurídico-científica, os operadores do direito em geral, mas, também, o cidadão comum.

Lenio Streck fotografa com precisão tal tipo de intelecção quando demonstra que o direito é, a um só tempo, tudo aquilo que:

*a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e os doutrinadores criticam. É, enfim, um*

---

<sup>3</sup> Peter Häberle em sua obra denominada Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997, defende a tese de que a interpretação da Constituição não é feita somente pelos juízes e tribunais, mas, sim, por todos, isto é, todos os cidadãos, todos os órgãos estatais, todos os grupos; enfim todos interpretam a Constituição dentro de uma comunidade aberta de intérpretes.

*discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras. (STRECK, 2009<sup>a</sup>, p. 248)*

De tudo se vê, por conseguinte, que a correção normativa do Direito não pode ficar submetida a critérios pessoais de juízes ou juristas, que o velho positivismo defendia e que Lenio Streck denomina de “paradigma da filosofia da consciência”. Nesse sentido, destaca o autor que o “direito não é aquilo que o judiciário diz que é”. (STRECK, 2010, p. 106-107). Dessarte, sob o prisma neoconstitucionalista, a correção normativa do direito não se atrela tão somente à interpretação dada pelo magistrado ao texto positivado pelo legislador democrático, mas, vai, muito além, atingindo a esfera do controle intersubjetivo da comunidade aberta, tal qual vislumbrada por Peter Häberle.

Em consequência, um verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele no qual a interpretação da Constituição não pode ficar adstrita ao paradigma de subjetividade do juiz solipsista, forjado nas teses positivistas que promovem a subsunção silogística dentro do paradigma axiomático-dedutivo do Direito. Eis aqui o grande desafio do novo constitucionalismo: superar o paradigma fechado-de-regras-jurídicas de cunho liberal-individualista-formal-burguês e sob os influxos do paradigma da filosofia da consciência.

Urge, pois, conceber um novo paradigma constitucional, com latitude científica capaz de harmonizar a tensão do jogo hermenêutico de normas constitucionais em colisão, no qual deve prevalecer o sentimento constitucional de justiça, viabilizando dessarte a força normativa de nossa Carta Ápice.

Portanto, o neoconstitucionalismo vislumbra os princípios constitucionais como normas jurídicas e nessa qualidade normas capazes de gerar direitos subjetivos diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário.

Dessarte, princípios constitucionais são mísseis dogmáticos que transportam os valores axiológicos em direção ao campo normativo do Direito, isto é, são mísseis hermenêuticos que fazem incidir os valores éticos sobre a teoria jurídica da norma, fazendo com que sua correção normativa não fique associada apenas ao texto escrito concebido pelo legislador democrático, mas, também, submetendo-a ao controle intersubjetivo feito pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Portanto, a normatividade do direito passa a ser aferida como resultado do grau de aceitabilidade da prestação jurisdicional pela sociedade como um todo, aí incluída a comunidade jurídico-científica. Isto

Em essência, o pensamento jurídico hodierno afasta a ideia-força de aplicação axiomático-dedutiva da lei para se aproximar da força normativa dos princípios jurídicos, materializada pelo paradigma axiológico-indutivo. Há, por conseguinte, uma ruptura epistemológica que precisa ser compreendida pelo jurista do século XXI, na qual o sistema antigo positivista é substituído pelo novo, de cunho principialista. Sai de cena o velho exegetismo legalista desprovido de valores axiológicos, substituído pela leitura axiológica, em cuja base se encontra o enfoque principiológico.

Com a devida agudeza de espírito, o leitor haverá de concordar que o novo constitucionalismo cria um espaço normativo amplo de incidência de valores axiológicos sobre o ordenamento jurídico como um todo, surgindo daí uma nova linhagem exegética focada na reaproximação entre o direito e a ética dentro de uma abordagem principiológica flexível, na qual o exegeta constitucional não fica mais preso tão somente à dicção literal da norma legislada (*prius* da interpretação jurídica), mas, deve, sim, buscar sua norma-resultado após verificar a incidência dos elementos fáticos do caso concreto sobre a norma positivada.

Nesse sentido, Écio Oto Ramos Duarte mostra que:

*De outro lado, a tentativa de oferecer pautas justificativas que assegurem a racionalidade do método jurídico deve se dar conta de que a fundamentação normativa, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos discursivos inseridos na estrutura pragmática consolidada a partir de uma razão linguística. Para esse intento, é necessário um esforço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um 'giro epistemológico' no âmbito das investigações metodológico-jurídicas*

---

significa dizer que a normatividade do direito se afasta do paradigma da filosofia da consciência para se aproximar do paradigma do controle intersubjetivo das decisões judiciais. Eis que a legitimidade democrática da criação jurisprudencial do direito encontra seu elemento fundante no nível de aceitação da norma-decisão pela consciência jurídico-social do auditório universal, representado aqui pelo espaço comunitário dos hermeneutas da Constituição. É fácil perceber, por conseguinte, que a legitimidade democrática das decisões judiciais, que encontra a sua expressão maior na negação do paradigma solipsista do juiz todo-poderoso, não pode ser produto de uma mera reedição do velho exegetismo positivista calcado no “decisionismo judicial”.

*que, agora, desde um paradigma de racionalidade discursiva, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito. (DUARTE, 2004, p. 35).*

Em síntese conclusiva, sem permitir nenhuma abertura axiológica, a visão axiomática do direito seguia na trilha da aplicação mecânica da letra da lei, sem levar em consideração nenhuma incidência de valores éticos na solução do caso concreto. Vale o que está escrito, vale a regra posta pelo legislador democrático. Princípios jurídicos são meros comandos axiológicos sem nenhuma densidade ou carga normativa e, portanto, incapazes de gerar efeitos concretos no mundo jurídico.

E assim é que podemos constatar uma mudança de perfil do novo constitucionalismo, que muito se aproxima do pós-positivismo ou principialismo, tal qual vislumbrado por Luís Roberto Barroso.<sup>5</sup> Realmente, não se pode ilidir a tendência pós-positivista do novo constitucionalismo, especialmente quando se tem em conta a penetração da dimensão ética no discurso jurídico, bem como os avanços trazidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cuja linhagem hermenêutica equipa o juiz hodierno com poderosos instrumentos pós-positivos de ponderação de valores.

Com isso, a nova hermenêutica ganha latitude científica para superar até mesmo a letra da lei, porém mantendo-se dentro do arcabouço mais amplo da ordem jurídica como um todo. Isto significa dizer que a interpretação feita pelo juiz vai sopesar valores que transcendem a dimensão semântica das leis em tensão, porém, obedecerá aos critérios previstos pelo direito posto. Trata-se do chamado *direito extra legem et intra jus*. (LARENZ, 1968, p.502).

---

<sup>5</sup> Nesse sentido Luís Roberto Barroso mostra que: “A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a idéia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética”. (BARCELLOS, 2005, Prefácio).

## CONCLUSÃO

Este artigo procurou investigar o novo constitucionalismo, que vem sendo edificado a partir da virada hermenêutica do novo discurso axiomático-indutivo do direito.

Com espeque na reaproximação entre o Direito e a Ética, a dimensão retórica das decisões judiciais passa a fazer parte da normatividade da ciência jurídica. E assim é que a legitimação da norma concretizada será função de sua aceitabilidade pela consciência epistemológica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle.

Com isso, é possível identificar as diferentes possibilidades interpretativas do Direito contemporâneo, que podem ser agrupadas sob o rótulo genérico do pós-positivismo jurídico e cuja linhagem epistemológica rejeita a concepção tecno-formal do direito e seu paradigma axiomático-dedutivo dentro um sistema fechado de regras jurídicas.

Da mesma forma, constatou-se o espírito científico que anima o novo constitucionalismo, cuja base teórica faz a distinção entre os conceitos de texto da norma (no plano abstrato preliminar) e norma concretizada (no plano concreto de significação), resultando daí a perspectiva de encontrar a resposta constitucionalmente adequada a partir de um processo de ponderação de valores de normas constitucionais.

Portanto, o direito contemporâneo não admite mais o isolamento do jurista em relação aos demais fluxos epistemológicos, o que evidentemente mostra que a interdisciplinaridade é um dos pilares da nova interpretação constitucional. Já não pode mais o juiz do século XXI encastelar-se na dogmática positivista de aplicação subsuntivo-silogística, cabendo-lhe agora conciliar e ponderar os valores constitucionais em colisão em um determinado caso concreto (paradigma axiológico-indutivo).

De feito, a mundividência do paradigma positivista era muito limitada, especialmente porque acreditava que a cientificidade do direito tinha por gênese sua própria sistematicidade intrínseca, o que evidentemente o isolava de qualquer outro fluxo epistemológico (filosofia, sociologia, política). Na visão da velha hermenêutica, os valores axiológicos ainda não positivados não tinham o condão de penetrar no **discurso axiomático-dedutivo do direito**, sem o grave risco de quebra de cientificidade.

Fácil é perceber, portanto, que tanto a concepção dedutiva (aplicação silogística partindo do caso geral para o particular), quanto a visão axiomática (pretensão de completude do direito: conceitos jurídicos fechados capazes de descrever *in abstracto* toda a realidade social) não se coadunam com normas constitucionais principiológicas de baixa densidade normativa e alto teor de vagueza.

Urge, pois, ao jurista do século XXI inverter o sinal da nova interpretação constitucional deslocando-o para a dimensão axiológico-indutiva do direito. Já não mais atende ao dador da norma-decisão (juiz ou intérprete) a mera racionalidade subsuntiva amparada pelo pensamento sistemático-silogístico.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980;
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reasons*. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.



---

# *UM BREVE ENSAIO SOBRE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE KARL LOEWENSTEIN*

---

*Sylvio Clemente da Motta Filho<sup>1</sup>*

*Felipe Sarraf de Moraes<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar a doutrina de Karl Loewenstein e demonstrar como as ideias do professor alemão são fundamentadoras de diversos conceitos que, ainda hoje, influenciam nosso sistema constitucional e como alguns autores se se utilizaram desta doutrina sem o devido crédito.

**Palavras-chave:** Teoria da Constituição; Hermenêutica Constitucional; Karl Loewenstein; Análise conceitual.

## **A BRIEF ESSAY ON KARL LOEWENSTEIN'S CONSTITUTIONAL THEORY**

**Abstract:** This article seeks to analyse the doctrinal teachings of Karl Loewenstein and to demonstrate how his ideas are founders of many concepts that, even today, influence our constitutional system.

**Keywords:** Constitutional theory; Constitutional hermeneutics; Karl Loewenstein; Conceptual analysis.

## **1 PRIMEIRAS PALAVRAS**

Não são poucos os autores que afirmam não existir uma teoria do direito, isso porque dentro dos princípios da epistemologia o direito

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Professor de Direito Constitucional. Autor de diversas obras de Direito Constitucional. Advogado. E-mail: sylviomotta@uol.com.br

<sup>2</sup> Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Email: felipesarraf.adv@outlook.com.

teria, quando muito, uma dogmática baseada em princípios doutrinários, postulados hermenêuticos e frágeis posições jurisprudenciais. Não obstante, quando adentramos no direito constitucional adotamos como premissa básica o fato de as normas e as técnicas constitucionais são norteadas pelas discussões promovidas pela teoria constitucional.

Contudo, esse ensaio não se prestará a validar (ou não) a existência de uma Teoria da Constituição. Antes, nossa preocupação será de cunho empírico, ou seja, buscar o significado prático com reflexos concretos na maneira pela qual Karl Loewenstein concebeu as relações de poder a partir de um instrumento normativo que convençamos chamar de Constituição.

Tentaremos demonstrar como suas ideias são precursoras de vários conceitos que, embora modificados pela experiência dos últimos sessenta anos, ainda reverberam em nossos sistemas constitucionais contemporâneos. E, mais relevante, como alguns autores nacionais simplesmente se apropriaram desses mesmos conceitos sem nenhuma cerimônia, talvez pelo fato de não existir uma versão em português da obra objeto dessa singela análise.

## **2 CONTEXTUALIZANDO...**

Preliminarmente, convém perceber o momento histórico que serviu de “caldo nutritivo” para a concepção da obra. Sem esse cuidado, o leitor perde muito do seu caráter original e inovador para época em que foi escrita.

A queda das democracias liberais na Europa como resultante de uma crise intransponível dos sistemas parlamentares levará à necessidade do surgimento de novas categorias para substituir aquelas até então consagradas pela ordem constitucional liberal. Some-se a isso a necessidade de revitalização do direito constitucional com naturais releituras do positivismo do Século XIX decorrentes de sua crise pós 2ª Guerra Mundial.

Sob o ponto de vista pessoal, Loewenstein se vê obrigado a fugir da Alemanha e do nacional socialismo em razão de sua origem étnica. Um fenômeno que, mais tarde, seria conhecido como o “êxodo dos professores germânicos”. Aspecto que demonstrou ser, no final, muito positivo para o desenvolvimento de seu pensamento teórico, isso porque fez com travasse

um contato mais próximo com as realidades jurídico-políticas da doutrina norte americana, despertando seu interesse como observador participante para atuação naquele sistema de determinados institutos, tais como: grupos de pressão, partidos políticos, processo legislativo, organização do Estado, entre outros.

Inicialmente a obra objeto desse ensaio foi publicada em 1957, em língua inglesa sob o título "Political: Power and the Governmental Process". Apenas no ano seguinte foi publicada uma tradução em alemão com outro título: "Verfassungsgslehre" (Teoria da Constituição).

Imperioso reconhecer que, em um primeiro ato (em analogia às artes cênicas), a teoria da constituição tenha se apoiado em concepções clássicas idealizadas por Carl Schmitt<sup>3</sup>, Herman Heller e Rudolf Smend, que, embora tenham apresentados conceitos diferentes, apoiaram suas conclusões num conjunto de fatores que, sob certo enfoque, unificava suas respectivas teorias como, por exemplo, buscar uma solução sobre a crise do constitucionalismo liberal ou, ainda, apresentar uma alternativa ao positivismo jurídico promovendo uma caráter mais dinâmico para a teoria da constituição.

Em um segundo ato, a obra de Loewenstein, se reveste de características mais democráticas estabelecendo de forma clara que sem um controle efetivo dos poderes do Estado não haverá um futuro para a sociedade democrática. Nela, a teoria constitucional perde boa parte da hegemonia que foi adotada na sua concepção clássica e, em razão da complexidade social contemporânea, acaba por se aproximar de outras disciplinas como a ciência política, a filosofia, a economia, entre outras disciplinas que passam a influir sobre diversos temas da Teoria da Constituição.

Convém, por oportuno, lembrar que a obra de Loewenstein foi concebida em um contexto histórico, jurídico, econômico e social completamente diverso do atual, daí a necessidade de contextualizar o seu conteúdo. A contextualização faz-se necessária para real compreensão do cenário. Jerzy<sup>4</sup> Wróblewski afirmava que "a termos diferentes não se deve atribuir o mesmo significado" enquanto Geertz afirmava que as importações não levam em conta o contexto do instituto. (GEERTZ, 1978).

---

<sup>3</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. 1961.

<sup>4</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Reimp. Trad. Arantza Azurza; Ver. Por Juan Igartua Salaverria. Madri: Civitas, 1998, pag 48.

Cada vez que o cenário se modifica novos atores entram no palco e cenas inéditas dão continuidade a esse espetáculo perene que lança novas luzes (ou trevas!) à hermenêutica constitucional.

### **3 O CARÁTER MUTÁVEL DA TEORIA**

A obra de Karl Loewenstein surge a partir de uma **nova orientação metodológica** apresenta uma análise crítico-realista das Constituições mostrando-as em seu real valor. Para isso o autor **realizou uma análise comparativa**<sup>5</sup> no valor da Constituição em diversos sistemas políticos e nos diferentes tipos governamentais.

Contrariando frontalmente Schmitt<sup>6</sup>, defende a primazia do constitucionalismo sobre o caráter totalitário de alguns regimes políticos populistas que, em nome de uma pretensa vontade popular, acabam por aviltar os direitos fundamentais de minorias.

Nesse contexto, Karl Loewenstein, advoga a tese de que a Teoria da Constituição sofre influência da época em que é elaborada. Não sendo possível, portanto, uma desconexão entre a realidade social do Estado e seu instrumento normativo mor, sob pena de uma profunda ruptura entre o ideal e o real.

Assim, para que a Teoria da Constituição não seja um “esqueleto normativo vazio” como, por exemplo, direitos fundamentais, partidos políticos, participação do cidadão na vida política do Estado; mecanismos de controle do poder, entre outros.

Portanto, **não existe uma Teoria da Constituição eternamente válida** para que sucessivas gerações pudessem interpretá-la<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

<sup>6</sup> Schmitt representava a corrente decisionista do conceito de Constituição, afirmando ser definida como decisão política fundamental, válida pelo ato do Poder Constituinte e sendo a ordem normativa um sistema de decisões. A constituição seria válida se emana de um poder constituinte e se estabelece pela vontade. Sua essência não reside na lei u norma mas na decisão política do titular do poder constituinte.

<sup>7</sup> A Constituição Francesa de 1793 já afirmava em seu artigo 28: Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. (um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras).

## 4 UM NOVO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Contrariando os autores do primeiro ato (concepção clássica) da evolução da Teoria da Constituição, Loewenstein apresenta uma nova concepção de Constituição.

Enquanto Ferdinand Lassalle estabelece uma distinção entre constituição escrita e constituição real<sup>8</sup>. Sendo a real (efetiva), ou seja, aquela que verdadeira exprime os anseios da vontade popular.

Enquanto Carl Schmitt define Constituição como um conjunto de decisões políticas fundamentais do Poder Constituinte (Weimar). Sendo de sua essência quatro temas centrais: a) Direitos Fundamentais; b) Regime Político; c) Separação dos Poderes; e d) Organização Federal.

Para Karl Loewenstein a Constituição é instrumento que regula e limita dos poderes daqueles que são seus titulares para garantir as liberdades dos tutelados.

Nesse aspecto parece haver uma perfeita coincidência entre o conceito esposado por Loewenstein e o adotado pelo jurista pátrio Afonso Arinos de Melo Franco, *in verbis*:

*Assim considerado o regime constitucional, a Constituição deve ser, antes de tudo, o instrumento jurídico que estabelece os processos de legitimação do poder e que limita a autoridade dos seus eventuais detentores."*

## 5 A RAZÃO DE SER DA CONSTITUIÇÃO

Nesse tópico também ocorre uma discordância entre Schmitt e Loewenstein. Enquanto que para o primeiro a função primordial de uma constituição é servir de instrumento de preservação da unidade política onde o governado é absorvido pelo governante. Para o segundo, uma constituição apenas se justifica quando se converter em instrumento eficaz de garantia do governado contra os eventuais excessos cometidos pelo governante.

---

<sup>8</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2.ed. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: LiberJuris, 1988.

## **6 A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA**

O autor defende a constituição escrita como uma conquista do constitucionalismo, sendo uma expressão imediata da própria existência do estado constitucional. Nesse aspecto radicaliza quando afirma que “apenas quando o processo político está submetido as normas de uma constituição escrita será considerado um Estado de direito”. Desnecessário esclarecer que tal posicionamento não encontra eco nos dias atuais. Até porque não há como afirmar que a Inglaterra não possui o status de Estado de direito.

## **7 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Tudo indica que o termo “mutação constitucional” foi idealizado por Karl Loewenstein, não obstante tenha sido apropriado por vários outros autores sem que lhe dessem o devido crédito.

Nesse aspecto, a Constituição é vista como um organismo vivo, em constante evolução. Seu caráter dinâmico não permite que seus upgrades decorram exclusivamente de mecanismos formais de reforma constitucional. As pressões sociais impõem um movimento constante do texto constitucional a fim de coroar um esforço contínuo de mantê-lo compatível com as demandas da vida cotidiana. Em outras palavras, a Constituição não muda apenas através de emendas constitucionais devidamente aprovadas pelo Legislativo. Processos alternativos são absolutamente compatíveis com nosso sistema constitucional. Dessa forma é possível dizer que determinados artigos da Constituição se assemelham a uma paisagem de dunas que são constantemente alteradas pelos ventos desses processos de mutação constitucional. A Constituição, queiramos ou não, pulsa. No nosso direito constitucional um dos exemplos mais vibrantes é o artigo 5º. Não obstante tenha sofrido apenas uma emenda constitucional - nesses trinta anos de vigência - (a EC nº 45/04) que lhe adicionou um inciso de dois parágrafos, vem sendo objeto de constantes mutações constitucionais através da jurisprudência crepitante do STF e, em alguns casos, até mesmo pela edição de leis ordinárias que, não raro, ampliam seu conteúdo para muito além dos sonhos mais loucos do Constituinte.

No nosso sistema constitucional o processo de mutação está, inclusive,

fora de qualquer previsibilidade de controle. Está desgovernado. Evidente que nem nos devaneios mais surreais de Schmitt e Loewenstein, seria possível prever que o nosso Pretório Excelso conseguisse desconsiderar solenemente o sentido literal de uma norma constitucional a fim de subverter seu sentido e, mais grave ainda, seu espírito. E não foi isso que aconteceu com o princípio da não culpabilidade? Afinal, o que é a execução provisória da pena senão um completo abuso dos processos de mutação constitucional idealizados por Loewenstein? Em que sistema constitucional democrático seria possível considerar lícito a subversão de uma garantia individual petrificada?

Ora, se nem emendas constitucionais podem ser tendentes a abolir direitos e garantias individuais, como uma posição jurisprudencial daquele que deveria ser o guardião da Constituição ousa tal desvirtuamento?

Por essas e outras que, no tópico subsequente desse artigo, afirmo que a nossa Carta atual não é uma Constituição normativa.

## 8 UMA NOVA TIPOLOGIA

Nesse tópico talvez resida a contribuição mais difundida de Loewenstein para a Teoria da Constituição, *embora não a mais relevante*. O referido autor apresenta uma nova classificação das constituições dentro de uma perspectiva ontológica, que se afasta das discriminações formais. Classificando as constituições quanto sua correspondência com a realidade, apresenta as espécies seguintes:

*a) Constituição Normativa – A Constituição ideal, suas normas efetivamente regulam o processo político do Estado, é eficaz e subordina as ações de todos os atores do cenário político à sua vontade. Nela há uma perfeita correspondência entre o seu conteúdo material e os processos efetivos de acesso e manutenção do poder político. Trata-se de um texto vivo, pulsante e que retrata com razoável fidelidade às aspirações da sociedade, sendo por ela amada, protegida e respeitada. Se caracteriza por ser legítima, positiva e efetiva;*

*b) Constituição Nominal – Ainda que juridicamente válida é, na prática, ignorada pelos processos políticos de poder no Estado. Nela ocorre um distanciamento evidente entre o seu conteúdo e a realidade social*

*e, sobretudo, econômica da sociedade. A realidade não permite uma completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política. É inegável que possui uma expressiva quantidade de normas de conteúdo programático, daí o seu caráter educativo, posto que tem a pretensão de, no futuro, converter-se em constituição normativa. Se caracteriza por ser legítima, positiva e não efetiva;*

*c) Constituição Semântica - Concebida para justificar e manter o exercício do poder pelos governantes por tempo indeterminado, em detrimento dos anseios legítimos da sociedade. É uma verdadeira aberração jurídica e um atentado a qualquer modelo de estado democrático. Garante o fortalecimento da vontade do governante sobre o governado. O Chefe do Executivo possui mandato vitalício e tem preponderância sobre o Legislativo. Se caracteriza por ser ilegítima e não efetiva;*

Dentro desse contexto, seria possível classificar as constituições brasileiras seguindo esses parâmetros nos seguintes termos: constituições semânticas: as de 1824; 1937; 1967 e 1969 (considero essa uma nova constituição e não uma simples emenda à Carta de 1967); constituições nominais as de 1891; 1934; 1946 e 1988. Portanto, **não reconhecemos a existência no Brasil de nenhuma constituição normativa nos exatos termos esposados por Loewenstein**. Não obstante, defendermos a tese de que a Carta atual é, sem dúvida, a que mais se aproximou do conceito de constituição normativa, sendo a resultante de um processo doloroso de amadurecimento das relações de poder em nosso Estado. Assim como nossos ancestrais nos trouxeram até aqui, resta-nos a esperança de trabalhar com afinco para que as próximas gerações sejam aquinhoadas com uma constituição normativa a reger as relações jurídicas de nosso país.

Para finalizar o tópico, convém, por oportuno, salientar que o Ministro Alexandre de Moraes apresenta uma classificação das Constituições em Nominalistas e Semânticas. Um leitor mais desatento poderia, facilmente, confundir tais termos com os que acabamos de explanar.

Contudo, devemos atentar para o fato de que, apesar da similitude dos termos aqui utilizados, o critério distintivo é bastante diverso, como veremos a seguir na transcrição (MOTTA, 2018):

*"Nesse contexto, Constituição **nominalista** é aquela cujas normas*

*são redigidas com elevado nível de clareza e precisão, de modo que o jurista, para plicá-las aos casos em concreto, precisa apenas utilizar-se do método de interpretação literal (que se limita à análise da própria redação da norma), sem valer-se dos outros métodos hermenêuticos, a exemplo do sistemático, do lógico, do histórico ou do teleológico.*

*A Constituição **semântica**, por sua vez, é aquela cujas normas, em função de sua redação mais imprecisa, equívoca, não podem ter seu significado corretamente apreendido somente com o uso do método literal, sendo ao intérprete, então, indispensável recorrer aos demais métodos de interpretação jurídica.” (gn)*

## 9 A RELEVÂNCIA DO CONTROLE POLÍTICO

Tamanha a relevância deste tópico na sua Teoria da Constituição levou o Loewenstein (1983, p. 25) a criar um método científico sobre o estudo do poder político: denominado de cratologia. A ideia é compreender o poder a partir de suas manifestações extrínsecas, uma vez que para ele é impossível compreender a essência desse mesmo poder.

Para o autor, o Estado era o potencialmente o maior organizador das relações sociais e políticas da sociedade (LOEWENSTEIN, 1983, p. 27), portanto, dentro dessa visão todos os mecanismos de controle deveriam apontar para o Estado e dele partir. Não obstante, atualmente, tal pensamento já não encontra amparo na realidade trazida após os processos econômicos de globalização dos mercados e a consequente pulverização das fronteiras políticas dos Estados contemporâneos. Hodiernamente já não é mais possível desconsiderar o papel das pessoas jurídicas de direito privado e das entidades supranacionais no exercício do controle social e econômico da sociedade.

No momento em que concebeu sua Teoria da Constituição, Loewenstein (1983, p. 83), assevera que o controle social se materializa através da capacidade de os detentores do poder emitirem ordens que devem ser seguidas pelos destinatários desse mesmo poder, concretizando ideologias previamente apresentadas por aqueles que, antes, aspiravam a titularidade dos cargos políticos. Existindo, portanto, uma perfeita simbiose entre os conceitos de legalidade e legitimidade. Tais ideologias se manifestam

concretamente a partir de ações sociais efetivando um gama de valores decorrentes de sua implantação.

## **10 O SISTEMA POLÍTICO**

Inequivocamente há uma relação umbilical entre o constitucionalismo democrático e o sistema político adotado pela Constituição do Estado. No entanto, na obra da Loewenstein não há espaço para um determinismo. Para ele, pouco importa se o sistema é parlamentarista ou presidencialista, desde que os mecanismos de controle sejam eficazes. Embora não o faça de forma explícita, é possível inferir que mesmo as formas de governo podem ser perfeitamente adaptadas ao constitucionalismo. Em outras palavras, embora o modelo republicano seja o preferível, nada obsta que em uma monarquia constitucional, com as naturais limitações de poderes, se admita a implantação da sua Teoria da Constituição.

Por outro lado, inegável na visão do autor que existe maior interdependência no sistema de governo parlamentarista e maior autonomia e independência no presidencialismo (LOEWENSTEIN, 1983, p. 50).

Sobre o sistema político, há três grandes temas: a) a obtenção do poder político; b) o exercício desse poder e c) o controle do exercício do poder político (LOEWENSTEIN, 1983, p. 28). Esse último consiste no mais relevante, posto que sem mecanismos de limitação o poder se converte e despotismo.

## **11 NÃO HÁ CONSTITUCIONALISMO SEM SEPARAÇÃO DE PODERES**

Inicialmente cabe a percepção de que, para o direito constitucional contemporâneo, não mais existem poderes e sim funções de Estado. Que, aliás, não são apenas três. Comporta aqui, mais uma vez, a advertência da sempre saudável contextualização.

Não obstante, essa é a verdade de Loewenstein (1983, p. 60-61): “se há constitucionalismo, deve existir separação dos poderes”<sup>9</sup>. Ainda, observa que

---

<sup>9</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já trazia em seu artigo 16: “*Tous Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de*

a separação dos poderes deriva da busca de representação pelo parlamento e sua independência em relação ao governo, quadro também descrito por Schmitt.

No entanto, Loewenstein apresenta o poder político dividido em três versões que, conjugadas, dariam maior estabilidade as relações do Estado com a sociedade. Para ele o poder político se define a) pela capacidade de emitir uma decisão política fundamental (policy determination); b) pela possibilidade de execução desta decisão (policy execution); e c) pelo exercício efetivo de controle político (policy control).

## **12 PLURALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Uma das maiores idiossincrasias de Schmitt consiste em defender a homogeneidade como característica de um povo<sup>10</sup>. Talvez influenciado pela concepção católica de existência de um bem supremo e pela obra de Santo Agostinho, sua tese simplesmente desconsiderava o fenômeno da pluralidade.

Inegável que estamos inseridos em um contexto cada vez mais plural, onde o conceito de bem-estar se relativiza. Naturalmente que essa convivência plural exige mecanismos, cada vez mais complexos, de proteção das minorias, a fim de orientar uma profilaxia ou, se inevitável o conflito, saneá-lo de forma eficiente. No entanto, os conflitos não apenas devem como podem ser canalizados por meio de instituições democráticas e por meio da esfera pública para uma construção conjunta e dialógica sobre as principais decisões e temas políticos, sociais e econômicos (HABERMAS, 2003, p. 9-121).

Já Loewenstein compreende que, devido a intrínseca relação entre a Constituição normativa e a realidade, a representação de elementos fundamentais da organização social (fenômeno do ser) não impede (muito pelo contrário!) a sua função de alterar a realidade de forma a canalizar esforços legítimos para a garantia efetiva pluralidade, daí percebermos a origem das chamadas políticas afirmativas e da defesa das posições contra majoritárias.

---

*Constitution* (Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição).

<sup>10</sup> Como exposto no livro “O nomos da Terra no direito das gentes no jus publicum europæum”.

Em sua obra, Loewenstein, faz um sobrevoo na relação dos direitos fundamentais com a Teoria da Constituição. Sua principal contribuição, nesse campo, foi a de categorizar os direitos sociais com espécie do gênero direitos fundamentais. O reflexo dessa inserção pode ser percebido na nossa atual Constituição que, dentro do Título II, dedica um capítulo aos direitos sociais, além de dedicar todo o Título VIII do seu texto a esse mesmo tema. No entanto, nosso sistema constitucional não insere os direitos sociais entre as normas intangíveis (na terminologia de Loewenstein,) em outras palavras os direitos sociais, entre nós, não mereceram lugar entre as cláusulas pétreas.

### **13 CONTROLE INTERORGÂNICO E CONTROLE INTRAORGÂNICO**

Estruturalmente, Loewenstein, concebe dois sistemas de controle: o Interorgânico e o Intraorgânico. Com algumas naturais adaptações, esses mecanismos de controle são adotados pelo nosso sistema constitucional.

Por **Interorgânico** compreende-se a relação, própria do pacto federativo, entre as competências materiais da entidade federativa central em relação às entidades federativas periféricas. Nesse aspecto, Loewenstein, tomou emprestada a terminologia já à época utilizada pelo federalismo norte-americano. Temos aqui uma forma de **controle vertical** que será objeto de nossas considerações mais pormenorizadas em outro tópico deste artigo.

Já o controle **Intraorgânico** consiste em mecanismos de controle que integram a própria estrutura de cada uma das funções do Estado. Assim, por exemplo, seriam os sistemas de controle interno existentes dentro de cada "Poder". Nos termos da nossa Carta consubstancia a determinação de os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterem, de forma integrada, sistemas de controle interno com a finalidade de: i) avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos; ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da respectiva administração, bem como de aplicação dos recursos públicos por entidades de direito privado; iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres de cada entidade federativa e; iv) além de apoiar o controle externo em sua missão institucional. Trata-se, portanto, de um **controle horizontal**.

Por relevante, convém assinalar que em nosso sistema constitucional, não obstante seja função típica do Legislativo exercer o controle contábil, financeiro e orçamentário, tanto os órgãos Executivos como os do Judiciário, também estão devidamente autorizados pela nossa Constituição ao exercício atípico desta função. Há muito caiu por terra a ideia de monopólio de qualquer função política do Estado. Essa, no entanto, não era a realidade quando Loewenstein concebeu essa sua magnífica obra que, como estamos demonstrando, lançou novas e profícuas luzes à Teoria da Constituição.

A propósito, um dos muitos méritos da obra em comento consiste em promover uma reflexão mais aprofundada do sistema de freios e contrapesos e a relevância da delimitação dos espaços de poder para um exercício equilibrado por seus detentores. Contudo, Loewenstein se preocupa muito mais com a relação entre os órgãos executivos com os legislativos. Parece desconsiderar uma necessidade de controle incidente sobre os órgãos judiciais, talvez porque, na sua visão, os juízes e tribunais fossem considerados como mero aplicadores do direito, relativizando sua importância para o equilíbrio do sistema como um todo. Embora, na exposição dos sistemas intraorgânicos, apresente caminhos para a participação do povo nas decisões do Executivo e do Legislativo, inclusive propondo um diálogo contínuo entre esses protagonistas do poder. No entanto, no que tange ao Judiciário adotou posição muito tímida, deixando de enfrentar os limites e controles incidentes sobre as decisões judiciais.

Já entre nós, atualmente, o debate se aprofundou, sobretudo quando a Emenda Constitucional nº 45/04 promoveu a reforma do Judiciário e criou dois órgãos políticos de controle, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

No que se refere ao controle judicial de constitucionalidade o insigne autor afirma que 'o controle de constitucionalidade é um controle político e, quando se impõem frente a outros detentores de poder é, na realidade, uma decisão política (LOEWENSTEIN, 1983, p.309). No mesmo diapasão afirma ainda que a ideia de que os tribunais estarem autorizados a impedir eventuais acordos entre o Legislativo e o Executivo era completamente impensável para os teóricos do constitucionalismo em suas origens. Certamente aqui está a se referir à concepção clássica da Teoria da Constituição.

## **14 ERA LOEWENSTEIN NOSTRADAMUS?**

*“A muitos pode parecer que o controle sobre a compatibilidade da legislação com a Constituição é uma função legítima dos tribunais e serve para manutenção do Estado de direito,” (LOEWENSTEIN, 1983, p. 321)*

Assim inicia o tópico em que discorre acerca da judicialização da política. A partir daí navega com desenvoltura ímpar nas controvérsias que o tema suscita. Partindo da experiência da Corte Constitucional Alemã, apresenta justificativas para tal competência outorgada pela Lei Fundamental de Bonn.

Por outro lado – e aí reside a parte mais interessante do texto – adverte sobre as possíveis idiosincrasias se tais competências não estiverem muito bem delimitadas. Sugere a possibilidade de um risco de ruptura do sistema de *checks and balances* caso determinadas fronteiras sejam inadvertidamente ultrapassadas gerando uma crise no Estado de direito que justifica esse sistema de controle. Da mesma forma que nenhuma medida do governo ou do parlamento pode contradizer norma constitucional, exige-se cautela do Tribunal para interpretar a Constituição. Caso contrário, o remédio que foi concebido para curar, em superdose, acabando matando.

Contextualizando com o que acomete hoje a sociedade brasileira, inegável o caráter profético deste texto. Aqui Loewenstein não teoriza, antes, vaticina:

*Essas novas maneiras de solucionar os conflitos políticos através de uma instância judicial, encerram consideráveis perigos, tanto para a judicatura, quanto para o processo governamental. (LOEWENSTEIN, 1983, p. 324)*

## **15 O PAPEL DOS CONTROLES VERTICAIS**

Na aguçada percepção de Loewenstein, existem três principais mecanismos de controle vertical: o federalismo; os direitos individuais e as garantias fundamentais; e o pluralismo. Na construção de seu texto demonstra que, embora inicialmente possam parecer institutos heterogêneos, uma análise conjunta mais apura demonstra que formam uma sinfonia perfeita se devidamente orquestrados.

Inegável que todas as suas considerações acerca do federalismo sofrem forte influência do modelo norte-americano. Tanto é que arrola justificativas muito vermelhas e azuis para explicar a razão de ser do federalismo e, sobretudo, a importância da *union* como forma de preservação da identidade nacional ser traduzida nas diversas identidades regionais correlatas. Além do quê, dedica vários parágrafos para estabelecer a distinção clara entre a forma de estado federal e as confederações, concluindo que a primeira guarda inúmeras vantagens sobre a segunda. Chega mesmo ao equívoco de afirmar que confederação é o estado primitivo do federalismo, como se a experiência histórica estadunidense pudesse ser generalizada (universalizada) a esse ponto. Exemplifica a Constituição dos EUA com uma das que enumera muitas competências para a União em detrimento das competências remanescentes dos estados-membros. Isso é sério? Será que ninguém apresentou para ele qualquer constituição brasileira pós 1891?

Registre-se, por oportuno, que na página 380 faz uma análise por demais perfuntória do modelo federal brasileiro o equiparando, equivocadamente, aos modelos de outros países sul-americanos, cometendo o pecado da generalização abjeta, tratamento geralmente dado aos Estados periféricos pelos grandes pensadores da Teoria da Constituição.

No Capítulo XI da obra apresenta com maestria os direitos fundamentais como agentes limitadores do poder estatal. Dentro da dinâmica do poder, as liberdades individuais funcionam como poderoso instrumento controle vertical sobre as ações do Estado. Todavia, convém lembrar que isso não funciona exatamente assim em Estados onde sempre as teses econômicas subvertem as teses jurídicas. Tradicionalmente no Brasil o direito está quase sempre a serviço da economia. Mas, tudo bem, afinal de contas, estamos tratando de uma obra sobre Teoria da Constituição. Quando a Constituição nada mais é do que um romance de ficção qualquer teoria, por mais utópica que seja, pode ser teoricamente admitida. Como já foi dito muitas vezes: o papel aceita tudo!

Finalmente, o Capítulo XII é dedicado ao pluralismo. Sendo apresentado como o terceiro mecanismos de controle vertical, sua função consiste em reconhecer as diversas vontades, não necessariamente convergentes, que devem ser harmonizadas para que qualquer política de governo tenha chance mínima de êxito. Mais uma vez Loewenstein demonstra ser um

visionário e, porque não, um precursor do que, décadas mais tarde, seria conhecido como tutela coletiva de interesses metaindividuais homogêneos. Não obstante, a leitura de todo o Capítulo mereça atenção, destaca-se o item que trata da Dinâmica dos Grupos de Interesse, fica patente a visão de que o consenso nas sociedades contemporâneas é uma utopia, um sonho distante. Reconhecer que visões diferentes de mundo podem ser muito saudáveis para o processo de amadurecimento democrático de um povo parece ser um belo e plausível caminho para a construção de uma sociedade efetivamente justa.

Dentro desse contexto, também merecem destaque suas considerações acerca dos grupos de pressão (*lobbies*) e seu papel nos regimes democráticos contemporâneos.

## **16 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Recomenda-se prudência quando empreendemos uma análise histórica da trajetória da evolução da Teoria da Constituição. Adotar a metáfora de que tal construção se assemelha a sucessão justaposta de diversas camadas geológicas pode induzir a erro.

A análise epistemológica de sua concepção exige a percepção de uma vasocomunicação intensa entre as diversas ideias e seus aperfeiçoamentos. Cada uma das etapas desse projeto não jaz fossilizada, soterrada pelas outras.

Tentar empreender uma noção cartesiana, de cronologia exata, é mecanismo próprio das ciências naturais que, por definição, não se aplica às ciências sociais. Ainda que as condições estruturais dos fatos sociais possam ser reproduzidas, as consequências tornam-se imprevisíveis posto que é impossível reproduzir a psicosfera cultural que norteou os protagonistas do fato original objeto de estudo. Por outro lado, esse primeiro movimento que venceu a inércia continuará reverberando enquanto esse sistema existir e, mais ainda, na medida em que for se tornando mais complexo.

Para ilustrar a tese, tomemos por exemplo o sistema de freios e contrapesos. Originariamente a ideia é aristotélica, burilada por Locke e Montesquieu, aprofundada na obra objeto deste ensaio por Loewenstein e que atualmente ganha contornos bem diversos do que aqueles intuídos

por todos esses pensadores. No entanto, sem a percepção original de Aristóteles - e sem a contribuição dos demais -, como afirmar que iria alcançar tal complexidade? Além do mais, o embrião aristotélico não resta soterrado geologicamente, ao contrário, pulsa (e sempre pulsará!) na superfície e no cerne do sistema de freios e contrapesos.

Assim como é impossível desconsiderar a importância de cada um desses autores (e de muitos outros) acerca da temas de alta relevância para a construção de uma Teoria da Constituição contemporânea? Conceitos como federalismo, controle de constitucionalidade, jurisdição constitucional, direitos fundamentais, entre tantos outros, estarão sempre em processo dinâmico de construção e, ao mesmo tempo, vinculados às ideias de sua ancestralidade.

Retornando à analogia com as artes cênicas, todos são roteiristas importantes para o desenvolvimento dessa trama que, guardadas as devidas singularidades, é encenada em todos os Estados contemporâneos, em alguns o elenco é melhor, mas o diretor nem tanto; em outros temos uma excelente direção mas o elenco deixa a desejar; e assim sucessivamente. Contudo, nada disso desmerece a noção de é uma obra coletiva, consecutiva, dinâmica e inacabada.

A indevida apropriação de ideias e conceitos por determinados doutrinadores aliada a uma visão de uma Teoria da Constituição inacessível à “plebe ignara”, têm contribuindo para um afastamento emocional cada vez maior do povo, sendo inquestionável a perda de interesse pela Constituição e seus significados. Já é possível sentir na sociedade brasileira os efeitos nefastos dessa crise de credibilidade constitucional. Enquanto isso, nosso Supremo Tribunal Federal está ocupado com as “grandes questões” do momento que vão desde sabor em cigarros até o valor devido aos caminhoneiros pelo frete.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Constitución y política**. In: LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego AnabitarTE. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. ix-xv.

MOTTA Filho, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

\_\_\_\_\_. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Reimp. Trad. Arantza Azurza; Ver. Por Juan Igartua Salaverria. Madri: Civitas, 1998

---

# *A DEMOCRACIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO* **LUIS GUSTAVO**

---

*Barbedo Coelho Montes de Carvalho<sup>1</sup>*

*Francisco de Assis Oliveira<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho tem o propósito de examinar a Democracia e a constitucionalização dos direitos, tendo como base a aplicação dos princípios e os direitos fundamentais frente a busca da efetividade processual, principalmente analisando o viés do processo civil como instrumento democrático. Neste escopo, enfrenta-se acerca das questões contemporâneas sobre a constitucionalização das normas jurídicas, especialmente os pontos intrínsecos ao processo civil (vide o novo Código de Processo Civil), abarcando a eficácia das normas de direitos fundamentais que almejam a justiça social, tudo com o desiderato de garantir o resultado almejado pelo direito material. Através de diversas doutrinas sobre o processo

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito (PPGD – UVA); Especialista em Direito Empresarial (UGF); Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UCAM); Especialista em Direito e Processo Civil (UGF); Advogado e professor universitário. E-mail: [drluigustavocoelho@hotmail.com](mailto:drluigustavocoelho@hotmail.com) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5879962295645250>

<sup>2</sup> Doutor em Ciência Jurídicas e Sociais (UMSA); Mestre em Ciências Jurídicas e Empresariais (Nebrija) Especialista em Direito Público (SESNI/UNIG); Advogado e professor universitário. E-mail: [f.assis@abej.com.br](mailto:f.assis@abej.com.br) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5945400123149553>

civil constitucionalizado, baseia-se o estudo acerca da condução democrática do processo. Em suma, a intenção não é outra que pesquisar sobre o processo civil como mecanismo hábil e corolário da democratização decorrente do novel ordenamento constitucional e processual.

**Palavras-chave:** democracia; processo civil; direitos fundamentais; acesso à justiça.

## **DEMOCRACY AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF RIGHTS. CIVIL PROCEDURAL LAW AS A DEMOCRATIC INSTRUMENT**

**Abstract:** The present work has the purpose of examining Democracy and the constitutionalisation of rights, based on the application of principles and fundamental rights in search of procedural effectiveness, mainly analyzing the bias of civil process as a democratic instrument. In this scope, it is confronted with contemporary questions about the constitutionalisation of legal norms, especially the points intrinsic to civil procedure (see the new Code of Civil Procedure), encompassing the effectiveness of the norms of fundamental rights that aim at social justice, all with the scope of guaranteeing the result sought by the material right. Through several doctrines on the constitutional civil process, the study of the de-democratic conduction of the process is based. In short, the intention is none other than to investigate the civil process as a skillful and corollary mechanism of democratization resulting from the new constitutional and process order.

**Keywords:** democracy; civil lawsuit; fundamental rights; access to justice

## **INTRODUÇÃO**

Não se tem mais dúvidas que a Carta Magna do Brasil foi elaborada no decorrer de um contexto sociopolítico de transição de um governo autoritário, bem como os Códigos Processuais de 1939 e 1973 não foram tão diferentes. Abarca-se nessa conjuntura todas as questões que envolveram o cenário político dos idos da década de 60, registrando-se de forma sintetizada diversas agressões e supressões de direitos, até a consolidação de uma norma congênita, advinda de uma assembleia constituinte, através do fomento de um governo participativo, ou seja, a CRFB de 1988 é um grande marco democrático, por assim dizer do ordenamento pátrio.

Não obstante, merece destaque que, na realização e confecção da Constituição, houve a necessidade e a influência do acréscimo de outras searas do Direito no texto composto, criando um evento denominado de

“Constitucionalização do Direito” (SARLET, 2012). Assim, com a criação de um constitucionalismo contemporâneo, nasce a preocupação e a real importância dos Direitos Fundamentais como um todo, donde se verifica também a figura da origem do direito processual constitucional e do uso do processo civil como mecanismo para acesso a tutela do Estado (forma democrática e participativa).

Deste modo, ao se abordar constitucionalmente o Direito Processual Civil, não se tem como promover uma fuga de seu entendimento através de uma dinâmica e funcionamento somente das jurisdições, pois à compreensão dos procedimentos e organização do processo se detém sob a ótica e direção dos direitos fundamentais, sempre com a intenção de permitir uma melhor e maior harmonia entre os institutos. Nesta lógica, com o direito processual e a constituição caminhando lado a lado, não se vê outra coisa que o fortalecimento e maior abrangência dos Direitos Fundamentais (constitucionalização).

Neste viés, avoca-se DINAMARCO (2003) que ao explicitar sobre a “Constitucionalização do Direito”, estabelece como momento oportuno seu reconhecimento no âmbito processual com a inserção de princípios processuais no texto constitucional e também com a influência de normas constitucionais no contexto processual.

Com o afincado de maior abordagem sobre o tema, emprega-se no presente estudo uma metodologia de análise histórica, especialmente com averiguação bibliográfica acerca das modificações, implementações e absorção dos elementos processuais pelo viés constitucional, fortalecendo a democracia, analisando as suas especificidades, os direitos fundamentais e suas gerações ao longo do tempo, o Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais e, por fim, o processo democrático em gênero.

Por derradeiro, a intenção da presente pesquisa não é a de exaurir a discussão sobre o tema, mas sim efetivamente permitir outras perspectivas e análises por conta das constantes mudanças no âmbito processual, especialmente como advento da nova Lei Processual Civil (Lei nº 13.105/2015).

## **1. DEMOCRACIA - ESPECIFICIDADES**

Talvez, com diversas obras acadêmicas sobre democracia, seja fácil pensar em conceituar o instituto, todavia possa ser mais difícil sua explicação em um veio prático e pragmático, se é realmente possível conceituá-lo. A democracia vem sendo revisitada hodiernamente, passando por análises de modelo, de representatividade, de meios alternativos, ocasionando uma série de debates sobre sua real condição e forma.

Em virtude dos contextos políticos, possui-se diversas maneiras de conceituar Democracia, entretanto, registra-se que duas são as perspectivas que permitem avocar e corroborar qual sistema organizacional e atos governamentais estão sendo utilizados recorrentemente, ora dentro das questões conhecidas como Democracia “formal” ou “material”. Quanto a questão formal, cumpre salientar que é possível compreendê-la enquanto sistema de organização política, em que os interesses coletivos competem à maioria do povo, ou seja, uma característica que lhe é associada mediante as convenções e normas jurídicas que são confeccionadas para sua manutenção.

Outrossim, quanto ao enfoque material, entende-se como um ambiente ou uma ordem constitucional, abalizada no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, axiologicamente dando maior conotação ao elemento humano. Todavia, sua legitimação somente ocorre com obediência a dignidade da pessoa humana e aos discursos racionais utilizados por aqueles que detém o poder (Estado), com o propósito de conferir “voz à maioria”, o que de certo não afasta governos totalitários se auto intitulem também “democráticos”.

Merece destaque que não só os governos totalitários se utilizam de um discurso racional com o afincado de se manter ou perpetuar no poder (fato que ameaça a dignidade da pessoa humana). Com isso, dentro do que deveria ser a solução de problemas através dos políticos (vide a Democracia com enfoque no Brasil), os quais são eleitos pela vontade do povo para permitir que se perpetue a Democracia<sup>3</sup>, acabam apenas representando suas próprias vontades e interesses, não obstante ainda a possibilidade pelos governantes

---

<sup>3</sup> O termo democracia tem origem no antigo grego e é formada a partir dos vocábulos demos (“povo”) e kratós (“poder”, “governo”).

de utilização de plebiscitos<sup>4</sup> e referendos<sup>5</sup>, numa forma de governo ainda participativa, ou seja, permissão de uma “atuação” do povo. Contribui SILVA (1988, p. 108) que “deveria a Democracia buscar a efetivação da vontade geral dos cidadãos, que poderia ser garantida através da manifestação dos elegidos que seriam os representantes da nação”.

Com o designo de enfrentar o ponto de correlação com o trabalho em pesquisa, dentre o assunto que visa a manutenção da Democracia, necessário estabelecer quanto a política do Estado e seus 3 (três) poderes<sup>6</sup>, Legislativo, Executivo e Judiciário. Quanto aos Poderes Legislativo e Executivo, guardada as devidas proporções, pode se dizer que suas atuações, de forma pragmática, estão ligadas diretamente ao escrutínio, encerrando-se com a eleição e a escolha de representação do povo. Diferente não pensa BONAVIDES (2003), quando alerta, conforme já afirmado anteriormente, que é possível que a democracia se apresente apenas formalmente, desvirtuando-se em seus fins, substancialmente de assegurar a premissa do bem comum.

Em relação ao Poder Judiciário, não se pode afastar os inúmeros problemas existentes internamente e debatidos pela sociedade como um todo, mas o escopo *a priori* é denotar sobre a participação popular, haja vista que o cidadão possui condições (em regra) de ser mais participativo na busca da tutela do Estado, através de respostas processuais individuais e até coletivas. Assim, como o intento é observar a participação popular (método participativo), não se pode afastar a efetivação da democracia através do processo civil (inafastabilidade do Poder Judiciário, princípio a ser analisado posteriormente).

Sobre o assunto, TEIXEIRA (1993, pág. 79) preleciona um aprimoramento

---

<sup>4</sup> (SILVA, 1998, p. 146) Conceitua-se plebiscito como uma consulta popular, semelhante ao referendo, diferente deste no que concerne ao fato de que “visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, através de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida (...).” CANOTILHO (2003, pág. 296), refere-se que o plebiscito se dá como pronuncia popular sobre escolhas ou decisões políticas.

<sup>5</sup> (SILVA, 1988, p. 143) O referendo popular se “caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado. (CANOTILHO, 2003, p. 295) “(...) referendo como a consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou texto através de um procedimento formal regulado em lei”.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU (1993, pág. 181) explicita: “Há em cada estado três tipos de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das nações e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”.

do processo civil como garantia da cidadania, consistindo essa noção numa realidade importantíssima, sendo, claramente, esse o motivo de busca de aperfeiçoamento do direito processual civil, não reduzindo sua relevância a uma mera técnica, mas sim o elevando ao patamar de garantidor de direitos e de modo de participação efetiva (ponte da aplicação dos direitos fundamentais).

## **2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Antes de adentrar as questões processuais que permitem consubstanciar o processo civil como corolário da democracia, cumpre esclarecer de forma sintetizada acerca dos Direitos Fundamentais.

É visível que a CRFB/1988 trouxe em seu bojo posição específica sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, explicitando em diversos ícones sua distribuição legal, isto é, categorizando da seguinte forma: a um, os Direitos individuais e coletivos, pautados no conceito da pessoa humana e de sua personalidade, intrínsecos as questões como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade, com previsão legal no art. 5º e seus incisos; a dois, quando abarca os Direitos sociais para a melhoria das condições de vida e assimilando o dever da igualdade social, garantindo, então, o direito à liberdade dos indivíduos, consoantes ao que precípua o art. 6º, acerca da educação, da saúde, do trabalho, da previdência social, do lazer, da segurança, da proteção à maternidade e, por derradeiro, da infância e da assistência aos desamparados; a três, compreende os Direitos de nacionalidade, ou seja, o determinado vínculo jurídico e também político que liga o indivíduo ao Estado, permitindo-lhe ser parte do povo que o compõe; a quatro, verifica-se os Direitos políticos advindos dos direitos públicos que permitem o exercício da cidadania (CRFB/1988, art. 14) e; a cinco, por fim, os Direitos à existência, organização e participação em partidos políticos (CRFB/1988, art. 17), ou seja, a garantia de autonomia, liberdade e a polarização e pluralização de partidos políticos como preservação do Estado Democrático de Direito.

Na proposta de assegurar uma dinâmica legítima para a democracia, verifica-se o fomento dos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos como gênero), como explicitado alhures, reconhecido como um conjunto de

direitos e garantias que possuem como características a historicidade (o direito advém de um contexto histórico-cultural), a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade (esses Direitos não prescrevem e não podem ser renunciados), a inviolabilidade (invioláveis e puníveis através de responsabilização), a universalidade (envolvem a todos), bem como a ratificação que são comitentes e complementares entre si (não se excluem e se complementam para realizar o objetivo), chegando enfim nas questões de real efetividade (uso dos meios coercitivos necessários para sua fruição) – destacando-se daí o processo civil.

Entretanto, também se faz necessário trazer a voga as “sucessivas” gerações dos direitos fundamentais. Ante ao aprofundamento do tema, cumpre ressaltar a discussão sobre as nomenclaturas “sucessivas/gerações”. A expressão “gerações” é rechaçada por vários doutrinadores, haja vista que a terminologia em comento a princípio se choca com a evolução dos direitos fundamentais, pois ao se falar em geração, o que se teria era uma substituição de uma por outra (sucessivas), o que é cediço que não é aquilo que realmente acontece. Daí nasce a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, pelos doutrinadores que defendem que não há espécie de “sucessão”, mas sim uma correlação (continuidade e aumentativo). Particularmente, não entende os Autores que tais nomenclaturas podem trazer quaisquer prejuízos, mesmo que a terminologia “sucessão” ou “gerações” possam aparentar espécie de substituição (não cabível pela própria essência do instituto “Direitos Fundamentais” que entendemos ser correspondentes – não há a supressão de um pelo outro).

BONAVIDES (2006, pág. 563) aponta, entretanto, que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo (...)”. Entretanto, as ordens históricas-cronológicas estabelecem as “sucessivas” (vide correlatas) gerações dos Direitos Fundamentais, senão vejamos:

## **2.1 Direitos da Primeira Geração**

A primeira geração é fruto do pensamento liberal-burguês, inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas (séculos XVII e XVIII), reconhecidos como os Direitos da Liberdade, dentre as questões religiosas, políticas, do

direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), as liberdades de expressão coletiva, entre diversas outras, sendo ponto demarcatório sua constância nas primeiras constituições escritas e documentos históricos<sup>7</sup>.

Destaca-se que os direitos de primeira geração abrangem os direitos de liberdade, voltado ao indivíduo, ostentando a subjetividade, reconhecido como direitos de resistência ou de oposição e a própria limitação do Estado.

## **2.2 Direitos da Segunda Geração**

Dos Direitos de segunda geração, advém os Direitos da Igualdade, isto é, os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos, etc., os quais dominaram o século XX. Diferentemente do primeiro (subjetivo), os Direitos de segunda geração são objetivos, com a assertiva de permitir aos indivíduos utilizarem de mecanismos para acesso ao Estado (acesso à justiça – processo civil), visando o bem-estar social.

Salienta-se que os Estados, antes liberais, começaram o processo de consagração dos direitos sociais, isto é, uma enorme evolução na proteção da dignidade humana. Em síntese, o que se verifica é uma presença eminente do Estado, com a finalidade de instrumentalizar meios para que a população (universalidade) possa usufruir dos direitos que lhe são assegurados legalmente.

## **2.3 Direitos da Terceira Geração**

Já a Terceira geração nasce no século XX, em conjunto a geração anterior, especialmente como Direito à “Fraternidade”, buscando uma qualidade de vida saudável, um meio ambiente equilibrado frente ao progresso, entre outros. Como se pode ver, a questão envolve a universalidade como ponto nevrálgico, bem como um alto teor altruísta (preocupação com o próximo)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Por exemplo, a Magna Carta 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, o *Habeas Corpus Act* de 1679, a *Bill of Rights* de 1688 e as declarações de direitos Americana (1776) e Francesa (1789).

<sup>8</sup> Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe

Neste sentido, o que se vê, não é tão somente a proteção ao indivíduo, mas sim novos temas que desenvolvem à paz, o meio ambiente, comunicação, direito à proteção ao patrimônio da humanidade, etc.

Alerta-se que as três primeiras gerações exprimem os ideais de Liberdade (direitos individuais e políticos), Igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e Fraternidade (direitos da solidariedade).

## **2.4 Direitos das Quarta e Quinta Gerações**

A quarta geração já é defendida por diversos doutrinadores, entre eles BOBBIO (1992) e BONAVIDES (2006), apesar de divergirem de seu conteúdo. Para o primeiro, a quarta geração está atrelada ao Direito da Bioética, especialmente a engenharia genética. Quanto ao segundo doutrinador, a mesma geração estaria pautada à informação, à democracia e ao pluralismo político.

Para NOVELINO (2008 pág. 229), esses direitos entraram no ordenamento jurídico por meio da globalização política, compreendendo, deste modo, o direito à informação, à democracia e o pluralismo, corroborando com Bonavides, ou seja, possuem ligação com o futuro da humanidade.

Entretanto, não está ainda consagrada a quarta geração e seu desígnio, pois ainda há os que defendem a expressão Direitos da Responsabilidade, assimilando desenvolvimento tecnológico e absorvendo a manutenção da paz, a efetivação da democracia, o pluralismo, o direito à informação, ao reconhecimento dos povos, a bioética, os direitos difusos, etc., correspondendo enfim à verdadeira fase de institucionalização do Estado social.

Outrossim, existe o entendimento de uma quinta “dimensão”, que embora reflita sobre o Direito à Paz, existente na terceira e também na quarta “geração”, analisa-se peculiaridades muito particulares acerca desse Direito, o qual se entende ser imperativo e colocado em posição de destaque (separado). Conceitua-se então a paz como a convivência humana harmônica, qualitativa, ligada à conservação da espécie em si, especialmente o bem-estar geral da humanidade, maturação específica dessa dimensão.

---

o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2006, p. 563-569.)

### **3. INTRÓITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Destarte, com a concepção da Constituição Federal de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito<sup>9</sup>, que conforme explicita SILVA (2003), tem o condão de garantir o exercício pleno e efetivo dos direitos fundamentais, sendo, portanto, um paradigma com caráter vinculante para as atividades em geral, sendo pública ou privada.

Deste modo, afirma-se que o Estado Democrático de Direito conduz a prática da atividade do Estado, sendo hialino que a Democracia não deve ser conduzida ao patamar de conceito político abstrato tão somente, haja vista que em seu contexto como essência, verifica-se uma busca coesa de consolidar os direitos fundamentais, conferindo-lhes então sua verdadeira legitimidade. Não se rechaça a intenção da aplicação e interpretação vasta e abrangente, baseada no escopo do princípio basilar da supremacia da constituição.

### **4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Cumprе apresentar, mesmo que de forma sintetizada, que os princípios constitucionais, assim como os direitos fundamentais, são um reflexo de uma nova forma de pensar o Direito Constitucional, ou seja, abarcando seu aspecto axiológico, sem abrir mão de uma visão mais contemporânea, mantendo como base salutar a valorização da dignidade da pessoa humana e todos os princípios que fomentam o ordenamento jurídico.

Pode se dizer que a norma jurídica tem seu nascedouro a partir da hermenêutica e interpretação da ordem jurídica, a qual possui seus atributos fundamentais consolidados através dos próprios princípios constitucionais. Destaca-se que, sem o devido processo legal como um dos primeiros princípios balizadores, tratado como a própria efetividade e perspectiva

---

<sup>9</sup> “Como o nome sugere, a principal ideia da categoria é a democracia. Esse conceito está explícito e explicado no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988. Está na Carta Magna: ‘Todo o poder emana do povo (*isso significa que vivemos em uma República*), que o exerce por meio de representantes eleitos (*esses são os termos de uma democracia indireta, por meio das eleições de vereadores, prefeitos, governadores, deputados, senadores e presidentes*) ou diretamente, nos termos desta Constituição (*este trecho estabelece que, no Brasil, também funciona a democracia direta, em que o povo é o responsável direto pela tomada de decisões.*)’”. Acessado em 12/04/2019 às 23h07min <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanheplanalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito>

do Direito Processual, não se teria como consubstanciar uma espécie de solução aos litígios em gerais.

Contudo, não menos importante, por isso conceituados também como princípios constitucionais (quicá processuais como um todo), não podemos desconsiderar os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário (CRFB/1988, art. 5º, XXXV)<sup>10</sup>, da ampla defesa e do contraditório (corolários do devido processo legal – CRFB/1988, art. 5º LIV e LV)<sup>11</sup>, da isonomia<sup>12</sup> (CRFB/1988, art. 5º, *caput*), do acesso à justiça, da efetividade e da instrumentalidade, da motivação e da obrigatoriedade das fundamentação das decisões judiciais (CRFB/1988, art. 93, IX)<sup>13</sup> e da razoável duração do processo<sup>14</sup>, entre outros.

Consoante aos princípios elencados, coaduna-se suas interpretações sob a ótica de uma novel aplicação constitucional, para, então, seu melhor aproveitamento as normas jurídicas. Não se diverge que os direitos fundamentais são a bússola das Constituições, isto é, mesmo que tenhamos em determinados países uma instável e movediça estrutura constitucional, passível de inconstitucionalidades hodiernas na forma material, por conta dos reflexos econômicos, políticos e financeiros, advém tal dinâmica por conta da forma de governar pautada em omissões constitucionais de natureza material, ora menosprezando os direitos fundamentais, interpretando-os “a favor dos fortes contra os fracos”, conforme pontua BONAVIDES (...).

Assim, necessário se faz entender a dinâmica da aplicação dos direitos fundamentais constitucionais na prática, neste viés, seu uso nas normas jurídicas em geral, com a intenção de garantir a prestação jurisdicional, enfim, com a interligação do direito processual ao material, sendo

---

<sup>10</sup> CRFB/1988, art. 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

<sup>11</sup> CRFB/1988, art. 5º, “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” c/c “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>12</sup> “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

<sup>13</sup> CRFB/1988, art. 93, “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”;

<sup>14</sup> “LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

cediço que o texto constitucional, em especial os direitos fundamentais, axiologicamente integram o centro do sistema normativo. Destaca-se que para esta aplicação, necessária a proteção e efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário, haja vista que os direitos fundamentais servem como orientação (bússola) e demarcação do magistrado acerca do direito material, devendo sua proteção ocorrer através da jurisdição, a qual permite ao julgador buscar sua potencialidade na forma processual com o escopo de dar efetividade a qualquer direito material (MARINONI, 2009).

Com isso, avoca-se as duas questões proeminentes, ou seja, a constitucionalização do direito, com a presença dos princípios constitucionais e uma visão holística de sua aplicação, e a nova forma processual, com a influência direta da tutela constitucional para maior efetivação dos direitos individuais e coletivos.

Em frente à estas questões, que a doutrina denomina de “neoconstitucionalismo” e “neoprocessualismo”, saltam aos olhos a busca pela tutela dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, com a sua adequação aos caminhos processuais para uma maior efetividade, por derradeiro criando a lógica de um processo civil como instrumento democrático.

## **5. O PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO**

Com a evolução do direito processual e o fomento da constitucionalização em diversas searas do direito, o que se verifica é a percepção cognitiva que o processo civil passa a ser uma ponte para o exercício da democracia, especialmente pela permissibilidade de acesso à Justiça, com a premissa de vedar comportamentos unitários e autoritaristas. Neste sentido, MITIDIERO (2009, p. 59) traz a explicação que o processo civil constitui um ponto democrático do encontro dos direitos fundamentais.

Acrescenta-se ainda, que devido a soberania popular, trazida pela inserção dos próprios membros do Poder Legislativo, constituidor das legislações, resta que os interessados acabam por influenciar o texto legal, bem como o progresso e a visão pelo neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo citados alhures, permitem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos em seu sentido amplo e não tão somente

cerrado no Direito legislado (sem alteração formal do texto positivado). Outrossim, ao se analisar a lei processual, traz-se ao seu bojo à luz da questão democrática, permitindo uma maior conscientização dos valores encampados na própria Constituição.

Nesta direção, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015<sup>15</sup>, trouxe em seu “Capítulo I” o título “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, em que abarca no seu artigo 1º: *“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”*. Em sentido correlato, verifica-se no mesmo capítulo uma série de princípios constitucionais (constitucionalização), com o enfoque de transformação do processo civil em um instrumento da democracia, por exemplo:

- **Princípio da razoável duração do processo** – “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

- **Princípio da boa-fé processual** – “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

- **Princípio da cooperação** – “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

- **Princípio da isonomia e do contraditório** – “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

- **Princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, publicidade e da eficiência** – “Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

- **Princípio do contraditório e do devido processo legal** – “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente

---

<sup>15</sup> Acessado em 13/04/2019 às 19h:15min - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

ouvida” c/c “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

**- Princípio da transparência, publicidade e fundamentação das decisões** – “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Como merece vênia, não obstante as críticas e desconstruções ao longo do tempo, a nova normativa processual civil do Brasil (Lei nº 13.105/2015), destaca a questão dos “negócios” jurídicos processuais e seu enfrentamento temporal (CPC, art. 190), o qual tende a permitir uma maior flexibilização em busca de soluções (acessibilidade), quiçá, iniciando-se pelas partes com o ideal logístico de (des)vantagens permitidas pelo sistema, como contexto histórico de aplicação mais célere e próxima aos litigantes (democraticamente), os quais buscam a tutela jurisdicional como um remédio aos seus anseios.

Os autores do presente estudo (CARVALHO e OLIVEIRA, 2016, p. 545/567<sup>16</sup>) já defendiam o processo civil como instrumento da democracia, evento clarificado além dos princípios supracitados, também pelo art. 139 do Diploma processual em vigor, o qual estabelece que o juiz *“pode consentir que o procedimento adotado venha trazer uma segurança e, especialmente, uma maior flexibilidade aos atos revestidos de formalidade”*. Desta forma, analisando o inciso VI do mesmo artigo, também explicitam que *“encontra-se postado uma nova norma permissível de dilatar os prazos processuais (com exceções) e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”*.

Não diferente o CPC em seu artigo 190, convencionou um modelo cooperativo de processo democrático, advindo da possibilidade de negociação (convenção) jurídica processual.

Os Autores também pontuaram que quanto ao negócio jurídico processual (CPC, art. 190), o novo Diploma Legal Processual adotou um

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Luis Gustavo B. Coelho M. de. OLIVEIRA, Francisco de Assis. “A flexibilização dos procedimentos e prazos na Lei 13.105/2015 como método de acesso à justiça”. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 4, p. 545-567, out/2016 ISSN 2358-1557.

modelo cooperativo e democrático de processo, sendo uma das inovações mais exaltadas do novo CPC, com a previsão de ampla flexibilização do procedimento por convenção das partes.<sup>17</sup>

Democraticamente, a ideia da participação das partes quanto à sua aproximação ao Judiciário, visa, sem a quebra do contraditório obrigatório, uma melhor e razoável duração do processo, ou seja, a permissão da “negociação” (convenção) que prevê a ordem normativa processual, valoriza e prestigia a autonomia da vontade, *“repartindo as direções a serem tomadas pelo processo, ora até a pouco somente realizada pelo juiz, sendo que as partes podem trazer ao litígio um trâmite mais adequado, o que dê certo permitirá uma maior celeridade e economia substancial”* (CARVALHO e OLIVEIRA, 2016, p. 142).

Aclara-se ainda que o controle das convenções processuais será realizado pelo juiz (CPC, art. 190, parágrafo único), pois mesmo que a intenção seja dar as partes no processo conotação de equilíbrio, o magistrado está obrigado a estabelecer as posições necessárias para garantir a participação igualitária das partes, devendo verificar não só em caso de dificuldades técnicas, mas também em casos de infortúnios pela situação de direito material, ou seja, o papel do juiz continua primordial para a preservação de garantias constitucionais processuais das partes, bem como termômetro do caminho a ser trilhado (MARIONI e MITIDIERO, 2010).

Contudo, o que se vê é uma maior participação popular, oportunizando as partes a figurarem dentre ao ambiente processual, exercitando não só um direito subjetivo, mas também permitindo configurar a formação dos provimentos jurisdicionais, especialmente atenuando acerca da perspectiva democrática, os traços e ranços autoritários, os quais historicamente são abarcados pelo julgador ao se acostar do monopólio cognitivo que foi criado em nosso ordenamento excêntrico.

Portanto, se o processo civil é um instrumento da democracia, nada mais equânime seja rechaçada as decisões ausentes de participação popular,

---

<sup>17</sup> “(...) aumentando às permissões já descritas no CPC/1973, como a cláusula de eleição de foro (CPC/1973, art. 111), a redução e ampliação de prazos dilatatórios pelas partes (CPC/1973, art. 181) e a própria suspensão do processo por convenção das partes (CPC/1973, art. 265).” OLIVEIRA e CARVALHO. O novo Código de Processo Civil e a 3ª onda renovatória de acesso à justiça (Mauro Cappelletti) - Da flexibilidade de procedimentos aos negócios jurídicos processuais. - ISBN: 978-85-5505-209-5. <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/y0i48h0/yx7c3161/wagn70A9rbzlen0S.pdf>, acessado em 15/04/2019 às 21h13min.

isto é, o provimento jurisdicional ordenado pela autoridade judicial deve insurgir de uma dinâmica cooperativa e de conversação entre as partes, elencando os sujeitos processuais, terceiros, auxiliares e demais a um debate participativo, especialmente respeitoso e fomentado em princípios constitucionais (cooperação).

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O tema enveredado permite uma maior análise e debate, aprofundando-se em características, conceitos e perspectivas da aplicação democrática em conjunto ao Poder Judiciário ao longo do tempo.

Neste veio, não se afasta o conhecimento que os Códigos Processuais Civis de 1939 e 1973 tiveram sua concepção em momentos históricos distintos do que se entende por democracia, permitindo-se então uma releitura processualista que corresponda a atual Constituição “cidadã”, admitindo um maior fortalecimento de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, em síntese, ao se conciliar o texto constitucional com o processo civil como instrumento da democracia, necessário entender que, embora não pareça fácil verificar a profundidade de toda a conjuntura, especialmente corresponder a atividade jurisdicional com a questão da democracia e os direitos fundamentais, indispensável se faz perceber que o instrumento contextualizado se dá pelos julgamentos não serem baseados ao caso em concreto de forma absoluta, mas sim que abranjam o inteiro conteúdo da norma, respeitando, com tal atitude, a Constituição em geral.

Assim, ao trazer à baila a figura do Estado Democrático de Direito, cumpre enaltecer que a existência do Estado se legitima na resolução dos diversos problemas sociais. No tocante a solução, provisiona-se o regime democrático como mola impulsadora da participação do povo nas questões que envolvem a sociedade como um todo, nem sempre como sujeito nas ações coletivas, mas também nos direitos difusos e particulares, através do uso do processo civil balizado pelos princípios constitucionais.

Assim, à luz do trabalho, os direitos fundamentais estão previstos no texto constitucional, devendo integrar ao processo civil, permitindo

um alcance de uma igualdade processual<sup>18</sup> (isonomia) pautada no respeito mútuo das partes, garantindo, por derradeiro, além do contraditório, o devido processo legal.

DIDIER JR. (2015) alerta, por analogia, que a eficácia do direito fundamental, pauta-se no autorregramento, isto é, o direito de todos visa regular interesses jurídicos, podendo definir qual é a melhor forma para que se tenha a existência de tais direitos, provenientes de sua própria escolha. O doutrinador ainda acredita que não seria sábio falar em democratização do processo civil enquanto debate dos “negócios” processuais, estando em contradição tal elemento em relação ao acesso à justiça, ignorando a liberdade das partes, ou seja, violando então a respectiva democracia processual. Destaca também, que para a existência de um processo justo, devidamente respeitado o devido processo legal, deve ter a liberdade das partes como um dos pilares da jurisdição. Neste diapasão, afirma que ao se falar em “negócios” jurídicos como parte da informação do processo civil como instrumento de democracia, merece vênia que “o princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo”, isto é, trazer a colação um processo que consubstancie limitação injustificada ao exercício da liberdade, não pode ser considerado um processo devido. Destaca-se que “Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da constituição brasileira” (DIDIER JR. 2015. p. 21).

Fugindo ao flagelo de uma análise circunstancial, especialmente elevando o tema a uma apreciação holística, pactua-se do entendimento que o processo civil é um instrumento para a adequada tutela dos direitos, constituindo pelo procedimento uma técnica para a devida prestação do serviço jurisdicional, ou seja, é lógico que o procedimento “diferenciado” não pode se distanciar dos direitos a serem por si protegidos, muito menos afastar-se das necessidades da sociedade contemporânea, sob pena de se transformar em um instrumento inútil ao que o Estado detém como obrigação e missão de cumprir (MARINONI e MITIDIERO. 2010).

Em verdade, à luz de uma democracia ainda a ser efetivada, podemos assumir que o Poder Judiciário (como citado anteriormente) deve deter

---

<sup>18</sup> “Diante de determinadas circunstâncias é desejável e até mesmo indispensável certa flexibilidade das regras procedimentais para assegurar in concreto a paridade de armas e a ampla defesa” (GRECO. 2009. página. 290).

esta função, pois advém de sua imparcialidade e sua situação no cenário da efetivação das normas, originar a participação efetiva e real de muitos dos cidadãos, absorvendo o ideário da democracia. Portanto, impossível afastar o processo civil como instrumento de fomento a participação da sociedade através dos litígios e demandas que instrumentalizam o direito à ação, garantindo o acesso à justiça com a proteção constitucional imperativa.

Nesta esteira, não há como buscar quaisquer espécies de democracia sem pensar no processo civil, mesmo que se tenha o entendimento de um suposto excesso de formalismo (procedimentos), todavia a transformação e as novidades implementadas pelo legislador nas normas processuais visam valorar e permitir uma hercúlea efetividade, através dos princípios constitucionais, da aplicação dos direitos fundamentais, da cooperação e participação dos envolvidos, ora obtendo uma reavaliação formal do critério de justiça e, especialmente, de democracia.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. 1. ed; 2ª. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 79.
- BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2º ed., Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7º, ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant (Colab.). **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARVALHO, Luis Gustavo B. Coelho M. de. OLIVEIRA, Francisco de Assis. **“A flexibilização dos procedimentos e prazos na Lei 13.105/2015 como método de acesso à justiça”**. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 4, p. 545-567, out/2016 ISSN 2358-1557.

- \_\_\_\_\_. **O novo Código de Processo Civil e a 3ª onda renovatória de acesso à justiça (Mauro Cappelletti) - Da flexibilidade de procedimentos aos negócios jurídicos processuais.** 2016, ISBN: 978-85-5505-209-5.
- <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/yx7c3161/wagn70A9rbzlen0S.pdf>, acessado em 15/04/2019 às 21h13min.
- DIDIER JR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. Tradução de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo de procedimento em matéria processual.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2008.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: introdução ao Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional.** In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2009. p. 509-539.
- \_\_\_\_\_. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – críticas e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Org.). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de (1993). **O Espírito das Leis.** São Paulo: Marins Fontes. p. 181.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 229.
- NUNES, Donizetti Elpídio. **“O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais”.** *Advocatus*, 2011, nº 6, p.16-21.
- NUNES, Dierle J. C. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010. 2 v. p. 159-179.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 137-148.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovído A. Baptista da. **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/oticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito> Acessado em 12/04/2019 às 23h07min.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) - Acessado em 13/04/2019 às 19h15min.

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril\\_v54\\_n215\\_p97.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97.pdf) - Acessado em 15/04/2019 às 20h03min.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) - Acessado em 15/04/2019 às 23h01min.

Impressão e acabamento:  
**COPGRA/ARIC**  
TRF 2ª Região





Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 2282-8788 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465  
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site>