



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

VALFREDO MATEUS SANTANA

**UMA REFLEXÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PARADIGMA ONTOLÓGICO DA
PESSOA HUMANA E DE SUA PERSONALIDADE**

JOÃO PESSOA - PB
2020

VALFREDO MATEUS SANTANA

**UMA REFLEXÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PARADIGMA ONTOLÓGICO DA
PESSOA HUMANA E DE SUA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, pelo programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Área de concentração em Direitos Humanos / Linha 1 - Fundamentos Teóricos e Filosóficos dos Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

JOÃO PESSOA - PB
2020
VALFREDO MATEUS SANTANA

**UMA REFLEXÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PARADIGMA ONTOLÓGICO DA
PESSOA HUMANA E DE SUA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, pelo programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Área de concentração em Direitos Humanos / Linha 1 - Fundamentos Teóricos e Filosóficos dos Direitos Humanos.

Aprovada em: 24 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Orientador)
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito
Avaliador Interno PPGCJ/UFPB

Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha
Avaliador Externo/UFPB

S231r Santana, Valfredo Mateus.

Uma reflexão do Direito através do paradigma
ontológico da pessoa humana e de sua personalidade /
Valfredo Mateus Santana. - João Pessoa, 2020.
273 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/PPGCJ.

1. Pessoa humana. 2. Personalidade humana. 3.
Dignidade. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

UFPB/CCJ

Aos meus pais, Edaíse Mateus e Valfredo Santana

Aos meus irmãos, Gregório e Francisco.

À minha cunhada Rayssa.

Aos meus amigos de longa data, pelo apoio incondicional.

Ao Professor Adriano Godinho, pelo exemplo de professor e de ser humano incríveis.

As coisas têm peso, massa, volume, tamanho, tempo, forma, cor, posição, textura, duração, densidade, cheiro, valor, consistência, profundidade, contorno, temperatura, função, aparência, preço, destino, idade, sentido. As coisas não têm paz.

As Coisas,
Arnaldo Antunes.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo a análise da personalidade, enquanto defesa de uma perspectiva jurídica e eticamente comprometida com a pessoa humana, em detrimento da conformação atual do positivismo normativo, consubstanciado no manto inflacionário do princípio da dignidade da pessoa humana, que não tem resolvido muitas das celeumas jurídicas hodiernas, servindo ao mesmo tempo a tudo e a nada. A premissa primeira levantada para o tratamento da temática apresentada é que a experiência racional-moderna – sobretudo de matriz *kantiana* – para justificar juridicamente a ideia de dignidade tem se demonstrado insuficiente no trato do conteúdo material da proteção e da promoção da pessoa humana. Por outro lado, um Direito que insiste ser demasiado hermético, dogmático, neutro e racional jaz impróprio à realização da pessoa humana, porque pouco eficiente para envolver a heterogeneidade fática em que a demanda por uma personalidade desenvolvida livremente se assenta, enquanto fundamento retórico da eticização do discurso jurídico. Para contextualizar essas duas hipóteses precípuas, o recorte teórico inicial deste pesquisa é no intuito de compreender o ser ontológico, não necessariamente buscando a formalização de um conceito semântico próprio de pessoa humana, mas, antes, no sentido de verificar suas formas de construção e devida importância hodierna, a fim de detectar em que medida elas patrocinam ou desapoiam a noção de personalidade ou a sua pujança no tempo e no espaço contemporâneos. Neste intermédio, esta dissertação vale-se tangencialmente de uma crítica ao sistema da completude com que ainda tenta se assentar o fenômeno jurídico positivista na atualidade, propendendo-se, então, para um redimensionamento do direito subjetivo em prol da realização da personalidade. O material analítico construído no bojo deste trabalho deverá permitir que se façam, de modo filosófico, teórico e juridicamente estruturado, ao longo desta dissertação, comparações e críticas ao falso ideal de materialidade com que o Direito se põe atualmente, justificado em torno da supervalorização e da superdifusão do princípio da dignidade da pessoa humana, mas que não realiza a emergência de uma personalidade enquanto substrato ontológico aos desígnios da pessoa humana, entendida enquanto categoria de realização, no mundo jurídico, realizado por e para pessoas. Por ser afeta às ciências humanas e sociais, esta pesquisa possui um tratamento eminentemente descritivo, qualitativo e crítico. O método escolhido para tratar das questões aqui abordadas é o hermenêutico-fenomenológico e tem a magnitude de devassar os meandros da história da humanidade até a contemporaneidade, para proceder-lhe com a redução, a transcendência, a repactuação e a ressignificação de alguns de seus *standards*, em prol de um embasamento assaz firme – em face da pessoa e de sua personalidade, o qual dê sustentação ao Direito frente à ideia trabalhada na pesquisa de descompassos ou de fatalidades da modernidade. Neste trajeto, ao analisar os dados coletados sobre todas as questões havidas por importantes ao longo da pesquisa, comparando-a, ao final, com o estado da arte sobre a temática, procurou-se, pois, enfatizar neste trabalho o compromisso ético de incutir na mentalidade social de um modo geral e, em especial, na comunidade acadêmica e entre os juristas sobre a relevância de se defender e promover o que se pode designar de essência e fundamentalidade irredutíveis do ser humano, o qual se compreende e se autocompreende em realidade na esteira do ser (e também) do devir, pois aí se embasa a identidade e a individualidade, mais precisamente, sua humanidade – personalidade, tão relevante aos rumos em quem o ordenamento jurídico hodiernamente se espraia.

Palavras-chave: Pessoa humana. Personalidade humana. Dignidade.

ABSTRACT

This work aims to analyze the personality, while defending a legal perspective ethically committed to the human person, often despite of the current conformation of normative positivism, embodied in the inflationary mantle of the principle of human dignity, which has not solved many of the current legal serious problems, serving to everything and to nothing at the same time. The first main premise raised for the treatment of the presented theme is that the rational-modern experience - mainly based on the Kantian idea - to justify legally the principle of dignity has been shown to be insufficient in dealing with the material content of the protection and promotion of the human person. On the other hand, a Law that insists on being too hermetic, dogmatic, neutral and rational is inappropriate for the realization of the human person, because it is not efficient involving the factual heterogeneity on which the demand for a freely developed personality is based, as an ethic rhetorical in the foundation of legal discourse. To contextualize these two main hypotheses, the initial theoretical focus of this research is in order to understand the ontological being, not necessarily seeking the formalization of a semantic concept proper to the human person, but, rather, in order to verify its forms of construction and its today's importance, in order to establish the extent to which they sponsor or disprove the notion of human personality or its strength in contemporary time and space. At this mid-term stage, this thesis is tangentially based on a criticism of the completeness system with which the positivist legal phenomenon was adopted in many countries, thus proposing a dimensioning of the subjective right in favor of the realization of the human personality. The analytical material built within this work should allow, throughout this study, some philosophical, theoretical and legally structured criticisms to the false ideal of materiality with which the Law is currently justified around the overvaluation of the principle of the dignity, but that does not conducts to the emergence of a personality as an ontological substrate for the main purposes of the human person, understood as a category of realization, in the legal world, intended for human existence. As it affects human and social sciences, this research has an eminently descriptive, qualitative and critical treatment. The method selected to ensure the exact alignment with this research was the hermeneutic-phenomenological, that has the magnitude of delving into the intricacies of human history to the present day, in order to proceed with the reduction, transcendence, renegotiation and resignification of some of its standards, in favor of a very firm foundation for the human person and his personality, which gives support to the Law to face the idea worked in this research, based on the results of Modern era fate. By way of general conclusion, we tried to emphasize in this work the ethical commitment to instill in the social mentality in general and, in particular, to interact with the academic, scientific communities, and among jurists, about the relevance of defending and promoting what can be called as the essence and fundamentality irreducible of human being, which covers the human personality, so relevant to the directions in whom legal order is spreading today.

Keywords: Human being. Personality. Personhood. Person's rights. Dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS ONTOLÓGICOS FUNDAMENTAIS DO SER DIANTE DA EXISTÊNCIA	21
1.1. A gênese da subjetividade moderna	24
1.1.1 O sujeito do conhecimento	30
1.1.2 A razão como medida do homem	35
1.1.3 O sujeito como conquista histórica, critério e princípio ético.....	41
1.2 Necessidade de redimensionamento do direito subjetivo.....	48
1.2.1 Redimensionando o direito subjetivo em prol do ser ontológico: a questão do Direito ressignificado em torno do novel conteúdo semântico da pessoa humana.....	49
2 O POSITIVISMO NA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA	61
2.1 Positivismo jurídico como postura científica	63
2.1.1 Noção de Completitude/Concretude do Direito	76
2.1.2 O Direito como norma válida versus norma eficaz	88
2.2 Crítica à supervalorização da dignidade humana.....	105
2.2.1 Conteúdo e concepção jurídica da dignidade da pessoa humana	112
2.2.2 A necessidade de controle judicial mais rigoroso e de concretização dos conceitos jurídicos abstratos e indeterminados	127
3 SOBRE A NECESSIDADE DE UMA REPACTUAÇÃO SEMÂNTICA E PARADIGMÁTICA DO DIREITO PELO INSTITUTO JURÍDICO DA PERSONALIDADE	136
3.1 A emergência de um direito geral de personalidade ao lume da pessoa humana	138
3.1.1 Recontextualização da tímida disciplina personalista do Código Civil de 2002: ou sobre a lenta trajetória do fenômeno de humanização do Direito Brasileiro	144
3.1.2 Considerações sobre o conceito e a relevância da pessoa humana na atualidade: em busca de um substrato jurídico-filosófico sobre o tema da personalidade versus o instituto da capacidade jurídica	153
3.1.3 Sobre a personalidade humana a cargo do Direito	166
3.2 Sobre os limites aos espaços de decisão pessoal: à procura da essência da personalidade ...	176
3.2.1 Vigor, proteção e promoção da personalidade	181
3.2.2 Normatividade relativa da indisponibilidade (dos direitos) da personalidade	196
3.2.3 Considerações finais acerca de um eventual direito geral da personalidade	206
4 À GUISA DE CONCLUSÃO: A PERSONALIDADE ENQUANTO SÍNTESE.....	215
4.1 A personalidade como síntese ao Direito, e não como valor absoluto	219
4.2 Sobre os elementos centrais de um novo paradigma para o Direito a partir da densificação da personalidade: o papel ético humanizado de ser pessoa no Direito.....	236
CONSIDERAÇÕES FINAIS	252
REFERÊNCIAS	265

INTRODUÇÃO

No avançar civilizatório das eras pregressas até a contemporaneidade, o colapso das formas totalitárias do século XX e a consequente difusão dos regimes políticos democráticos e sua eventual falência, a preponderância normativa dos direitos fundamentais, à cargo por vezes de nenhuma efetividade, bem como a vicissitude do direito natural e do positivismo jurídico, todos esses feitos e espectros assinalam o imperativo de se descobrir uma referência material capaz de dar sentido ao ordenamento jurídico ou mais precisamente à real relevância e magnitude da pessoa humana, enquanto ideal de aporte e de realização do próprio Direito.

Na busca de uma conformação teórica que abarque o Estado Constitucional e a Historicidade do Direito como arranques inafastáveis desse contexto, as concepções de pessoa humana e de proteção de sua personalidade inerente abrolham como exatos marcos axiológicos da contemporaneidade, a despeito também sua dimensão igualmente prospectiva.

Dito o exato acima, a pesquisa em evidência, no intuito de melhor delimitar sua temática, procura analisar a personalidade humana, enquanto matriz de direitos, em detrimento da noção de dignidade da pessoa humana – delimitadora de ordem ou de uma espécie de projeção da razão ordeira e ordenadora, atualmente compartilhada e que tem sido pedra angular do Direito, enquanto sistema.

E parte da seguinte premissa: a experiência de catalogar e justificar a dignidade da pessoa humana em instrumentos normativos, enquanto marco valorativo, por si só, foi e é insuficiente para conformar um direito aparentemente estancado no tempo e no espaço, porque parece pressupor a existência de uma propriedade intrínseca ao seres dotados de suposta humanidade, no caso a própria razão, que justificaria a atribuição de um mesmo valor a todos os seres humanos, concebidos como fins em si mesmos.

No entanto, a pressuposição da existência de um valor intrínseco ou de valor inerente ou de critérios éticos não especistas, ou de uma matriz interpretativa, como a dignidade da pessoa humana, que faria, em menor ou maior medida da pessoa um ser digno ou valioso, conduz a um labirinto de problemas relacionados com a própria natureza dos valores ou com o viés hermenêutico da zetética (teoria) e da dogmática (decisão).

Ao realçar a discussão sobre a impregnação de valores com as expectativas atuais de uma sociedade concreta é que se pode perceber como o culturalismo da racionalidade se afunila com a problemática em foco, canalizando para a filosofia do Direito não um suposto delírio positivista, ou reducionista ou qualquer normativismo alienante, mas a inserção social consciente, ética e crítica no trato da temática que aqui se principia.

No âmbito da ética, aliás, reconhecer parâmetros objetivos de verdade denuncia o misticismo da existência de métodos racionais para originar e constituir como última *ratio*, exata e peremptoriamente, a validade dos juízos morais valorativos, quando na verdade toda e qualquer justificação racional quase sempre está, em maior ou menor escala, fadada ao fracasso, porque ora pode servir para legitimar certos atos, ora para deslegitimar outros, ora reduz-se a um perigo instrumental retórico a serviço de interesses particulares.

Essa atividade de valoração, em que se fundamenta muitas vezes o substrato axiológico da dignidade, opõe problemas afetos à concepção pronta e acabada deste princípio tão caro ultimamente ao atual Direito, que vão desde a ambiguidade de sua definição, à ambivalência no que se refere à autonomia da pessoa, à dificuldade de identificação e de nomeação de seus titulares, ou seja, desvela-se na questão de ser a dignidade ou não um conceito fundador ou derivado até seu caráter absoluto ou relativo.

Essa aparente presunção racional acerca da dignidade, com já adiantado acima, não soluciona problemas. Na verdade, além de gerar dificuldades as mais diversas, é deveras arriscada e, além de pouco problematizada, muitas vezes, por ser demasiadamente abstrata, é tomada como automaticamente uma verdade absoluta mesmo hoje, usualmente aceita como uma noção autoevidente, que não fundamentalmente precisa ser demonstrada ou justificada, mas apenas protegida e efetivada, servindo ao mesmo tempo para tudo e/ou nada.

Ainda, apesar da influência cada vez mais contínua do princípio da dignidade da pessoa humana, em seus vieses protetivo e promocional, a sua premissa, na forma genealógica e teológica e secularizada e sistemática pensada pela filosofia do sujeito clássica moderna (porque, enfim, o que houve de fato foi apenas uma metamorfose histórica de um conceito teológico em jurídico), é falaciosa.

Isso porque dota o ser humano de uma natureza frequentemente vazia (racional) e desprovida de características substantivas (ontológicas) ou de um mínimo de humanidade (o ser em si mesmo), ao mesmo tempo que lhe imbui (o ser humano) de um abstratamento descomedidamente transcendental, na mesma régua com que seu requinte exageradamente abstrato constitui seu próprio defeito prático ou seu grave problema arquitetural e ordenador de compreensão e de aplicação.

Desse modo, ao optar este trabalho pela terminologia e pela semântica da personalidade, mais que tornar pessoas nobres ou honrosas, por uma opção legislativo-estatal que assim as considera legitimamente, isto é, dignas de proteção e respeito, sejam lá por que caminhos a serem tomados nesta encruzilhada, pois a lei nem sempre alcança a plenitude da pessoa real, não havendo garantia alguma de que a pessoa natural irá coincidir com o humano jurídico

descrito na lei, é preciso, antes, compreender das pessoas o próprio sentido, fundamento ou premissas primeiras de validade de todas as demais coisas e causas.

Para cumprir com tal objetivo, essa tentativa de aproximação do conteúdo da pessoa humana a partir da perspectiva de seu próprio fundamento ou de sua substância ou do que lhe é naturalmente substantivo, e não predicativo, sopesados critérios culturais indicadores de humanidade – enquanto unidade e totalidade – aprendidos até hoje, só é possível pela delimitação dos contornos de uma novel leitura teórica da personalidade, como verdadeira pedra angular dos sistemas jurídicos.

A personalidade aparece aos desígnios desta pesquisa como própria dos seres humanos, sendo, aliás, a própria razão de ser e a expressão primeira e última da pessoa humana, quase que intrínseca, na medida em que não se adquire uma personalidade, a pessoa é verdadeiramente a expressão verídica de sua própria personalidade.

Feitas essas considerações precípuas, é que a pesquisa em apreço, procurando analisar o papel da pessoa humana e de sua personalidade na modernidade jurídica contemporânea, vem à lume. Por ser de cunho teórico, algumas decisões sobre o referencial teórico precisaram ser tomadas neste trabalho. A primeira foi optar pela preocupação e ênfase no exame e na necessidade de transitar o presente trabalho pela importância da pessoa humana e, por via de consequência, de sua personalidade como fundamento do Direito, o que eleva a pesquisa para a necessidade de definição e de delimitação de tais institutos ou de categorias jurídicas tais.

Nesse intento, escolheu-se valer-se esta pesquisa da revisão da literatura especializada e já publicada acerca do assunto (pessoa e personalidade), o que inclui todo um feixe de teóricos da metafísica e da ontologia, autores problematizadores da modernidade e da contemporaneidade, célebres referenciais bibliográficos acerca do positivismo jurídico e da dignidade, sem prejuízo dos intérpretes atualíssimos da personalidade de um modo geral, no afã de melhor compreender o objeto da presente pesquisa.

A despeito do que se sugeriu, de modo apenas tangencial, a título de menções teóricas e doutrinárias até aqui, não comporta, já neste primeiro momento, citar todo o caleidoscópio de referências de investigação nesta pesquisa abordado, um a um ou exhaustivamente. Afinal, são muitos autores aqui trabalhados, ao passo que escolher dar destaque apenas a alguns seria fazer, no mínimo, uma opção injusta em detrimento da importância dos demais.

Vez que existem muitos modos de se abordar a problemática em questão, esta será apoiada e lastreada maiormente no bojo desta dissertação em momento oportuno, como se perceberá dos capítulos vindouros.

Ainda analisando as escolhas procedimentais específicas desta investigação, o presente trabalho tem um caráter bibliográfico-documental e busca na modernidade clássica¹ e contemporânea, bem como na filosofia, na sociologia, na antropologia e na psicologia do sujeito, repensar o conteúdo da subjetividade, a partir de contornos da contemporaneidade, que solapam em igual ou maior dimensão teórica da pessoa humana e de sua personalidade e o próprio Direito. Ainda, no tratamento da temática, a proposta aqui delineada só poderia ser interdisciplinar na medida em que busca versar sobre informações, dados e conceitos fáticos, assim como sobre ideias e estruturas teóricas colhidas de diversas áreas das ciências humanas.

Obviamente que o eixo central do enfoque aqui dado será certamente o filosófico, com fortes nuances e influências oriundas de saberes conexos, não negligenciando o diálogo entre fontes com a problemática *sub foco*. Seja qual for a enormidade da tarefa aqui traçada, no sentido de delimitar a importância da pessoa e de sua personalidade, ainda mais no campo de uma ciência demasiado objetiva, tal qual o Direito, é inegável que a reflexão *jus* filosófica, nesta pesquisa, em especial, irá possuir um papel definitivamente importante no dilucidar das questões e das aflições surgidas em momentos de profunda transformação ou de retóricas vazias ou de manifestação dos sistemas patológicos ou de sentimentos de amargura da sociedade em momentos de crise, como os tempos contemporâneos.

No geral, a opção pela filosofia como tônica para trabalhar a pessoa e a personalidade, especialmente neste trabalho, também se perfaz pelo o amor à sabedoria, pelo conjunto das ponderações que buscam entender a realidade, sem o perigo do insulamento teórico, a partir de uma determinada época ou cultura ou saber, já que há muito se alvitra a investigar os alicerces da vida humana e todo o embasamento da realidade que a circunda.

Seja como ponderação crítica ou julgadora do universo vivido, seja concupiscente prestando um serviço às demais ciências, inclusive à jurídica, o auxílio da filosofia aqui é a de buscar uma base teórica mais segura e precisa para os princípios basilares, conhecimentos, ideias e ideais, teorias e sistemas relacionados no trato da pessoa humana e de sua personalidade.

¹ “A começar por uma avaliação do termo, “moderno” (*modernus*, lat.) não foi uma palavra criada pela modernidade, pois suas origens remontam ao século V (para significar o novo, o cristão, em oposição ao velho, pagão), como afirma Habermas, encontrando forte reinserção semântica a cada nova época histórica dos sucessivos períodos de transformação da Europa, especialmente durante o renascimento. [...] O termo ganha uso vulgar, sendo muito bem aceito e empregado para designar, sinonimicamente, o novo, o recente, o inovador, o avançado, o atual, o desconhecido, como referência necessária para a oposição ao passado antigo”. In: BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 33.

Em específico, para a tematização das questões aqui delimitadas e ventiladas, o método escolhido foi o hermenêutico-fenomenológico², por acreditar-se ser o mais adequado à proposta e aos deslindes que se espera desta pesquisa. Esse método, por vezes, vai desembocar num historicismo narrativo, o que está bastante nítido no primeiro capítulo desta dissertação, vez que recenseia fatos, provas de transformações, dados empíricos e demonstrações realísticas das dimensões fáticas, institucionais e axiológicas, quando se critica a Modernidade clássica, no desejo de repensar a modernidade contemporânea.

Idealizado por Husserl³, visando um mister melhor da compreensão hermenêutica da subjetividade, este método toma o sujeito como razão intuitiva interpenetrada, no mundo, com o ser, com a razão na adequação do saber, encontrando-se, assim, este ser sempre em questão, não com uma postura contemplativa, mas ativa, calcada no estalão do reconhecimento de si mesmo enquanto capaz de agir, empenhar transformações nos espaços em que vive e de se revelar apropriado para captar, na materialidade dos lugares de fala, a especificidade dos meios pelos quais se estrutura a subjetividade e o que dela resulta nos planos social e cultural.

² Cf. STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1991. O método hermenêutico fenomenológico inicialmente foi proposto por Husserl e aprimorado por Heidegger. No caso do presente trabalho, ao questionar a realidade, pondo a pessoa como fonte primária do conhecimento e agente transformador, referido método realiza uma leitura retroativa da filosofia (ou da experiência) na expectativa de externar possibilidades que a tradição (e seus vieses, como a problemática da exclusão) tende a ocultar, constituindo-se, assim, uma nova cotidianidade/realidade consciente, que só pode ser projetada, arquitetada e realizada pelo indivíduo/sujeito que observa.

³ Sobre a temática, HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1973. Nesta obra, o autor basicamente realiza uma crítica da razão lógica, da razão prática e da razão valorativa em geral pressuposta teoricamente inicialmente por Descartes e, posteriormente, por Kant (para este último, o transcendente é aquilo que ultrapassa a experiência, sendo, pois, o âmbito legítimo do conhecimento). Vale-se de cinco lições básicas que passeiam pela atitude intelectual natural, pelo começo da crítica ao conhecimento, pela realização da redução gnoseológica, pela ampliação da esfera de investigação e, por último, pela constituição da consciência do tempo. Visando à redução ou suspensão provisória de certas atitudes, como se despir de preconceitos, crenças, pressupostos construídos, questionando certezas imediatas, o método concentra-se na pessoa em face da experiência investigada em foco para, então, chegar-se à essência pura do fenômeno, que é tudo aquilo “compreendido conscientemente, seja por meios intelectivos, volitivos ou afetivos” (In: FRAGATA, Júlio. **A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia**. Braga: Cruz, 1959, p. 83). Noutras palavras, o método se baseia no conhecimento do mundo na forma em que ele se realiza e a partir da visão de mundo a qual o indivíduo que pesquisa/investiga possui, uma vez que a este é impossível livrar-se da subjetividade ou ver as coisas em si mesmas, porque toda a experiência de consciência também perpassa o envolvido, sendo, pois, informada pelos sentidos, de sorte que a mente enfoca e conhece aquilo que é informado.

Apesar da dicotomia⁴ entre Husserl e Heidegger⁵, este último valendo-se do método husserliano, objurga-o e o aprimora, retomando da compreensão e da hermenêutica da vida fática e não estática (como possibilidade de mensagem), a interpretação de uma situação concreta e a prática da relação entre o sujeito que pesquisa e o objeto pesquisado, pondo sob o enfoque deste trabalho a pessoa real conquanto possibilidade central do si mesmo fático⁶, partindo do pressuposto que a condição existencial para o desempenho do pensamento é o próprio ser pensante (isto é, o ser ou agente/pessoa substancial).

Desse modo, numa atividade hermenêutico-fenomenológica, o agente da investigação aqui intentada é o próprio sujeito ativo, isto é, a pessoa concreta e real, como o que aqui pesquisa e busca a transformação, ontologicamente conectado a tudo aquilo que lhe cercou e o cerca em seu desenvolver, ao multiplicar gestos da redução⁷, ao apagar na consciência, incansavelmente, todo traço de subordinação ao mundano.

Essa redução de determinadas categorias valorativas da vida e da cultura estanques e herméticas, que só pode ser realizada pelo pesquisador ou por aquele que investiga, porque capaz de questionar e se valer de tais questionamentos, significa passagem da atitude natural à atitude transcendental. Essa travessia é, obviamente, diga-se de passagem, de atitude ontológica, isto é, busca as determinações essenciais e substantivas (e não predicativas) do ser dos entes (a pessoa real e concreta, como já alinhavado acima).

Dessa maneira, o método escolhido calha bem com os objetivos principais desta pesquisa, porque ambiciona ininterruptamente posicionar-se aquém da superfície empírica e

⁴ Dicotomia porque embora se complementem Husserl e Heidegger, o primeiro identifica o ser como transcendental (ser em si) e o segundo, como existência fática (ser em existência ou o ser-como-tal). Inacessível ao homem o conhecimento da plenitude dos fenômenos, os quais ele só aprende parcialmente, segundo sua condição e posição, a única alternativa seria alterar o objeto do conhecimento, já que este era fruto do próprio sujeito e suas ideias. Em todo caso, noutras palavras, ao optar pelo método hermenêutico-fenomenológico, o que se pretende deixar claro nesta pesquisa é que não comporta mais espaço atualmente para separação entre sujeito e objeto, porque o próprio sujeito que pesquisa e investiga, depende de outros eus como-tal para definir-se e ser autor de si mesmo e para a produção de novos significados em existência, sendo o pesquisador também o próprio ser-transcendental husserliano ou ser-no-mundo heideggeriano, ainda que os limites metodológicos não lhe permitam se mostrar por inteiro.

⁵ Para Heidegger, o ser sofreu um processo de esquecimento e esvaziamento por ter sido tematizado num horizonte onto-teológico, não necessariamente colocando em questão a posição do homem como ser pensante. In: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 27: “embora nosso tempo se arrogue o progresso de afirmar novamente a ‘metafísica’, a questão aqui evocada caiu no esquecimento”.

⁶ Ou o “ser-aí”, a existência ou presença, ou seja, o único ente capaz de compreender-se a si mesmo e cuja compreensão se dá na medida em que exerce o seu existir em completa interação com o mundo. In: HEIDEGGER, op. cit., p. 300.

⁷ HUSSERL, op. cit., p. 29, para quem a *epoché* por meio da qual alcanço a transcendentalidade ou “por conseguinte, o conceito de redução fenomenológica adquire uma determinação mais precisa e um sentido mais claro: não é a exclusão do verdadeiramente transcendente (por ex., no sentido empírico-psicológico), mas a exclusão do transcendente em geral, como de uma existência a admitir, isto é, tudo que não é dado evidente no sentido genuíno, dado absoluto de ver puro”.

estabelecer-se na classe de possibilidades reais do ser. E se pode dizer também que, alicerçada na certeza da reflexão, essa faceta igualmente emancipa o aforismo expressivo do próprio universo das regras de ajustes, da subordinação à obra acabada da identificação do ser, que só é plausível e imaginável como reunião completa ou como representação da ideia de pertencimento ou de presença.

Aliás, não há outra maneira de repensar a constituição da pessoa humana e de sua personalidade atualmente, situada no tempo e no espaço, por outra via que não a desse paradigma (método) epistemológico, que concebe também uma relação mediada pela linguagem e pela semântica e pelo conhecimento filosófico, a partir do ser no mundo, que também é próprio sujeito que aqui pesquisa e tudo que ele traz consigo, o qual, sem desconsiderar circunstâncias e contextos, não se contenta em ser eliminado do mundo sensível ou analítico existencial.

A vantagem de devassar, pois, os meandros deste tratamento metodológico é a de, assim, oferecer uma base textual não muito frequentada pelas ciências jurídicas, estas que não necessariamente se preocupam com alguns traços da ontologia ou da subjetividade, pouco visíveis fora de uma leitura do Direito filosófica ou antropológica.

Ponderados os aspectos procedimentais da pesquisa até aqui, para ensejar a necessidade de justificação da pessoa e de sua personalidade, basicamente, esta pesquisa se divide em quatro principais capítulos. Já no primeiro deles tentar-se-á desnudar o sentido do ser, enquanto categoria ontológica, partindo da análise do que é o sujeito diante da própria existência, ou, mais precisamente, daquilo que é factível e revelador a partir de uma perspectiva humanamente experimentável e sensível.

O percurso ensaiado, neste primeiro capítulo, para responder este questionamento basilar da nossa existência só poderá desaguar, na visão desta pesquisa, num sentido puro e retilíneo de ser pessoa enquanto princípio ético universal, isto é, de ser capaz de guardar a responsabilidade pelo próprio destino, bem como de seus semelhantes.

A pesquisa, igualmente, já no primeiro capítulo, também passará pela concepção de subjetividade moderna, justificadora da conformação de que só o processo de autoafirmação racional megalomaniaca do sujeito poderia conduzi-lo, enquanto conquista histórica, a um curso real de emancipação. Esse tipo de exercício passa, como deve ser, por uma revisão da formação histórica da subjetividade na modernidade à contemporaneidade, para que se possam aquilatar as transformações que esta época sofreu (ou vem sofrendo), em sua matriz, ou para que se possa discutir com maior profundidade e acuidade quais são as dimensões prioritárias de ação em face de uma pessoa protegida e promovida nos tempos contemporâneos.

Revoluções filosóficas ou eventos históricos marcantes do Ocidente, deles faz nascer uma relação que demonstre os motivos de os conflitos contemporâneos estarem pedindo novas atitudes dos juristas de hoje. Ora, o exercício neste capítulo primeiro é também reflexivo e se coloca a serviço da transformação semântica em torno do conceito de pessoa e de sua personalidade, sobretudo em tempos de indefinição.

A crítica que se faz a essa textura da modernidade clássica é o presságio de que o indivíduo, não adequado ao sistema político, sociocultural e jurídico que integrou, esbarrou na contradição de que, em vez de emancipado, dominado por um sistema tecnológico que ele mesmo criou, acabou por dissolver essência do ser-sujeito em algo não mais capaz de distinguir a verdade. Tal é o paradoxo desta constatação que, ao invés de avançar, a modernidade iluminada, do consumo e das identidades *prêt-à-porter*, contribuiu, às avessas, para a asfixia senão das subjetividades, frustrando a capacidade criativa que o predicado humano de cada pessoa poderia comportar e transportar.

Esse olhar descrente sobre o homem, em contrapartida, demanda também já no primeiro capítulo, a premência por uma tentativa de redimensionamento da ontologia da subjetividade e do próprio direito subjetivo enquanto superestrutura que exerça uma hermenêutica de suspeição contra essa ideia reducionista da fatalidade. Obviamente, no desejo de melhor compreender o ser, não se estará buscando necessariamente a formalização do próprio conceito de pessoa humana, neste primeiro capítulo, mas, antes, verificar suas formas de construção e devida importância hodierna, a fim de detectar em que medida elas patrocinam ou desapoiam a noção de subjetividade ou a sua pujança no tempo e no espaço.

Para abarcar as nuances da catástrofe da modernidade clássica à contemporânea, sob um aspecto, inclusive, *niilista-nietzschiano*, antes é preciso sobrepujá-la, confrontando um problema de crise ontológica da subjetividade que surge no contexto desta pesquisa e acarreta consequências no Direito.

Daí porque, no segundo capítulo, a proposta é de crítica ao sistema da completitude e da concretude, através da desconstrução literária do positivismo (científico e) jurídico, que, num querer megalomaniaco-racional, acabou por erguer mais adiante o instituto da dignidade humana à categoria dimensional de promoção e proteção da pessoa, como se capaz de resolver todos os problemas jurídicos de base ou como aporte à realização da validade das premissas e dos postulados jurídicos de um modo geral, partindo de premissas teológicas e intuicionistas.

Não bastando à filosofia do Direito discutir a dimensão ou a dogmática ou a letargia da justiça formal, conceitual e procedimental, o viés do segundo capítulo desta pesquisa será também, numa atitude crítico-reflexiva, levar em conta que o modelo atual de Direito, enquanto

superestrutura capaz de promover e proteger o ser, deve assentar-se em algo mais profundo e permanente; e não necessariamente atravessar a ideia de ordenação estatal acerca de mais ou menos direitos ou super-princípios aptos a tutela da pessoa, porque todo o problema atual de imperativos jurídicos hipotéticos, abertos e indeterminados e calcados na falta de eficácia e de efetividade, pode demandar, por vezes, um controle judicial rigoroso, premido na supremacia da decisão, que, em maior ou menor grau, deve situar-se numa esfera mais profunda, correspondente ao substrato ético de ser pessoa no próprio direito.

No geral, a tônica do segundo capítulo desta pesquisa será justamente, de modo teórico e juridicamente estruturado, tecer uma crítica, mais precisamente, à supervalorização e à superdifusão da dignidade da pessoa humana e sua vocação – (pseudo) humanamente edificada – de muitas vezes tentar resolver o impossível, isto é, um defeito estrutural e substancial do próprio sistema jurídico, que, desde os meandros de sua criação enquanto ciência, no mesmo passo da modernidade clássica, deseja impor-se enquanto pronto e acabado, hermético e dogmático, neutro e racional, mas atualmente impróprio, porque pouco eficiente para envolver a heterogeneidade da trama fática em que se apresenta.

Apontados nos dois capítulos primeiros desta pesquisa movimentos que se opõem entre si, consubstanciados na importância do sujeito como construção e conquista histórica, atravessando sua própria crise, e na crítica do sistema jurídico atual que retroalimenta, por vezes, essa conjuntura, na medida em que insiste na convicção de impor-se legítima e legalmente absoluto, intangível e, por isso mesmo, insensível à pessoa humana jurídica descrita na lei, a proposta do terceiro capítulo é apontar um arranque para estas zonas de tensão, consequentemente abordando transversalmente o lento fenômeno da repersonalização em que tem buscado se ancorar o Direito.

Neste ínterim, se a pessoa humana, a despeito do sujeito e do indivíduo ou do ser dotado de racionalidade, é hodiernamente um fim capital a ser perseguido e salvaguardado, nada mais salutar que lhe promover um traço que figure intrínseco, sopesados critérios e expressões culturais, indicadores de ontológica pessoalidade ou subjetividade. Desse modo, diante da necessidade de uma repactuação semântica e paradigmática, que ressignifique o próprio Direito, enquanto implicação humanizadora, é em torno da pessoa e de sua personalidade, campo este pouco teoricamente transitado pela doutrina jurídica, mas de suma relevância ao seus desígnios, que deságua, então, o cerne e objeto principal desta pesquisa, já que dos seres humanos a expressão mais íntima, complexa, máxima e última, na medida em que não adquirimos tampouco temos uma personalidade, somos, decerto, a expressão real da nossa própria existência e, por isso mesmo, pessoalidade.

Noutras palavras, ao apontar no terceiro capítulo uma saída ao Direito pela personalidade, mesmo que a ordem jurídica lance sobre a pessoa um olhar ideologicamente positivado da titularidade ou da capacidade ou da personalidade jurídica, isto é, de que ser pessoa é pura, mecânica e simplistamente é tão somente adquirir direitos e obrigações, todo o conjunto de múltiplas emanções em que se resume a personalidade, assim se espera, deverá ser visto como próprio da substância, da essência ou da estrutura fundamental do ser humano, na qual se assenta toda humanilidade, subjetividade e identidade, autodefinidoras e autodeterminantes de que o ser enquanto categoria ontológica é titular.

Logo, diante da emergência de uma eventual cláusula ou de um possível direito geral da personalidade que se poderia pensar no afã desta pesquisa, não haveria como negar, nesse interregno, a existência de espaços para liberdades, para a autonomia existencial e para os campos de decisão pessoal, já que estes, além de ajudarem no desenvolvimento da livre personalidade, dão azo para que a pessoa exerça seu poder de autodeterminação, sempre tendo em conta a alteridade ou a ética do outro, da qual não pode ser privada, sob pena de ser considerada objeto.

Logo, o derradeiro, último e quarto capítulo, entrelaçando os outros três iniciais, já prognosticando um arremate, apresentará a personalidade não como uma quimera inatingível dos sistemas jurídicos vigentes, mas enquanto síntese *jus* filosófica deles necessária, em detrimento do instituto da dignidade, cuja concepção, como já dito antes, é de difícil realização prático-hermenêutica. Não como um estorvo ao livre exercício da autonomia, a personalidade, enfim, restará como postulado concomitantemente ontológico, axiológico e também deontológico do jurídico, que se impõe, sendo imprescindível analisá-la sob vieses e emanções transdisciplinares os mais diversos, sem embargo do *ethos* que questão em si envolve.

Em última instância, de um modo geral, a despeito da narrativa dos capítulos acima, espera-se, ao final de toda essa exposição, avaliar a superação dos cânones da modernidade em face da subjetividade, contornada de fundamentos vazios e muitas vezes retóricos; investigar as causas de desestruturação e de enfraquecimento do sistema jurídico, prejudicado muitas vezes pela falta de eficácia ou de efetividade plena de seus institutos, a partir do aclaramento dos critérios para reconstrução dos paradigmas jurídico-institucionais; além de tentar insculpir na mentalidade da justiça e da sociedade e, sobretudo, da comunidade acadêmica a importância da pessoa humana e de sua personalidade como fundamento, finalidade, medida e dimensão últimas do jurídico, este inter-relacionado com seu tempo e com a comunidade jurídica à qual se dirige e da qual promana.

1 ASPECTOS ONTOLÓGICOS FUNDAMENTAIS DO SER DIANTE DA EXISTÊNCIA

Perguntar acerca do ser é uma questão quase eterna. O que de fato faz o ser o que é e como é? O que o torna único, diferente de todos os outros? O que faz de algo ou alguém ser? Se tivesse o ser em essência e naturalidade brotado em uma dada época, num dado lugar, seria diferente do que é? Até que ponto a cultura e os valores da época e do lugar em que se vive têm influência sobre o que se é?

Em meio a tais questionamentos, muitas vezes, parece unívoco afirmar que se perdeu a resposta exata do que se é em seus mais variados feixes, porque o progresso científico retirou-nos as certezas, em meio a novos horizontes e tantos problemas.

Note-se, de imediato, que tais perguntas primeiras realizadas acima não se dão em torno do conteúdo semântico – isto é, do significante e do significado – do que é pessoa. Indaga-se, em verdade, o que é ser, a despeito do predicado, o ente, o substantivo ou a substância, a premissa primeira de todas as coisas, no sentido de restituir-lhes certa importância que se perdeu ao longo de todo esse tempo. Michel Villey, acerca da perda da potência semântica com que alguns termos são deflacionados com o passar dos anos, aduz que:

[...] uma linguagem vive e não para de adaptar suas formas a novas situações. Nosso léxico do século XX comporta com toda certeza uma profusão de termos novos. [...] Mas estes são apenas complementos ou variações. A estrutura, em cuja função cada elemento adquire seu valor, e os conceitos fundamentais que a constituem reivindicam mais continuidade.⁸

As considerações do autor citado acima são importantes no sentido de que, acaso não se saiba mais correlacionar as significações de uma palavra a uma dada estrutura fundamental, ela se dispersará ao léu, ficará indefinível e soçobrará na incoerência e na confusão linguística⁹.

Não raro, isso diz bastante na atualidade sobre o pensamento jurídico, político e mesmo filosófico dos últimos tempos, que terminaram por evacuar o teor linguístico da noção ontológica em face das questões da subjetividade. Ao tentar identificar imediata e sorrateiramente o ser com *persona*, o fundamento hodierno já não deseja afiançar o que deveras o ser é em precedente ou posterior conjuntura, mas tão somente demarcar um dado acontecimento do qual não mais se reconhece a essência tampouco aquilo que de substantivo há nas coisas precípuas.

⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 15.

⁹ Idem, p. 16.

Jaz ruidoso (ou ruinoso) até sacrificar, por vezes, a etimologia e a cultura das línguas antigas que condicionaram a semântica de uma dada palavra, o que denota que a desordem, a imprecisão, o equívoco, em questões de linguagem, corroboram senão o declínio dos estudos de filosofia, de linguagem e da própria história.

Não raro, proferir levianamente hoje que o ser, o homem, o sujeito ou o indivíduo seja tão logo pessoa, sem quaisquer exercícios filosófico-reflexivo, zetético-regressivo (histórico) e zetético-analítico (conceitual), seria corroborar coisa alguma acerca do que nos torna humanidade no mais pleno e completo sentido da expressão.

Em maior ou menor escala, ser, homem, sujeito, indivíduo ou pessoa são, pelas clivagens de diversas ordens, empenhos teoréticos de uma mesma ficção, distinguidos quando muito na elementaridade, e, por isso, abrolham, ao sujeito cognoscente, como adjacências análogas de uma mesma interrogação, ainda que, em última instância, assim não seja.

Aliás, uma simples consulta a qualquer dicionário ou instrumental léxico permite-nos constatar que tais significantes em torno da noção de pessoa assumem heterogêneos significados e valorações, cujo reflexo é senão fruto da pluralidade das filosofias das épocas antigas, moderna e contemporânea.

Obviamente, no ensejo de traçar uma matriz ontológica da subjetividade, neste primeiro capítulo, não se estará buscando necessariamente a formalização do próprio conceito de pessoa, seja ela ser, sujeito, indivíduo, humano, seja ela perfeita e acabada, mas, antes, buscar-se-á verificar suas formas de construção e devida importância hodierna, a fim de detectar em que medida as concepções analisadas patrocinam ou desapoiam a noção de subjetividade ou a sua pujança no tempo e no espaço.

Em verdade, quando se questiona a realidade ou a existência, não se busca um conceito precípuo ou último ou norteador da ontologia da subjetividade. Investiga-se um conceito real acerca do que se é em si, pela tão simples razão de ser, porque a questão prévia, ao menos neste primeiro momento, é verdadeiramente substantiva, e não predicativa.

Noutras palavras, debruçar-se sobre a narrativa ontológica é conhecer que só essa realidade neutra factual pode ser fundamento de uma concretização normativa substantiva desejada em um dado espaço-temporal, uma vez que, num mundo prosaico, permeado de uma variedade de valores que se opõem radicalmente, um conflito maiormente terminológico não pode ser resolvido por meio de um procedimento meramente racional e científico.

Sobre tais aspectos ontológicos fundamentais que se busca trabalhar neste capítulo primeiro, é fulcral que se diga que, ao resgatar essa proposta (ontológica), procura-se com isso, ao menos inicialmente, também não colocar preliminarmente no presente estudo o Direito como

eixo central da discussão, mas antes fincar a análise aqui encetada na importância do ser na totalidade das questões que suscita sem qualquer sorte de determinismos ou reducionismos ou valorações demasiado abstratas ou racionais.

Em todo o caso, a crítica aqui precipuamente ensejada, efetivamente ontológica, não prescinde de uma análise do cotidiano e do conhecimento que dela emana. Aliás, mister que se diga que a reflexão filosófica acerca da subjetividade não pode satisfazer-se única e exclusivamente apenas com a cogitação sobre si ou sobre a existência.

Viver dá-se mais no relato da aventura pessoal, da alma privada, que retorna inconscientemente a si mesma, até quando parecem fugir de si o próprio ser, o ente, o substantivo e a substância. Neste diapasão, a essência da pessoa e da pessoalidade, aliás, não pode deixar de aparecer, ao final deste capítulo, como indicador e resultado desse processo de investigação ontológica das categorias da subjetividade.

Compreender a ontologia como matriz da subjetividade não apenas consiste em vê-la, conhecê-la e julgá-la arbitrariamente, mas definir sua situação real, de modo que ser é de fato existir, engajar-se, estar englobado no acontecimento dramático do ser no mundo em que imperam contradições, subversão e manipulação das verdades e discriminações.

Desse modo, enquanto *ethos* que o assunto em si envolve, o ser inteiro será pura ontologia, será indagação sobre sua própria natureza e fundamento primeiro de simplesmente ser. Daí porque a ontologia – nem mesmo diante de uma proposta eventualmente metafísico-jurídica – não se realiza no triunfo ou na tragédia da humanidade sobre a sua condição, mas na própria tensão em que esta condição se assume.

Dessa tensão, obviamente, em termos ontológicos, quando a filosofia e a vida e a existência se confundem, a obra científica, a vida social e afetiva, a satisfação de necessidades e do trabalho, a morte, enfim, toda existência articula, com um rigor que reserva a cada um destes momentos uma função determinada, a compreensão de si ou da verdade. E é por este caminho, tão insólito, quanto paradoxal, que a ontologia, dita autêntica, coincide com a facticidade da existência pessoal, espacial e temporal.

Neste intento, em igual guarida, o que é o ser não só nos revela-se enquanto a questão prévia de nossa humanidade, mas também a mais clarividente, palpitante e prévia interrogação que diz ser atual e deontologicamente o próprio Direito na contemporaneidade.

Afinal, não se idealiza o real objeto da proteção jurídica desconhecendo a realidade ontológica do ser-humano. Daí porque presumir, pois, a realidade ontológica do ser, definir lhe o espectro antropológico, é deveras o elementar estreito metodológico a ser perfilhado neste

capítulo para, então, motivar o conteúdo ético-normativo acerca do tema ensejado acerca da pessoa e de sua personalidade nos capítulos vindouros.

Ainda que as respostas aos questionamentos realizados no início deste capítulo estejam longe de serem unívocas, busca-se, pois, nestas primeiras linhas realizar uma radiografia ou um verdadeiro balanço ou de envidar esforços para sistematizar e compreender as aflições hodiernas nos mais recônditos sentimentos e descontentamentos que invadem o ser em sua existência ontológica, a partir de certas constatações histórico-fáticas, sem pretensão alguma de meramente retratar a degenerescência dos motes da modernidade, diga-se de passagem, ora idealista, ora legalista.

Refletir, aliás, realisticamente sobre a inoperância de valores consagrados pela cultura contemporânea (e também social e jurídica) acerca da subjetividade ou sobre o sentido ontológico do ser, do ente, da substância, do sujeito e do indivíduo ou até do ser humano e da pessoa, em última instância, num contexto de crise de eficácia, de contestação de valores, de instabilidade de princípios, falta de imperatividade, de ineficiência e de transição paradigmática, típicos da atual modernidade, é, enfim, tentar desnudar o sentido da humanidade diante da própria existência, ou, mais precisamente, daquilo que é factível e revelador a partir de uma perspectiva humanamente experimentável e sensível.

Vejamos.

1.1. A gênese da subjetividade moderna

Certo é que a abordagem de algum assunto ou temática por eras históricas não traduz apenas períodos ou marcos pregressos inolvidáveis ou memoráveis, todavia configura modos de arquitetar, por aparelhamento lógico de pensamentos, a extensão dos fatos, os quais se ocasionam numa dada época ou contexto, desde as mais honoríficas conquistas até as mais dolorosas e deletérias fissuras.

Ao menos aqui, por uma constatação procedimental-argumentativa (e, no fundo, metodológica), não jaz possível isolar o debate sobre a ontologia da subjetividade ou do sentido do próprio ser sem prejuízo do debate do que seja a própria humanidade, modernidade ou contemporaneidade desde os aforismos e antinomias os mais remotos.

Não de outro modo, uma vez que já se está naufragado na atualidade, deve-se motivar, em elementar espaço e com acurado amparo metodológico para o desenvolvimento do próprio tema central das investigações, os destemperos da história, afiançando, pois, a contextura às vezes nada otimista da modernidade sob enfoque.

Para então começar a destrinchar as sinuosidades comportadas por este desafio, o ponto de partida desta investigação se dá pelos reflexos da tônica clássica e medieval, transeunte da filosofia do ser até a tradição personalista do último século, no âmbito de um espaço teórico que beire a circunscrição do problema da modernidade.

O qual, em última instância, pressagiu senão a asfixia das subjetividades ou tentou cunhar com maior ou menor importância a noção final de pessoa humana que se conhece hoje. Como afirmado indiretamente outrora, investigar o ser a partir de uma perspectiva linear-espaço-temporal, apesar dos perigos e das encruzilhadas existentes neste tipo de investigação, muito embora a dificuldade, é pressupor o humano real diante da própria existência.

Nesse passo, ao questionar *o que é o ser*, desde muito, ainda que insuficientemente, busca-se, assim, conhecer através de si mesmo ou, mais precisamente, diante daquilo que é factível e revelador a partir de uma perspectiva humanamente experimentável e sensível ao longo dos tempos. Ou seja, quando se questiona *o que é o ser* procura-se conhecer, sobretudo, a si mesmo, ocupar-se consigo mesmo, ter cuidados consigo mesmo, retirar-se em si mesmo, recolher-se em si mesmo, sentir prazer em si mesmo, buscar deleite em si mesmo, permanecer em companhia de si mesmo, ser amigo de si mesmo, estar em si como numa fortaleza, cuidar-se ou prestar culto a si mesmo, enfim, respeitar-se enquanto humanidade.¹⁰

Isso tudo, maiormente, acontece na mesma esteira da tarefa que o *Oráculo de Delfos*, no templo de Apolo, propusera a Sócrates, o que, em última análise, representa o projeto da razão nascente, qual seja de estabelecer critério para uma eventual compreensão ontológica de si próprio. Daí porque a ontologia não vem apenas para coroar as relações práticas com o ser como contemplação das essências.

Na verdade, a ontologia é a essência de toda relação com os seres e até de toda relação no ser em um dado ambiente. Neste tocante, como já adiantado em linhas pregressas, o conceito ôntico de pessoa não aparece, desde as mais remotas civilizações antigas ou medievais, pronto e acabado, mais vingando na contemporaneidade enquanto fruto de uma construção filosófica tumultuada com o passar dos tempos, resultando, diga-se de passagem, plurissignificativa, quase sem qualquer aspecto unívoco.

A contextura semântica clássica acerca do termo grego *prósopon* mais dizia respeito à identificação do sujeito ou do cidadão frequentador da *pólis* grega ou da cidade romana, ou àquela ideia de máscara inicialmente vinculada à tragédia grega. No teatro, era envergando ou

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Selma Tannus Muchail. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16-17.

maquiando o rosto por meio de artifícios (geralmente a máscara ou maquiagem) que o ator metaforicamente representava ou desempenhava certos papéis atinentes à subjetividade.

Em Roma, a noção de sujeito também é assim recebida. Expressões linguísticas, dentre as mais remotas, denotam, inclusive, esta conotação, como *personam genere* (ligada a ideia de representante, de autor de alguma coisa), a que se opõe *sui ipse persona*, que designa “em nome próprio”, isto é, representando o seu próprio papel.¹¹

Ainda que os filósofos primeiros pensassem o ser, a substância, o essencial, o início do movimento de todas as coisas, a matéria e o sujeito¹², como se percebe, essa época antiga não estruturou o humano como classe ôntica que explicasse o que era a subjetividade, a identidade ou a pessoalidade, tampouco pensou suficientemente o sujeito consensualmente a ponto de alçá-lo ou firmá-lo como realidade ontológica ou causa, para além do ser e também do devir.

Para o pensamento de Aristóteles e Platão, por exemplo, a subjetividade (ou a própria individualidade) era um problema, uma imperfeição ou um descabro face à unidade e totalidade do ser, incompreensível quando dissociado da *pólis*, da cidade romana, do *cosmos* e do *logos* como um todo ou da vontade dos deuses, porque mais valia na antiguidade as ideias de bem, de justiça¹³ ou de equidade comuns.

Nessas sociedades tradicionais, hierárquicas, a importância do sujeito é menor que a da coletividade. O sujeito se despe de sua singularidade, para assumir um lugar socialmente demarcado ou simbolicamente conotado de forma positivada. O que regia a vida, o sentido da existência seria uma dimensão transcendente de onde viriam os significados que eram compartilhados pela comunidade.

¹¹ Cf. SANTOS, J.T. **Antes de Sócrates**: introdução à filosofia grega. Lisboa: Grávida, 1985, p. 44 a 46. Foi na seara do teatro antigo que foi sendo traçada no horizonte uma acanhada e frágil concepção de personalidade particular e única de cada qual, fruto da natureza do sujeito psicológico. Essa arquitetura psicológica conota a representação do indivíduo que chama a atenção por suas características particulares, pela posição que ocupa na sociedade ou pelas situações em que nela está presente. Diz especificamente respeito ao personagem que caminha lado a lado com própria compreensão da liberdade que detém e a transmite para a ação, imbuída de todo o drama da escolha e dos desatinos, o que se sobressai na narrativa - especialmente na narrativa épica.

¹² ARISTÓTELES. **Metafísica**: Livro 1 e 2; Ética a Nicômaco; Poética; Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Vincenzo Cocco, et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 13-14. Além do ser em si mesmo, que é causa primeira de todas as coisas, o autor acerca das causas precípuas distinguia ainda outros três aspectos fundamentais da constituição ontológica. A substância equivalia ao sentido de cada coisa em si mesma, entendida no sentido de essencial. Sobre a matéria, Aristóteles afirma que diz respeito “àquilo de que todos os seres são constituídos, de que primeiro se geral e que por fim se dissolvem, enquanto a substância subsiste, mudando-se unicamente as suas determinações” – ou seja, a substância é eterna ao que é perecível. Por fim, acerca do sujeito, o autor grego ressalva que equivale aos indivíduos ou às causas particulares abrangidos no conhecimento universal.

¹³ Cf. ARISTÓTELES, op. cit., p. 124-125. Para o autor, o justo é, pois, uma espécie de termo proporcional: “é esse o ponto da equidade, pois em toda espécie de ação em que há o mais e o menos também há o igual. E, como o igual é um ponto intermediária, o justo será o meio termo”.

Em Édipo¹⁴, por exemplo, essa aversão à conotação de subjetividade (identidade, individualidade ou de personalidade) fica bastante clara, haja vista seu destino ter sido traçado pelos significados simbolicamente partilhados pelo social. Édipo tentou fugir do destino, mas reencontrou o destino a todo momento.

O impacto disso na vida subjetiva da antiguidade é pensar a si próprio como despedido dessa integralidade profunda, abissal, que se experimenta quase que de maneira natural. Édipo tinha conflitos não individualmente ou interp-síquicos, mas objetivamente com as forças que o determinavam de fora. Essa visão de mundo, a qual não abria tanto espaço para as urgências idiossincráticas, fica bastante clara no excerto abaixo:

[...] Cativados pela necessidade universal, [os filósofos gregos] caíram num excessivo intelectualismo que sacrifica o singular e o concreto, no altar da universalidade. Nem o logos de Heráclito, nem o ser de Parmênides, nem o bem de Platão, nem o motor de Aristóteles, nem o uno de Plotino podem considerar-se pessoa. Neste universo naturalista, o homem está submetido ao universal sem que tenha razão em si mesmo ou por si mesmo. Está em função do todo, da *polis* neste caso, a qual encarna e realiza. É um meio ou instrumento da realidade suprema a qual suplanta o seu ser e o seu obrar. A sua inconsistência e corruptibilidade privam-no de valor próprio e autonomia, e remetem-no para um princípio segundo o qual tudo recebe como qualquer outro ser da natureza. É, portanto, mais uma peça no cosmos ou, se se preferir, um microcosmos. Como diz Platão em *De Legibus*: “ninguém deve esperar a felicidade pessoal, já que o cosmos não existe para ele, mas sim ele para o cosmos.”¹⁵

Tal concepção universal do pensamento antigo fez praticamente imperar uma visão monista da realidade que refletiria em larga medida também na escolástica medieval e que colidiria com a riqueza da ponderação, sobretudo grega e romana, acerca do próprio homem. Frise-se, o homem aparecia no pensamento clássico em tão alta perfeição e, ainda assim, a sua individualidade era compreendida com certo desdém ou como uma ficção.

Aliás, nessas sociedades pré-modernas, o que é ser homem sempre se mediu pelo que ele fazia nos espaços públicos e políticos, daí porque o ser social – o *animal político* – era um guerreiro ou um soldado, ou um conquistador, ou alguém sempre pronto pra empenhar sua espada, caricaturas estas que permeavam o caráter público da vida. Ao contrário da existência de hoje, privada, exigir-se-ia do sujeito coragem, disposição física ou capacidade de luta ou de expor o corpo.

Aliás, essa percepção do sujeito como elemento do *cosmos* e do *logos* não encerraria, apesar do desejo aristotélico nesse sentido, qualquer propositura metafísica ou ontológica como parte do todo metafísico. Na realidade, referido trato da subjetividade envidava senão um ensejo

¹⁴ SÓFOCLES. *Édipo Rei – Antígona*. São Paulo: Martin Claret Editora, 2007.

¹⁵ Cf. LUCAS. J.S. *Las dimensiones del hombre*: antropología filosófica. Ediciones Sigueme: Salamanca, 1996, p. 169.

sócio-político e jurídico, na medida em que designava uma função, um papel do sujeito individual, mas não assinalava nem abalizava necessariamente uma estrutura ou dimensão substancial ontológica.

O humano retratado na clássica antropologia figurava apenas como uma presunção, uma abstração, uma representação do mundo ideal platônico, um fragmento reificado e passível de controle e de manipulação. Em contrapartida, no âmbito de uma filosofia nascente da subjetividade ou de uma ontologia do ser, uma mudança de tônica começara a ser delineada, encontrando, primeiramente, em Santo Agostinho certa ressonância¹⁶.

A doutrina religiosa cristã, no descompasso da Antiguidade, não obstante foi quem dotou de conteúdo metafísico o conceito de sujeito, feito à imagem e semelhança de Deus, muito embora para servir aos seus próprios interesses de estratificação e controle social, passando de tal modo a gradualmente sobrepujar aquela visão monista da realidade implícita nas implicações antropológicas antigas.

O bispo de Hipona já antevia, inclusive, em suas *Confissões*¹⁷, a matriz do *cogito* cartesiano, na medida em que punha a si mesmo (enquanto ser-homem) no núcleo da ode do mundo, eis que no sujeito interior habitaria (ou, ao menos, buscar-se-ia) a veridicidade ou sua essência. O conceito central da proposta inaugurado pela escolástica agostiniana estava bastante permeado da ideia de sujeito como totalidade, indivíduo singular, cuja existência foi inaugural e única na história.

Esse processo de subjetivação ou esboço de uma concepção personalista ontológica, isto é, por meio do qual um organismo se torna singular dentro de sua espécie, passou a assumir forma diferente, não mais se concebendo o ser social meramente como unidade física e biológica ou sociológica suficientes.

A reflexividade medievalista tornou o humano um animal simbólico, cultural e complexo, em função de um perfil ético particular que os envolvia. Então, o sujeito medieval - dotado de certo arbítrio – tornava-se mais livre na medida em que reconhecia na sua natureza o lugar que lhe cabia no universo enquanto *cosmos* ou mundo ordenado e delimitado.

O livre arbítrio seria, então, uma opção dada por Deus aos homens, à sua imagem e semelhança, que poderiam escolher entre essa novel ordem estatuída (sendo de fato livre) ou a

¹⁶ Ressalte-se que não só em Santo Agostinho. Antes mesmo, a Tertuliano (séc. II-III) se deve a aplicação a Deus da classificação *una substantia, tres personae*. Boetius (séc. V-VI) consagra a definição de indivíduo que veio marcar toda escolástica: *persona est rationalis natura individua substantia*.

¹⁷ Cf. AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Editora Paulus, 1997, p. 17, em que o autor, numa narrativa extremamente subjetiva, talvez uma das primeiras de sua época, não luta para chegar a si mesmo apenas a sorte individual de um homem extraordinário de sua época, mas o destino do homem histórico de sempre. A obra é uma viagem de descobertas, de imersão e de mergulho na nossa libertação.

ela se negar (onde entraria a questão do mal do mundo, isto é, o pecado), de sorte que a transgressão dos limites do *cosmo* significaria a perda da representação humana¹⁸.

Todavia, este processo de subjetivação na escolástica sempre supôs limitação ou medida, isto é, uma função ética. Essa medida era o próprio homem em função do valor do outro, inobstante a famosa passagem bíblica “amarás ao teu próximo como a ti mesmo”.

Nesse passo, ao colocar o indivíduo nessa concepção metafísica (isto é, ôntica ou ontológica, como núcleo de ode do mundo), deu a entender que, acaso este não se compreendesse nesta dependência do ser – ainda que no claro-escuro do tempo e da fé –, conquanto não seria adiante capaz de racionalmente compreender o que é humanidade ou a delimitação do outro a partir de si mesmo¹⁹.

A ontologia medieval pululou mais adiante com Tomás de Aquino²⁰, o qual acreditou que o cosmos, o universo e tudo o que há nele, animado ou inanimado, tem um propósito, um *thelos* ou um fim. Se o *cosmos* grego continha a *physis* dos seres, o *ethos* dos ajustes sociais, o *nomos* das concordatas e das normas e o *logos* ou embasamento lógico de tudo o que existe, que fundou o *cosmos* como uma orbe fechada, melodiosa e sistemática, o fim do ser, a partir da concepção aquiniana, determinaria o lugar do sujeito no todo, assim como o seu propósito, sendo idêntico à sua natureza.

Essa também novel visão de sujeito como peça do *cosmos*, apesar do ainda vigente espectro sócio-político e jurídico, fruto da tradição clássica, acabou, como afirmado *retro*, por encerrar também um sentido metafísico do contexto sob comentários, na medida em que, além de designar uma função ou um papel do sujeito individual, acabará por encetar neste também uma certa realidade ontológica.

Ora, a mudança de tom encetada pela escolástica não é tão somente utilitarista aos designios que a época em si demandava, mas paradigmática e valorativa, haja vista que, do

¹⁸ No livro “A Metamorfose”, de Franz Kafka, metaforicamente, o mundo jaz expresso na representação de um personagem desiludido, que, ao acordar certo dia, percebe que se transformou num gigantesco inseto, traduzindo-se, assim, a perda da forma humana, o universo negativo, a limitação constitutiva dos nossos desejos, a percepção caótica e desumanizante da existência. In: KAFKA, Franz. **A Metamorfose**. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: Editora L&PM, 2001.

¹⁹ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23. Ao contrário de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, embora afirmasse que a ideia de ser implicasse a de indivíduo, considerava que a individualidade deriva da matéria, de uma substância concreta considerada num todo indivisível. O ser seria assim personificado em torno de sua essência racional originária. Inobstante, ser, essência e matéria encontrariam no indivíduo espaços de representação distintas, diversamente da posição agostiniana, que colocava o ser enquanto totalidade.

²⁰ São Tomás de Aquino (séc. XII) desenvolve a noção de indivíduo a partir de Aristóteles e de Boetius, colocando a tônica na substância como nota principal do conceito: o indivíduo ou o ente é *subsistens in rationalis natura*. Para São Tomás de Aquino nem toda realidade racional será indivíduo, mas só aquela que for subsistente, que exista por si.

personagem do teatro grego ou das convenções e estamentos sociais medievais, ao indivíduo adveio a forma especial ou particular de ser de uma determinada natureza, formulação esta que nunca, nem mesmo em Platão ou Aristóteles, lograra dar conceito ou houvera de pensar.²¹

Logo, ainda que, em menor ou maior medida, esse processo de individuação por que passara a humanidade clássica não chegasse peremptoriamente a projetar um problema ou uma dificuldade, na Idade Média, essa subjetividade, mesmo paulatinamente, apareceu, de fato, como máxima perfeição na própria ordem do ser.

Dito isso de outro modo, assim foi que a ontologia da subjetividade atingiu a curtos passos, a partir da Idade Média, seu apogeu no contexto da filosofia e da antropologia moderna clássica, marcada, essencialmente, pela atitude da dúvida ou do *cogito* filosófico.

Nessa atmosfera, em que a teoria se debruçara já não mais sobre a mera realidade do *cosmos* e do *logos*, mas antes sobre sujeito cognoscente, o conceito de indivíduo sofrera novas nuances semânticas. O indivíduo abafou seu conteúdo ontológico e passou a desmarcar uma fatalidade psicológica calcada no contrassenso acerca da própria existência que não mais distinguiria a verdade. A corrupção conceptual semântica da subjetividade seria, então, demasiada e significativamente grande para a época moderna que estaria a surgir.

1.1.1 O sujeito do conhecimento

Aristóteles, discípulo de Platão, n' *A Metafísica*, afirmara que “todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer [...]. A razão é que ela é, de todos os sentidos, o que melhor nos faz conhecer as coisas”²².

Ainda que indiretamente, por influência da releitura que a filosofia escolástica fez da Antiguidade, é, de acordo com essa premissa aristotélica, que as bases da ontologia encontraram-se, na Modernidade, naquele que, em maior grau, possuía a ciência universal, ou seja, no próprio sujeito, porque, além de matéria, como substrato de que todos os seres são constituídos, ele conhecia não só o mundo ao redor, como também a si mesmo.

Diante dessa premissa, toda aquela noção basilar da metafísica da antiguidade e medieval continuaria profundamente empreendendo as especulações dos filósofos da Modernidade, cujas leis e a moral de seu tempo justificavam a conformação de que só o processo de autoafirmação racional através do saber e do conhecimento poderia conduzir o ser, enquanto conquista histórica, a um curso real de emancipação.

²¹ Cf. SANTOS, J.T., op. cit., p. 170.

²² Cf. ARISTÓTELES, op. cit., p. 11.

Nesse novo quadro teórico-filosófico, partindo de premissas clássicas ainda palpitantes, a modernidade exsurge convocada a repensar a categoria do sujeito, agora passando a atribuir ao homem uma certa centralidade, quiçá, absoluta e praticamente desmedida²³, a despeito de tal período também assinalar uma série de outras características semânticas, tais como progresso, ciência, razão, saber, técnica, sujeito, ordem, soberania, controle, unidade, Estado, negócio, individualismo, liberalismo, universalismo e competição.

Esses termos nasceram com a modernidade e foram sustentados em seu manancial, por ideologias e práticas sociais nascentes, que se afirmaram como uma espécie de sustentáculo do novo tempo e saudados com muita efusividade pela sensação de liberdade que se buscava afirmar²⁴. Essas características levaram Latour a considerar os ditos modernos como seres iludidos com o deslumbre do progresso, haja vista uma certa “sensação de flecha irreversível do tempo”.²⁵

Nessa baila, ao lume das contribuições de Francis Bacon²⁶ e do discurso acerca do método de Descartes e sua matriz do *cogito* cartesiano²⁷, o desenvolvimento de uma nova percepção de natureza e do homem calhou a preponderar no pensamento europeu ocidental. Nesse intervalo, o mote sobre o gênero humano, calcado no humanismo e no antropocentrismo, em que a importância do homem é o próprio, deu o tom da época ocidental renascentista.

²³ No diálogo de Teeteto, Platão atribui ao sofista Protágoras a máxima de que “o homem é a medida de todas as coisas, das que são pelo que são e das que não são pelo que são”. Noutras palavras, o homem, ao mesmo tempo que central e dimensão, não encontraria limites à própria natureza, já que ele próprio é o juízo de todos os fatos, já que ele próprio passou a ocupar um lugar intermediário entre as outras espécies e os deuses, participando do lote divino. Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio. (Org). Malheiros Editores: São Paulo, 2000, p. 23.

²⁴ Cf. BITTAR, op. cit., p. 34-35.

²⁵ LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaios de antropologia simétrica. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000, p. 68.

²⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen Varriale et. al. Vol. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1010. “Para outros, pelo contrário (e é esta a tese mais tradicional), é a Renascença que, ao voltar seu interesse para o homem e para a sua vida secular, prepara o ambiente favorável ao surgimento da ideia do Progresso, em alguns casos já bastante precisa. Bodin, por exemplo, em *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1566), considera a história da humanidade como algo unitário, com a sua concepção, fundamental para o conceito de Progresso, da solidariedade entre os povos, e, além disso, como uma ascensão gradual rumo a formas de civilização cada vez mais elevadas. Depois, no início do século XVII, Francis Bacon liberta o pensamento da autoridade constrangente dos antigos, afirmando que a Idade Moderna é mais avançada que as idades passadas, porquanto se acha mais desenvolvido o conhecimento e está, por isso, mais próximo da verdade. Descartes, enfim, descobre leis naturais invariáveis e faz delas a base da ciência, excluindo com isso no processo histórico a ideia de um guia providencial. Com tais pressupostos, a civilização ocidental estava pronta para acolher a teoria do Progresso”.

²⁷ Vide DESCARTES, René. **Discurso do método**: regras para direção do espírito. 1 ed. São Paulo: Martin Claret Editora, 2005, p. 41-42, em que o autor pressagiu “depois disso, considere em geral o que é necessário a uma proposição para ser verdadeira e certa; pois, como acabava de encontrar uma que eu sabia ser exatamente assim, pensei que devia saber também em que consiste essa certeza. E, tendo notado que nada há no *eu penso, logo existo*, que me assegure de que digo a verdade, exceto que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, julguei poder tomar por regra geral que as coisas que concebemos mui clara e mui distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente”.

De acordo com essa proposta, apenas o saber científico autorizaria ao homem a monopolizar e a abusar das riquezas da natureza²⁸. De outro lado, não cabendo apelar para algo sagrado no homem, os filósofos da modernidade clássica procuraram arquitetar uma ousada e intrincada, porém complexa rede entre aquilo que podia ser compreendido logicamente (racionalidade), ser decidido livremente (autonomia) e a moralidade, como última *ratio* para a imputação de um indicativo de prestígio, de relevância ou de importância inseparáveis à espécie humana. Na visão de Horkheimer:

O pensamento moderno tentou extrair uma filosofia dessa visão das coisas, tal como se apresenta no pragmatismo. O centro dessa filosofia é a opinião de que uma ideia, um conceito ou uma teoria nada mais são do que um esquema ou plano de ação e, portanto, a verdade nada mais é do que o sucesso da ideia.²⁹

Segundo Costas Douzinas, nesse mesmo período, "a natureza clássica foi substituída por um mundo natural sem sentido adornado com a objetividade e a tenacidade dos fatos [...] foi reduzida à matéria inerte, alvo insensível à intervenção e ao controle humano"³⁰.

Ou seja, a natureza – como reino das leis necessárias de causa e efeito, seguidas de um determinismo inflexível – passaria a ser descrita e explicada a partir do conhecimento pelo homem, portanto, livre e racional. Igualmente, a matéria seria diminuída à condição de *res extensa*, isto é, calharia de ser considerada como um mecanismo destituído de dinâmica inerente e passível de ser examinada e compreendida de maneira exterior ao espírito, isto é, no âmbito da experiência sensível, através de leis da lógica e da matemática, conhecidas ou aprendidas pelo homem.

Não obstante, sustentava-se, noutras palavras, a diferenciação e o afastamento peremptório entre a natureza e a alma, que se descobriria fincada na matéria humana (*substantia*) e incumbida de tornar o homem um ser pensante, conhecedor, ao passo que todas as outras coisas possuíam configuração meramente mecânica aos moldes das máquinas, portanto, passíveis de controle e de manipulação.

²⁸ “A natureza [...] se converte em algo de que se apropria, de que se usa, de que se pode fruir um proveito, desde que esteja a serviço do saber, da descoberta, do progresso, da vida e da intensificação dos modos de dominação do meio pelo homem. A cosmovisão, ao torna-se antropocêntrica com o renascimento, inverte a polaridade [...] de natureza-homem para homem-natureza. Mais que mera inversão de palavras, a partir da modernidade o que se tem é uma intensificação dos modos de racionalização como meios e técnicas de desbravar, vasculhar e de dominar o desconhecido da natureza, ou seja, o desconhecido mundo em que se habitava, e no qual a própria humanidade se sentia à mercê de caprichos naturais e/ou divinos. [...] Se isso é bom ou ruim [...] por certo o processo de dominação (cientificismo e acumulação capitalista) está demasiadamente ligado ao processo de devastação e destruição contemporâneos (exploração do homem pelo homem, destruição ambiental, exaurimento dos recursos naturais) [...]”. In: BITTAR, op. cit., p. 39.

²⁹ HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002, p. 49.

³⁰ DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 16.

Aliás, o período moderno clássico praticamente tenta inaugurar um exemplar falacioso do indivíduo autocentrado, conhecedor, porém pouco reflexivo sobre sua própria existência, um sujeito autônomo, desvinculado de raça, classe ou gênero sem experiências inconscientes ou traumáticas e que se encontrava no perfeito domínio de si mesmo, pronto para usar e abusar da natureza e para adequar o mundo aos seus próprios fins.

No entanto, essa premissa ontológica da subjetividade em questão continha em si uma farsa. Sob o disfarce da universalidade e da abstração, a Modernidade clássica notabilizou e entronou o poder de um ser deveras abstrato, apesar de aparentemente concreto ou real: era o indivíduo tipicamente europeu, possessivo, burguês, branco orientado à ética do mercado, cujo direito à igualdade apenas formal e à propriedade eram transformados no fundamento mais basilar de todos os demais direitos e deveres³¹.

Ao menos nessa época, como se depreende da passagem acima, não existe realidade ou perfectibilidade neste indivíduo ou no próprio gênero humano, que detém o saber ou busca conhecer todas as coisas. A famosa passagem *homo homini lúpus*, de Hobbes, traduz bem essa temática da época moderna clássica sob comentários.

Diga-se de passagem, inobstante, a antropologia de Hobbes é uma afirmativa precisa da modernidade. Quando o indivíduo se concentra no núcleo do universo, que ao redor daquele gravita, quando o temor, a odiosidade e o apego são os fins últimos de toda e qualquer ação, em maior ou menor grau, o instinto de sobrevivência ou de autopreservação, bem como os instrumentos para preservá-las, tornam-se imperativos.

O conhecimento seria então uma espécie de poder que possibilitaria autopreservação calcada na dominação de tudo e de todos. A prevenção da espécie que desconhece os meandros e as armadilhas da existência foi, assim, na Modernidade clássica o único meio correto e justo por natureza de autopreservação, já que, na oposição de um contra todos, nada pode ser realmente injusto:

A centralidade das paixões, tanto empiricamente observadas quanto metaforicamente afirmadas como naturais, transforma a filosofia moral de Hobbes em um hedonismo político e prepara o terreno para o utilitarismo. O fim da lei não é mais a virtude e a justiça, mas o prazer individual, e a razão é o principal instrumento para isso. Esta

³¹ Apesar do tom jusnaturalista da premissa, sobretudo cunhada por Locke, a propriedade não é, segundo parte da doutrina, um direito necessariamente natural, mas civil, segundo Hobbes e Rousseau, decorrente do contrato social entre soberano e súditos. Cf. ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 4. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009, p. 305. Cf. MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal**. In: WEFORT, Francisco C. (Org). Os clássicos da política. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1, 94. Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias**. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

abordagem torna o direito natural não mais a justa divisão de uma distribuição legal, um estado de coisas no mundo exterior, mas um atributo essencial do sujeito.

Da passagem *supra*, depreende-se que, apesar da apatia da filosofia moderna clássica a certas questões, não poderia jamais haver sistema sócio-político, bem como jurídico sem o indivíduo que conhece. Nem mesmo existiriam regras sem o ser humano cognoscente e nenhuma moralidade sem um indivíduo (suposta e racionalmente) responsável e agente de escolha. Entretanto, essa absoluta liberdade de autocriação e de autocondução da própria existência só poderia conduzir ao individualismo e ao egoísmo.

Muito embora seja praticamente unânime que modernidade clássica tenha procurado avançar no sentido de consolidar o projeto de subjetivação do sujeito, enquanto atributo essencial, o homem como existência da espécie foi o sustentáculo da conflagração epistemológica deste momento histórico, porque o único capaz de questionar o ser das coisas, pois sem ele não haveria quem de origem questionasse.

Dessa sorte, o ser que conhece e reconhece a si próprio no *cogito* cartesiano estaria, em tese apto a descobrir no mesmo ato, indiretamente, que todos os outros constituem a precondição necessária à sua existência. O outro seria uma liberdade que confronta e é somente por meio desse encontro que o ser alcançaria a própria subjetividade e o autoconhecimento.

Neste diapasão, o indivíduo liberal e cartesiano que *cogita, logo pensa, logo existe*, em contrapartida, culminou senão fadado ao infortúnio e ao absurdo humanista de facilmente modelar a atividade política e econômica à hipóstase³² de seu tempo, com base em um único ser autodeterminante, que se distanciou da própria essência e simultaneamente suspeitou da própria existência como se fosse um consenso opressivamente normalizante da subjetividade.

Isto é, aquilo que era pra ser, em tese, um elogio da humanidade e da sabedoria tornou-se fatalmente, em contrapartida e às duras penas, o traço central de um individualismo excessivo ou de um saber que desconhece limites ou ao outro, e que também se tornou uma das marcas do nosso mundo contemporâneo.

Noutras palavras, esse tiro emancipatório ensaiado pelo humanismo antropocentrista saiu pela culatra, tendo o conhecimento perdido certa dimensão positiva e otimista. Neste mote, se a reflexão teológica cristã havia arregimentado um conhecimento metafísico ético da subjetividade, na época Moderna, em contraposição, observou-se uma desconstrução ou um esvaziamento de suas bases, retirando-lhe o conteúdo ôntico, de sorte que as questões afetas ao

³² Na filosofia, segundo a reflexão moderna e contemporânea, hipóstase equivale ao equívoco cognitivo que se caracteriza pela atribuição de existência concreta e objetiva (existência substancial) a uma realidade fictícia, abstrata ou meramente restrita à incorporalidade do pensamento humano.

sujeito foram sobremaneira identificadas a par de uma realidade psicológica, emotiva e descomedidamente individualista.

Daí que o nascimento do indivíduo cognoscente moderno clássico, atravessado pela metafísica antiga e pela teologia da escolástica católica, que descobriu os princípios do direito natural na forma como Deus criou os seres humanos, contribuiu para genealogia individual como um sinal de contingência.

O ser – indivíduo, apesar de cognoscente, que deteria as amarras do conhecimento e do saber, e não mais sujeito ou sujeitado – embora concreta instanciação do universal, passou a indicar em instâncias terrenas, a expressão máxima da individualidade ou do indivíduo que desconhece os sistemas, a coletividade ou as comunidades, senão a transcendência divina, abrindo caminho para a representação renascentista de gênio, do megalomaniaco, do que tudo controla, do que produz, do superior, do soberano, da lâmpada, da fonte e do feixe de luz, da razão que ilumina o mundo.

1.1.2 A razão como medida do homem

Juízos de valor os mais diversos sobre a modernidade são uníssonos em afirmar que referida era é um tempo de bastante dinamismo e de transformações infinitas e incessantes. Saltos sucessivos da imaginação, louros da ciência e melhorias tecnológicas são bastante comuns para definir bem o período sob comentários.

Nenhuma demarcação, aliás, pareceu conter as potencialidades da humanidade em tal época de conformar seu poderio sobre a natureza de todas as coisas e de amiúde e sucessivamente reimprimir os limites do universo. Nesse passo, no processo de subjetivação do ser, o complexo fenomênico do mundo precisaria acercar-se não só da certeza e da centralidade do sujeito, mas também de transmutar a realidade vigente em objeto, a que o sujeito *a priori* atribuiria cognição e intervenção.

Após um longo salto da revolução insculpida pelo método cartesiano, que reverberou e muito ainda na ontologia da subjetividade, a antropologia de Kant finalmente reverteria sobremaneira a relação entre natureza e humanidade.

Enquanto ser que conhece, pensa e valoriza, o indivíduo se tornava na Modernidade clássica mais. Mas não apenas o ser cognoscente. Agora o indivíduo moderno, aquele que conhecia ou buscava conhecer, tornava-se também pensante, haja vista que deveras pensa em sua capacidade de pensar e na sua relação com as percepções de pensamento pondera o próprio objeto do pensamento.

E essas percepções obviamente só podem pertencer ao sujeito, que as organiza. A deflagração dessa revolução epistemológica, como dito, deve-se a Kant e obedeceria às leis da racionalidade e passaria a ser reconhecida em perfeita correspondência entre os princípios que governam a mente humana e o mundo, de sorte que toda verdade originar-se-ia e existiria, no mínimo, presumivelmente, no homem e, como uma consequência de sua revolução cognitiva, a completa compreensão e o domínio do mundo tornam-se, em tese, possíveis, seja com base num conteúdo descritivo, seja num conteúdo valorativo.

Contudo, apesar do ensejo em Kant de renunciar às teorias tradicionais da natureza humana, o indivíduo por ele pensando, em tese, autônomo, livre e um fim em si mesmo, porque transcendente através da razão, não deixava de ser mais que uma extensão do indivíduo cognoscente, que ainda suscitava inclusive desconfiança e despertava críticas entre os filósofos remanescentes de épocas sucessoras e vindouras (como na contemporaneidade), na medida em que o indivíduo *kantiano* não necessariamente ponderou acerca da irredutibilidade do homem ao mundo natural. Nesse sentido, novamente, salutar citar Douzinas:

[A partir de Kant] a natureza foi reduzida à matéria inerte, desprovida de valores, um caos sem sentido e sem objetivo, que o homem pode conquistar e controlar ao descobrir nela regularidades, padrões e leis. Sujeito e objeto, liberdade e necessidade, vontade e proscricção são os resultados gêmeos do mesmo processo que transformou o ser humano em sujeito e base do ser e o mundo em um objeto e imagem para o sujeito. Sua história a partir desse ponto está, ao mesmo tempo, irrevogavelmente separada e vinculada. A vinculação é a *ratio* do homem [...] que descreve e ordena o mundo. O homem e o mundo não mais existem lado-a-lado [...]. A ideia de natureza como padrão se perdeu, mas, em compensação, o homem pode agora tratar a natureza, incluindo a natureza humana e social, como artefatos e impor ordem e mudança a elas. [...] Arrancada do habitat natural do mundo pré-moderno, (...) a humanidade embarca em uma busca sem fim de satisfação absoluta; sua essência consiste na contínua invenção de novos mundos³³.

Explica-se: do trecho citado acima, tem-se que a concepção de sujeito pensante e, portanto, racional *kantiano*, para além do meramente cognoscente, parece pressupor a existência de uma propriedade intrínseca, no caso, a própria razão, que justificaria a atribuição do mesmo valor a todos os seres humanos concebidos como um fim em si mesmo.

Todavia, a premissa *kantiana* é falaciosa: especialmente, porque as pessoas não nascem iguais, mas totalmente desiguais. Assim, ao menor material empírico ou histórico que é introduzido na natureza humana abstrata, passa-se a previsão de pessoas corporificadas, porém abstratas, ainda que condicionadas em termos generalistas, tais como gênero, raça, classe e idade, condição econômica, dentre outros.

³³ DOUZINAS, op. cit., p. 199-200.

Ora, a pressuposição da existência de uma propriedade ou categorias intrínsecas capazes de dignificar o homem enquanto um ser valioso em si mesmo, tal qual a razão *kantiana*, conduziu indiretamente a um labirinto de problemas metafísicos relacionados à própria natureza dos valores em face da tônica da subjetividade.

E pode-se perguntar, neste interregno, acerca do homem que não pensa ou que não é capaz de raciocinar plenamente. Seria ele por isso mesmo menos digno ou menos importante? E os casos marginais? E nas hipóteses específicas em que não se manifestam ou deixam de se manifestar características típicas da racionalidade?

A premissa *kantiana* de propriedades tradicionais, calcadas em continuidades históricas, como a razão, ou a aptidão linguística ou a autonomia, não deixa, como dito, de ser falaciosa, porque dota o ser de uma natureza vazia desprovida de características substantivas ou de um mínimo de identidade substantiva.

Ora, se a essência do homem é ser um atributo universal, é essencial que sujeitos concretos existam como dados absolutos e isso, em maior ou menor escala, implica normativamente um empirismo do sujeito. Se esses indivíduos empíricos devem ser homens, é essencial que cada um carregue em si mesmo toda a essência (da natureza) humana, se não de fato, pelo menos em princípio, isto implica um idealismo da essência.

Assim, o empirismo do sujeito implica o idealismo da essência e vice-versa. Noutros dizeres, é preciso mais. É preciso uma base intrínseca que abranja os sujeitos de vida ou em vida³⁴. Não de outro modo, o ser pensante *kantiano* ora é abundantemente contemplativo para ser autêntico e legítimo, ou muito real e palpável para ser universal. Em ambos os lados da hipótese, o sujeito pensado por Kant é inverídico, é impossível de ser verificável no mundo real, sendo, pois falso, haja vista sua essência não satisfazer, e não pode satisfazer, ao menos na realidade, pessoas necessariamente concretas e reais.

³⁴ Cf. RABENHORST., op. cit., p. 33-36: para Tom Regan, a ideia de valor intrínseco ou de valor inerente ou de critérios éticos não especistas não poderia jamais ser obliterada, pois ela imbui de significados a própria atribuição moralidade a um ser. Ainda que concedidos pelo homem, os valores intrínsecos podem ser estabelecidos independentemente dos interesses humanos, porque constituídos e mantidos culturalmente por vários anos e pelas mais variadas civilizações. Mais sobre em FELIPE, Sônia T. **Valor inerente e vulnerabilidade:** critérios éticos não-especistas na perspectiva de Tom Regan. In: ETHIC@, Florianópolis, jul. 2006. Disponível em: <http://www.cfhh.ufsc.br/ethic@/et53art9Sonia.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2019. Segundo a autora, “se a vida for de um indivíduo ontológico, ela terá valor intrínseco, relativo à somatória de suas experiências sensoriais, e valor inerente, que a caracteriza como insubstituível. Se for uma vida sem aptidão para expressar-se como indivíduo ontológico com autonomia e finalidade própria, terá valor instrumental. Sentidos diferentes do termo “vida”, indicam valores diferentes a serem considerados. A ética prática os distingue, e opera com os dois primeiros sentidos de valor: o intrínseco e o inerente. A estética, a economia e a política, operam com o terceiro tipo de valor: o instrumental. Nesse caso, algo só tem valor, se “servir” para alguma finalidade humana”.

Nada obstante, de se dizer ainda que o homem *kantiano* não passa de um abstraimento transcendental, porque seu requinte meditativo constitui seu próprio defeito prático. Nesse passo, a dura realidade, a qual por ora se denuncia, é que, apesar de ainda reverberar bastante na contemporaneidade, a teoria *kantiana* da subjetividade acaba rompendo em certo momento com a metafísica do ser, na medida em que provoca uma separação entre o sujeito, o mundo e a natureza, além de instaurar um certo relativismo da individualidade, o que se dá, praticamente, no mesmo passo da Modernidade clássica.

Desse modo, o ser ontológico, dotado de matéria (substância), muito embora provido de certa importância, passaria a gravitar no homem racional, que não necessariamente tinha em conta a alteridade³⁵. Em verdade, compreendido a partir do imperativo categórico³⁶, o homem *kantiano* não estaria sujeito a outras leis, senão àquelas que atribuiria a si mesmo, o que mais à frente abriria um feixe de possibilidades para toda sorte de personalismos³⁷, na medida em que as ações morais eram avaliadas a partir da forma, e não do conteúdo:

Kant inverteu o procedimento: não é o conceito do bem que postula a lei, mas a lei moral que define o bem e o mal. As precondições universais da ação moral são descobertas na ação livre e racional do agente autônomo, que segue a lei do imperativo categórico sem qualquer incentivo, exceto por um puro sentido de dever e respeito: ‘age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como o princípio de uma legislação universal’. A vontade moral é livre porque encontra todas as suas determinações nela mesma; o sujeito torna-se o legislador desejante de sua própria sujeição. Contudo, a lei moral fere; seguir seu interdito para universalizar significa abandonar sentimentos, paixões e desejos individuais e agir de modo totalmente desinteressado, a partir de um puro senso de obrigação. A autonomia kantiana torna o homem moderno sujeito da lei em um duplo sentido: ele é legislador [...] e o sujeito jurídico, sujeitado à lei na condição de que participou de sua legislação. [...] A proclamação do Eu como quem provê a lei, mas também como sujeito, assinala a inauguração da concepção moderna de autonomia e autodeterminação, o outro lado da entronização da vontade.³⁸

Note-se, ademais, muito embora a essência da subjetividade seja o livre-arbítrio, nem mesmo o próprio Kant foi capaz de ponderar sobre a possibilidade de demonstração cabal da

³⁵ Esse homem racional é criticado pela Escola de Frankfurt. Ao digladiar-se contra modernidade em si, a tônica é de voltar-se contra a concepção de razão e o aniquilamento reducionista da ideia de razão instrumental, o que é bastante bem feito por Max Horkheimer: “A redução da razão a um mero instrumento afeta finalmente até mesmo seu caráter como instrumento. O espírito antifilosófico que é inseparável do conceito subjetivo de razão, e que na Europa culminou com a perseguição totalitária aos intelectuais, fossem ou não os seus precursores, é sintomático da degradação da razão”. In: HORKHEIMER, op. cit., p. 61. Noutras palavras, a filosofia ou razão como instrumentos ou em sentido meramente funcionais ou secularizado ou santificado se volta contra si mesmas.

³⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 66.

³⁷ LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, § 2º, p. 44-48.

³⁸ DOUZINAS, op. cit., p. 202-203.

liberdade, a que cunhou de mero fato da razão, cognoscível *a priori*³⁹. Sua ênfase à liberdade radical soa, às vezes, ingênua e, outras vezes, anárquica.

Desse modo, a releitura que ensejou Kant do pensar de Descartes com o querer de sua ética universal, com destaque para autonomia como autolegislação, inegavelmente provisionaram o alicerce filosófico e moral para, na seara dos direitos e dos deveres, reconhecer-se publicamente a vontade individual, em igual medida que, concomitantemente, a entronização do sujeito aprontara o solo para a manipulação ilimitada dos universos natural, social e psíquico. Todavia, outrora, os anseios individuais jaziam subjacentes aos fins disponíveis no esquema teleológico da natureza.

De outro modo, em Kant, a razão prática, que sempre opera de modo condicional ou relativo, ambiciona a si mesma como alvedrio à sorte que a razão, consonante vontade pura, é a conclusão do ser de vontade incondicionado e absoluto. Esse indivíduo *kantiano* dotado de certa racionalidade metafísica, quiçá revolucionário, livre e autônomo para o período em que viveu, dada a sua intensa debilidade, na verdade, jamais autorreferiu-se em um alicerce assaz firme que não fosse a razão, visto que seu próprio ideal de autonomia pendeu para arredá-lo do mundo adequado a lhe conferir algum lastro de substância, radicando-o em nada mais concreto – na verdade, absolutamente concreto – que ele mesmo.

Essa nuance da narrativa da subjetividade eminentemente racional é deveras arriscada e, além de pouco problematizada, muitas vezes, é tomada como uma verdade absoluta mesmo hoje. Emblematicamente, serviu em muito para condescender a tutela tópica da época, ou seja, de compatibilização de variados interesses do indivíduo – que era o único racional, dotado, pois, de tamanha faculdade que unicamente lhe permitia, pois, compreender a fatalidade deste arranjo. Nada obstante, sobretudo em Kant, é clássica a máxima de que os homens possuíam dignidade, ao passo que as coisas, preço, vejamos:

A razão relaciona, pois, cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com

³⁹ “Hegel já observava que, se os antigos se sabiam livres enquanto cidadãos, nem Platão nem Aristóteles souberam que o homem enquanto tal é livre. A exigência da subjetividade, da autonomia do espírito em si era desconhecida dos atenienses. O próprio Heidegger, apesar de tudo o que o opõe a Hegel, reassumiria essa tese, evocando a liberdade moderna como uma nova liberdade e descrevendo-a, ele também, em comparação 'ao desabrochar do ser enquanto subjetividade', bem como à ideia de uma nova legislação autônoma da humanidade". In: RENAUT, Alain. **O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998, p. 6-7.

as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas que têm dignidade.⁴⁰

É compreensível que, em especial para Kant, aquilo que é incomparável ou insubstituível se encontre acima de qualquer preço. Porém, uma leitura mais crítica do excerto acima, acompanhada da interpretação ou tentativa de releitura da filosofia *kantiana* que se faz hoje, apesar de perpetrar algum sentido, não deixou de conciliar, como já adiantado acima, o personalismo ético de seu tempo. Ao desconsiderar que o ser e a matéria, a vida e a existência também são valores metafísicos e ontológicos, pensou Kant que o indivíduo, por deter em si uma suposta dignidade intrínseca, lastreada basicamente na razão, seria o rei da criação e proprietário de todas as coisas.

Essa quase sobrenaturalidade (transcendência) pressuposta indiretamente em Kant, ao separar o homem da natureza, no desejo iluminista da razão absoluta, do qual a filosofia moderna à contemporaneidade não conseguiu se desvencilhar, não deixou – é verdade – de transparecer uma visão arrogante de mundo, que delata senão uma deficiência do humanismo antropocentrismo, cuja euforia racional se misturaria com um tipo de náusea que bem entenderiam os românticos⁴¹, dentre os mais desiludidos de seu tempo⁴².

Nesse arranjo, se a liberdade ou autonomia que, por um momento, desejaram o indivíduo, permeada de certo quê de racionalidade, na mesma medida que, por um lado, reforça

⁴⁰ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007, pp. 77-78

⁴¹ Segundo LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaio sobre o individualismo contemporâneo. Lisboa: Relógio D'Água Editores Ltda, 1989, p. 94-95, para quem: “O romance pode ser interpretado como tradução literal da intimidade e ainda mesmo como reflexo bruto do solipsismo psicológico. A novidade romanesca, de dominante subjetiva, não é a confiança de um eu, é a consequência da nova significação social-histórica do indivíduo cuja existência é identificada com a fugacidade e a contradição das experiências imediatas. Os romances dessa época não foram possíveis senão em função desta concepção do indivíduo que privilegia o espasmódico, o obscuro, o fragmentário, o falhado”; Cf. EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998, p. 78, para quem: “da desilusão romântica moderna começamos a se dar conta de que havia muitas versões conflitantes da boa vida; de que nenhuma dessas versões apresentava fundamentos inexpugnáveis; e de que, curiosamente, não éramos mais capazes de chegar a um consenso quanto às questões básicas nesse ramo”.

⁴² Cf. MAYOS, Gonçal. **Ilustración y Romanticismo**: introducción a la polémica entre Kant y Herder. Tradução de Karine Salgado Barcelona: Editorial Herder, 2004, p. 363-408. Acerca do romantismo, em sua acepção filosófica literária, tem-se que foi um manifesto que se caracterizou como uma visão de mundo contrária ao racionalismo e ao iluminismo, sobretudo “quando o ponto de partida moderno no sujeito autônomo e subsistente parece entrar em colisão com o próprio ideal de racionalidade e cientificidade. Trata-se do trágico momento em

este ideal de indivíduo gravitacional, no oposto, coloca-lhe em funesta confusão com a natureza ontológica, servindo senão para enfraquecê-la.

Sabidamente, séculos antes, Santo Agostinho pareceu antever bem esse problema existencial do indivíduo moderno clássico quando indagou, ainda no medievo, se “alguém poderia ser artífice de si mesmo? Ou poderia derivar-se doutra parte algum manancial por onde corram até nós o ser e a vida?”⁴³.

De outra maneira, ele perguntava se poderia ser o indivíduo um fim em si mesmo e repensar e definir toda a universalidade da subjetividade em torno de um eu que se autodetermina conforme regras próprias do ser e do devir. Essas indagações de cunho reflexivo-metafísico, ao mesmo tempo que fazem surgir uma consciência reflexiva de si – a partir de uma aporia (supostamente) racional, universal e objetiva – conteriam, mais adiante, o paradoxo e a crise da própria Modernidade⁴⁴.

1.1.3 O sujeito como conquista histórica, critério e princípio ético

O paradoxo ou a crise da Modernidade muito se lastreia no contrassenso de que o ser – enquanto eixo e preocupação central e fundamental da investigação – viu-se, em vez de emancipado, cotejado num mundo ilusório e superficial em que ele próprio é meio, mas no qual ainda não se verificavam as condições efetivas para transformá-lo em um fim em si mesmo.

Em última análise, a reflexão moderna da subjetividade – influenciada posterior e principalmente pelo *kantianismo* da razão transcendente e absoluta –, visando inverter a ordem da temporalidade e fazer do futuro, e não mais do passado e do presente, o *locus* da felicidade vindoura, concorreu para lançar as bases de um mundo fanático pela ciência e pelo desenvolvimento.

Essa conjuntura transversalmente contribuiu para desumanizar o sujeito; como comprovou a história, o ser real e ontológico, compreendido no próprio sujeito, antes em unidade e totalidade, matriz dos primeiros princípios e fundamentos. Neste tocante, Gianni

que a grande esperança do projeto moderno confiada na potencialidade autônoma do sujeito descobre com surpresa e angústia que este se perdeu ou fugiu colocando em risco as esperanças que haviam sido depositadas nele”.

⁴³ AGOSTINHO, op. cit., p. 29.

⁴⁴ Essa crise e ao mesmo tempo esse paradoxo da modernidade é também a crise da razão na medida em que ela, dita instrumental ou funcional, converteu-se num arcabouço dos modos fabris, mecanicista, tipológico de condução da vida. Mais uma vez Horkheimer (op. cit., p. 57) aduz que: “Ao tentar transformar a física experimental num protótipo de todas as ciências e modelar todas as esferas da vida intelectual segundo as técnicas do laboratório, o pragmatismo é correlato do industrialismo moderno, para quem a fábrica é o protótipo da existência humana, e que modelo todos os ramos da cultura segundo a produção da linha de montagem ou segundo o escritório executivo racionalizado. A fim de provar seu direito a ser concebido, todo pensamento deve ter um álibi, deve apresentar um registro de sua utilidade.

Vattimo reverencia que "o mito da racionalidade, da técnica e do desempenho desumanizantes e, também, a realidade desse mito nas sociedades da organização total são enrijecimentos metafísicos que continuam a ler a fábula como verdade".⁴⁵

Ora, a premissa do mito da racionalidade é também uma paráfrase de Nietzsche, que arrematou “quando o mundo verdadeiro se torna fábula, o mundo aparente desaparece porque não há mais distinção entre um e outro”⁴⁶. Assim, o que resta, então, é somente a história das fabulações. E ainda assim continua o sendo fatalmente a modernidade contemporânea conquanto fluxo da clássica.

Inobstante, essa fábula, no contexto vattimiano, assim como no nietzschiano, funciona como uma metáfora para uma compreensão racional não essencialmente responsável da subjetividade, que serve para prender o sujeito em determinações supostamente racionais, ao mesmo tempo que herméticas e estanques.

Noutras palavras, embora o indivíduo da modernidade racional iluminada tenha concorrido para engendrar um sistema teórico, tecnológico e industrial que ele mesmo criou, essa mesma engrenagem fabulosa também lhe dissolveu a essência em algo que não mais distingue a verdade ou não mais se reconhece no conforto metafísico e único do fundamento⁴⁷.

Ora, como afirmado outrora, no final, da Modernidade só existiu e restou a fábula, ainda que, de todo modo, o ser ontológico não tenha nenhuma dúvida sobre sua verdadeira natureza, mas tão somente exista externamente ameaçado por um conjunto de mecanismos ou engrenagens diversos que ele próprio pôs em movimento, mas dos quais às vezes não consegue se reapropriar.

Noutras palavras, como bem ponderou Costas Douzinas, “o sujeito ou o indivíduo é filosoficamente aclamado à existência como uma entidade desejante e autônoma, mas sua genealogia é uma de sujeição à lei e dominação pelo poder”⁴⁸. E eis, então, sua crise!

Obviamente, como comprovaram os anais da história, essa lógica da modernidade clássica foi levada a uma exacerbação sem precedentes de muitos aspectos da época. O indivíduo social ensimesmado nele mesmo passou a ter dificuldade em admitir preceitos éticos

⁴⁵ VATTIMO, Gianni. **O Fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16.

⁴⁶ Nietzsche, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos ou como se filosofa com o martelo**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006, Cap. IV.

⁴⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 16. Em tal obra, o autor afirma que “a autonomia prometida pelas Luzes teve por consequência última uma alienação total do mundo humano, submetido ao peso terrível destes dois flagelos da Modernidade que são a técnica e o liberalismo comercial. [...] Ainda, a Modernidade deu lugar a um empreendimento de subjugação burocrática e disciplinar, exercendo-se igualmente sobre os corpos e os espíritos”.

⁴⁸ DOUZINAS, op. cit., p. 193.

a que deviam reverências as mais basilares. A ideia de unidade passou a ser bombardeada a todo o custo. Outro problema, instaurado pela ética calvinista ou protestante, em ascensão, foi o da compra e do consumo de identidades *prêt-à-porter*, de modo que os ideais passaram a ser a saúde e a beleza perfeitas.

O apelo ao corpo, retratado em várias obras de arte da época, não raro, traduziam não constituir de imediato um defeito moral da alma, na verdade, passaria a figurar como efeito de um processo de subjetivação que subvertia as regras, desde que se desejasse provar a necessidade de ser bem-sucedido⁴⁹.

O que levou na época aos excessos de sentimentalismo e de romantismo exacerbado, beirando à epidemia da depressão, ao contrário da histeria ou espécie de esquizofrenia social⁵⁰, tempos depois denunciada por Freud, aquela que é a expressão do fracasso desse imaginário moderno. Este mundo frenético, aliás, contaria ainda com problemas os mais diversos, ignorando as possibilidades reais da natureza humana em face de uma megalomania individualista, mas que, concomitantemente, também trazia possibilidades novas de ser, as quais não se deixava reger por valores ou passaria a ganhar com as regras do jogo já existentes.

Não obstante, na modernidade, os limites do *cosmos* ou da ordem transcendental ou divina em certa medida deixavam de imperar, senão quando muito sucumbiam justificados pela razão. Viviam-se uma época cujo conhecimento e o sujeito cognoscente, como visto, não conheceu nenhum limite, afinal, a medida de todas as coisas, o começo, meio e fim seriam sempre esse indivíduo *topoi*⁵¹.

A liberdade para decidir como se queria ser e a qual indicava que se podia criar a própria identidade traziam em seu bojo juntamente a angústia de ter que escolher. Dessa sorte, na Modernidade, conquistavam-se novas formas de estar no mundo, mas também se ganhava, em contrapartida, novos problemas e novas dúvidas. Qual foi o impacto disso no processo de individuação ou de reconhecimento ontológico do ser em essência e unidade em última

⁴⁹ Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho, op. cit., p. 28-29. “Os pintores renascentistas, por exemplo, ao mesmo tempo que sustentam uma visão orgânica da natureza, concebendo-a como natureza animada que não deve ser apresentada em sua mera aparência, mas através de seus elementos fundamentais, também afirmam que nela não há um efeito sem causa, e que esta última só pode ser compreendida a partir da experiência”.

⁵⁰ O termo “esquizofrenia social” foi mencionado pela socióloga Elza Pádua, em entrevista para o jornal O Globo, intitulada “sociedade sofre a influência do que chama de esquizofrenia social”, em que ela afirma: “como Jean Baudrillard (filósofo francês) descobriu, a mente de um esquizofrênico funciona fractalizada (fracionada). Cada pedaço opera de forma independente, criando conflitos. A nossa sociedade vive esse mesmo problema”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/sociedade-sofre-influencia-do-que-chama-de-esquizofrenia-social-diz-sociologa-11550781>

⁵¹ Na etimologia, *topoi*, vem de *tópica*, da palavra que vem de *topos*, que significa lugar comum. O raciocínio típico parte de premissas verossímeis que cria um efeito de verdade. Na modernidade, o modelo de indivíduo benquisto à época era o único possível e digno.

instância? Qual espaço, então, restou para o desenvolvimento do humano em cada um dos indivíduos nesta era?

Hélio Pellegrino chegou a pressagiar que, em certa época da vida, tende-se a conformar o mundo nas mãos, animados pela esperança de que, dominando o mundo, conseguir-se-á conquistar a si mesmo. Todavia, em certo momento que domina, este homem percebe-se de mãos vazias, em razão da fantasia do fracasso, da solidão, da dor a se pagar pela escolha deste caminho. No momento em que se atinge essa falência do sujeito moderno clássico, ele igualmente se vê em plena treva.

E este é momento de encontrar o outro - percebido na sua total e gratuita inutilidade. O rosto do outro se apresentará na modernidade clássica como um enigma. A tarefa de construir esse encontro será a daquele que justifica o seu nome de ser humano:

O homem, quando jovem, é só, apesar de suas múltiplas experiências. Ele pretende, nessa época, conformar a realidade com suas mãos, servindo-se dela, pois acredita que, ganhando o mundo, conseguirá ganhar-se a si próprio. Acontece, entretanto, que nascemos para o encontro com o outro, e não o seu domínio. Encontrá-lo é perdê-lo, é contemplá-lo na sua libérrima existência, é respeitá-lo e amá-lo na sua total e gratuita inutilidade. O começo da sabedoria consiste em perceber que temos e teremos as mãos vazias, na medida em que tenhamos ganho ou pretendamos ganhar o mundo. Neste momento, a solidão nos atravessa como um dardo. É meio-dia em nossa vida, e a face do outro nos contempla como um enigma. Feliz daquele que, ao meio-dia, se percebe em plena treva, pobre e nu. Este é o preço do encontro, do possível encontro com o outro. A construção de tal possibilidade passa a ser, desde então, o trabalho do homem que merece o seu nome.⁵²

Logo, o que se extrai da Modernidade é que esta era ignorou o outro porque este ignorou a si mesmo. A Modernidade, do indivíduo e do outro fez pouco caso enquanto horizonte ético e limite dos limites. Obviamente, na raiz da Modernidade, há o abandono da ordem objetiva do mundo em face do mecanicismo. O universo não mais diria dali em diante nada ao homem. O Fausto⁵³, aliás, é o resultado literário desta tônica e conta a história de um cientista frustrado com os limites de seu conhecimento e poder, que, ao atrair a atenção de Mefistófeles (o diabo), em troca da alma deste, realiza todos os seus desejos até que pudesse alcançar o ápice da felicidade.

Passando a antever que, diante da experiência, ele nunca alcançaria esta felicidade suprema, Fausto fica insatisfeito com o acordo. Como homem moderno, Fausto é senão a prosopopeia da falta de limites e da realização da vida a qualquer custo no mundo, dos desejos, a sociedade do consumo. A máxima era gozar a qualquer preço, e não conhecer a si mesmo.

⁵² SABINO, Fernando Tavares. **O encontro marcado**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1981. O excerto citado acima é uma carta de Hélio Pellegrino a Fernando Sabino, contida no prefácio do livro.

⁵³ GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Trad. Agostinho D'Ornellas. São Paulo: Editora Martin Claret Editora, 2004.

Essa figura clássica da individuação cognoscente é trocada pela lógica gravitacional do hedonismo, porque a individuação não é um momento em si prazeroso, mas tormentoso e doloroso, que sempre inclui momentos de sofrimento.

Portanto, tudo – até mesmo a filosofia ou as grandes religiões – foi na Modernidade transformado em mercadoria, porque atendia a essa lógica. Na modernidade, em específico, esse sofrimento também era atenuado, geralmente, pela experiência desconcertante do consumo desenfreado de efêmeros objetos de prazer.

Em outros termos, a individuação não fazia mais sentido na ordem externa, não era mais um valor coletivo, um horizonte ético, mas uma alternativa aos marginais que seriam vítimas do fracasso ou daquela festa pitoresca que passara a organizar o mundo.

Como denunciado até aqui, o esplendor das luzes a cargo da Modernidade não foi capaz de conduzir o homem para a plenitude do seu destino histórico. O que o homem encontrou ao transpor tradicionais princípios do bem e do mal? Teria ele atingido os umbrais do super-homem? Com a erosão do todo absoluto, o próprio ser humano ficou exposto como banalidade aniquilável ou manipulável. Mas seria isto pura fatalidade?

Apesar da constatação da crise da Modernidade denunciada outrora, a antropologia filosófica de Kant e de seus sucessores e críticos, do ponto de vista otimista, não é de todo perdida⁵⁴, tendo servido até aqui maiormente para ilustrar a crise da modernidade e do indivíduo em seu escopo megalomaniaco, já que a busca do iluminismo pela emancipação e pela felicidade humanas foi um terrível engano, cometido a partir de uma combinação de arrogância e de esquecimento do ser.

Na entronização do homem, como sustentáculo do pensamento, da ação e da história, Kant, como visto, não vingou em privilegiar o indivíduo como o agente da transformação desejada, tampouco a humanidade como a representante do universal. Sua inovação radical foi trocar a aritmética até então vigente entre Deus e ser (já que os filósofos da modernidade clássica, como Hobbes, Locke e Rousseau, ainda estavam enraizados em premissas teológicas)

⁵⁴ Cf. RENAUT, op. cit., p. p. 15-16. Não se nega que Kant, mais do que Heidegger, deu início a uma virada decisiva na metafísica da subjetividade, na medida em que formulou realmente a ideia de autonomia, mediante a crítica à felicidade, sem deixar de reconhecer a importância e as virtualidades do momento criticista, inscrito na lógica unidimensional da modernidade. Porém, não se poderia esperar daí nenhum remédio contra os efeitos da percepção homogeneizante da modernidade ou contra o fardo da tradição e das hierarquias naturais.. A explicitação kantiana do princípio da autonomia viria simplesmente inscrever-se no seio de um percurso único e fatal, que termina com o triunfal desenvolvimento de um sinistro frenesi da tecnociência desenfreada preocupada exclusivamente com o aumento contínuo do poder e da organização inconsequente do homem normatizado, independentemente do preço a ser pago.

por outra correspondente relação entre sujeito e a essência do homem⁵⁵, ainda que essa essência racional tenha levado à modernidade à toda sorte dos mais variados desatinos e desilusões.

Porém, ao passo que a natureza humana seja um misto de determinações históricas, culturais ou sociais, ao mesmo tempo é capacidade de libertar-se de quaisquer códigos estabelecidos, tradições e outras cargas sociais, justo porque a vida não aparece ao homem nunca como uma realidade estática, acabada, mas antes como um projeto, um desafio a ser mais, a se tornar aquilo que é.

Afinal, o homem só vive ou existe historicamente. Desse modo, o homem sem determinação histórica ou ideia de fluxo contínuo seria uma ficção ou uma aporia ou uma dificuldade ou dúvida decorrente da impossibilidade objetiva de obter resposta ou conclusão para uma determinada indagação filosófica.

Diante dessa constatação, a filosofia pós-Kant, num exercício humanístico, que se reacende, como desdobramento de uma prática ético-teórica, buscou romper e repensar a hermenêutica da subjetividade de outrora, no sentido de rememorar e reconstruir a história do ser, em sua realidade fenomenal.

Isto é, não como aquele que busca a verdade última, nem o que tampouco estabelece caminhos ou estratégias racionais para se chegar a essa verdade, mas que, na eventualidade, coloca-se como intérprete de seus próprios vestígios, compreendendo-os não mais de um ponto privilegiado e único, e sim em razão de uma de uma alteridade, à margem da mera racionalidade, como possibilidade de ação que possui, ao atuar criticamente sobre uma dada realidade marcada por toda sorte de injustiças.

E o clima e a atmosfera não poderiam ser mais propícios para o aparecimento deste compromisso, o qual insculpe um modo de vida em que se vive o próprio pensar para inventar, pelo pensamento, novos horizontes e ações contrafáticas. A virada do século XIX para o XX demarcou uma tomada de posição dos filósofos dessa época, como Marx, Kierkegaard, Freud e, sobretudo, Nietzsche, contra a moral formalista kantiana, fundada na razão universal, buscando-se assim um sentido do homem concreto da ação moral.

Na verdade, o próprio discurso antropológico abandona a noção de realização humana para passar a considerar as realizações do homem. Quando no contexto contemporâneo se fala

⁵⁵ DOUZINAS, op. cit., p. 213-214, segundo o qual: “essa essência da humanidade, de ser (um) humano, que deveria estar presente tanto na universalidade da espécie quanto na singularidade do indivíduo, ao mesmo tempo como uma realidade e como uma norma ou uma possibilidade, é a subjetividade [...] Esta foi a base do humanismo moderno. Quando o Ser do ser humano é apresentado exclusivamente em termos de sujeito consciente, que explica o mundo e o compreende por meio da redução do ser à (auto-) representação, “o homem se torna o centro relacional daquilo que existe como tal”.

de realização humana, ninguém sabe identificar o modelo de homem a que se reporta, porque ele aparece, assim, fragmentado entre uma multiplicidade de objetivos de vida que não consegue conjugar e cuja unidade vital, tão vital quanto a sua própria unidade ôntica, parece verdadeiramente inexistente. Nesse ideal de realização fragmentado, é o próprio homem que se fragmenta e dispersa, perdendo aquela unidade de vida própria dos entes.

Os egos único, uno e simples dão lugar à construção de uma multiplicidade de egos, tanto quanto possíveis os universos culturais a que cada indivíduo pertença. Surge assim, para cada ser, um eu profissional, um eu cônjuge, um eu pai/mãe, um eu cidadão, um eu religioso, etc. Surge, em detrimento do ser abstrato moderno, o ser real.

Dessa forma, numa realidade social cada vez mais complexa, circunstâncias particulares existenciais contingentes confundem-se com questões públicas. Aquele sujeito ou indivíduo ou ser racional de outrora torna-se um ser concreto pluriversal.

No entanto, essa pluriversalidade do homem não foi capaz de dar resposta à radical necessidade conhecer os fins últimos da ontologia. O problema da realização do homem aparece, neste contexto, sem uma verdadeira resposta. Mas a falta de respostas, nesse sentido, na contemporaneidade, não é o real problema.

Atualmente, na modernidade contemporânea, o sujeito avoca essa postura quase que niilista-nietzschiana⁵⁶, em que, ao despedir-se da sua subjetividade racional, reconhece-se agora entendido criticamente no substrato etimológico do *subjectum* ético.

Isto é, como aquilo que é posto sobre, que permanece na mudança das configurações acidentais e contingenciais e garante a unidade do processo, ao contrário daquele sujeito moderno cartesiano, caracterizado num tipo-ideal, em termos de objetividade, como evidência, estabilidade, totalidade e certeza, mas cuja historicidade, em termos práticos e utilitários, provou exatamente do que era capaz.

Tal homem histórico e concreto, em detrimento do aparente (racional e que não se conhece irredutível à natureza), não mais pautado pela reles mediocridade, destrói a religião, deuses, demônios, assola a razão puramente abstrata e transcendental e até a si mesmo, reinventando-se, abrindo conquanto os caminhos para uma existência moral autêntica, sem que se sucumba a tentação de dominar o outro e ao mundo, única e exclusivamente por considerar a diferença um sinal de inferioridade.

Seus diversos modelos de realização apenas são capazes de revelar a ausência de qualquer ideal superior absoluto de realização capaz de dar sentido à realidade humana. E,

⁵⁶ Cf. ARANHA, M. L de A. **Temas de filosofia**. São Paulo: Moderna 1992, p. 122.

mercê desta marcada ausência, o homem histórico e concreto, ético quanto à sua constituição natural, vai vivendo ou vai-se entretendo. Vive como se nunca morresse e morre sem saber para que tinha vivido. Afinal, na humanidade, há sempre um vazio que ela não consegue preencher e talvez seja essa mesma a razão da existência

1.2 Necessidade de redimensionamento do direito subjetivo

Havidos por analisados alguns dos aspectos ontológicos fundamentais da filosofia do sujeito, com, sobretudo, foco nas nuances e vicissitudes encetadas pela Modernidade, entende-se desde já que um balanço consciente das questões inerentes aos tempos contemporâneos permita e favoreça a ampliação dos horizontes de reflexão e de discussão até aqui ensejados, dotando de características mais tematizáveis as rápidas, enervantes e vigorosas mudanças, as quais a sociedade hodierna tem frequentado.

Conforme processado até aqui, a ciência bem como a razão surgiram então como as últimas grandes utopias da modernidade e serviram como referência para que os indivíduos ancorassem as suas identidades, vivências e idiossincrasias.

Essa realidade, que, por vezes, iluminou o sujeito, deu-lhe beatitude ou certa tranquilidade ou peso na alma ou lhe transfigurou a essência ontológica, não valeu muito se não fosse consumada por certa transformação desse mesmo sujeito, seja para o bem, seja para o mal⁵⁷. Este ser em geral, fruto da Modernidade clássica, só pôde revelar-se tão quanto intimamente inseparável de sua possibilidade de abertura quanto de seu esquecimento⁵⁸.

A par dessa crise da Modernidade – que culminou também na do ser ontológico, perpassando pela premência de seu atual resgate, denunciada até aqui, denota ser preciso repensar a capacidade ontológica dos seres, da vida, da razão, das idiossincrasias, da intersubjetividade e da alteridade⁵⁹, o que se passa a fazer a partir de então, com enfoque na necessidade de resignificação do novel direito subjetivo, cujas bases filosófico-jurídicas se fincaram e imbricaram também na Modernidade lógico-racional.

⁵⁷ FOUCAULT, op. cit., p. 20-21

⁵⁸ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Trad. Pegentino Setano Pivatto (coord.). Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 22.

⁵⁹ LÉVINAS, op. cit., p. 9.

1.2.1 Redimensionando o direito subjetivo em prol do ser ontológico: a questão do Direito ressignificado em torno do novel conteúdo semântico da pessoa humana

A partir de agora, ao lume de todas as considerações feitas até aqui, é preciso ter em conta que o domínio da humanidade não cumpriu suas promessas ou fez valer suas escolhas morais ou se chegou aos fins para os quais tentou constituir meios. O que se percebe da narrativa da humanidade é senão, na mesma baila dos avanços, uma série de fracassos e mentiras, que se encontraram ou se desconstruíram num momento peculiar da história da humanidade, que serviu valorativamente à capacidade de redefinir, completamente destituída de elementos assertivos e empiricamente comprováveis, quem ou que conta como humano.

Às duras penas, o que a história nos ensinou é que não houve nada de sagrado acerca de qualquer definição valorativa de humanidade e nada de eterno acerca de seu escopo. A humanidade e suas estruturas diversas não foram capazes de atuar como um princípio normativo valorativo *a priori*. Apesar de ter possuído certa voz na arquitetura de regras legais e morais, faltou à Modernidade encontrar um meio eficaz para atingir seu objetivo precípuo, qual seja um tipo global de atividade ou de realização aceitável da humanidade ontológica, que se desfez ou se diluiu no descalabro do tempo.

Sua função (da Modernidade) residiu não na essência filosófica, mas em sua não essência, no seu infindável processo de redefinição e na contínua, mas impossível, tentativa de escapar ao destino e à determinação externa. Desse modo, a contextura moderna apenas denotou que o ilusionismo da razão, pastiche do espírito dos seres lógicos/cartesianos/rationais, que se tornaram criticamente deslumbrados e acéticos às distorções de sua própria concepção, não os apartou a probabilidade de desacerto.

Na realidade, apenas mascarou a extensão do que estaria para ser vivido ainda na linha temporal dos anos em que a própria modernidade começa a ser colocada em questão. O período, em si, leva a acreditar que a modernidade e a própria humanidade, sem embargo de suas vicissitudes, acolchoaram deveras um contíguo aparato teórico refinado, de marca racionalista, que inaugurou o criticismo, bem como confessou a inaptidão da razão em adentrar os mistérios da metafísica e os arcanos nobres e divinais da teologia, acarretando consigo concomitantemente o devaneio moral, o livre-arbítrio como premissa ética deontológica, subjetivista e racional-dedutiva, bem como a percepção de Direito como veemência adequada a regular o embate entre os alvedrios de direitos e deveres individuais em atrito, simulando a força do imperativo categórico na extensão prática social.

É bem pertinente, aliás, conjecturar que a desilusão ante a modernidade até desaguar na contemporaneidade é prenunciadora de muitos indicativos da necessidade de sua superação. A própria ideia de liberdade ou de direito subjetivo, por exemplo, cujo preceito se atém aos perímetros da própria pretensão de liberdade alardeada pelos seus escritos, nos quais se encontram ideias que propugnam a máxima liberdade individual, bem como a máxima responsabilidade individual, bem como a máxima capacidade para realizar essa responsabilidade individual, esse subjetivismo dá formação e fundamentação aos grandes pilares da ideia de Direito moderno.

O Direito, fincado na Modernidade, baseia-se na máxima popular, segundo a qual “minha liberdade vai até onde esbarra na do outro” ou esbarra na autonomia crítica de condução e de realização igualmente do dever, fincando-se quase sempre em individualismos solipsistas. A necessidade de superação dos cânones Modernos, diga-se de passagem, das condições da cegueira clássica e medieva, é condição imprescindível para forjar, assim, um novo futuro.

Aliás, deleita-se aquele que pretende ver no Direito o momento em que o espírito determina a liberdade, na medida em que é por meio dessa ciência que foram regulados os comportamentos de múltiplos sujeitos, na projeção da liberdade em sua exterioridade, ainda mais considerando-se a tarefa de fixar-se limites entre o justo e o injusto ou entre lícito e o ilícito ou entre o que se espera da conjecturação de uma ideia de pessoa humana, em suas dimensões relacional, protetiva e promovida.

Aliás, Direito, legalidade e Estado puderam desempenhar um papel garantidor deste contexto moderno, o qual mais se buscava a tutela dos interesses pessoais e sua realizabilidade e fortificação. Esse faceta da consciência da subjetividade ontológica, através da instauração de direitos e deveres subjetivos, dava-se especialmente nas regras que punham o sujeito na condição plenipotenciária de realização do jurídico em torno de seu conteúdo controlador, não necessariamente como uma espécie de instrumento neutro de controle social, ou de monopólio da produção normativa e da sobrevalorização de suas fontes ou autorreferenciado em si mesmo.

Há que se frisar o *modus operandi* de que se valeu o Direito em face do sistema de valores, que procurou conformar e confirmar na Modernidade, na medida em que foi um bom exemplo dessa atitude subjetivadora às avessas que paradoxalmente contribuiu para transformar cada ser titular de direitos e deveres em um mero objeto.

Neste âmbito, aliás, reconhecer parâmetros objetivos a título de juridicidade denuncia sorrateiramente o misticismo difundido da existência de métodos racionais para originar e constituir como última *ratio*, exata e peremptoriamente, a validade dos juízos jurídicos valorativos, quando na verdade toda e qualquer justificação racional esteve, em maior ou menor

escala, fadada ao fracasso, porque ora pôde servir para legitimar certos atos, ora para deslegitimar outros, ora reduzir-se a um perigo instrumental retórico a serviço de interesses particulares, a cabo dos mandos e desmandos da burocracia nacional estatal, em plena ascensão.

Essa presunção racional do fenômeno jurídico, levada à cabo ainda em meados da Modernidade, valeu-se de uma atividade de valoração, que não necessariamente opusera problemas afetos à concepção pronta e acabada de certos institutos, categorias, princípios ou *standards* jurídicos, que foram desde a ambiguidade de sua definição, à ambivalência no que se refere à autonomia da indivíduo, à dificuldade de identificação e de nomeação de seus titulares, à questão de ser tais postulados ou não um conceito fundador ou derivado até seu caráter absoluto ou relativo.

Essa aparente atividade racional valorativa de categorização dos institutos jurídicos não solucionava essencialmente problemas afetos à era Moderna. Pelo contrário, apesar da influência cada vez mais contínua desse modelo de categorização racional inclusive do jurídico, a sua premissa, muitas vezes dotada de forma genealógica e teológica e secularizada e sistemática, desfaleceu falaciosa, porque juridicamente dotou o ser humano de um predicado tipológico vazio (racional) e desprovido de características substantivas (ontológicas) ou de um mínimo de substância (o ser em si mesmo), ao mesmo tempo que lhe imbuíu (o ser humano) de um certo abstrairmento descomedidamente transcendental, na medida em que seu requinte exageradamente abstrato constituiu seu próprio defeito prático ou seu grave problema arquitetural e ordenador de aplicação.

Essa neutralidade ou imparcialidade jurídica, tipicamente moderno-racional, que ignorou o sujeito real ao qual a lei geralmente prevê, não tendo-o alcançado diretamente, e cujo cume de glorificação e fetichismo é atingido no século XIX, especialmente com as escolas Pandectista e da Exegese, afirmou-se durante muito como fruto da dominação legal racional e do modelo fundante de relações estruturais do corporativismo jurídico, a partir da estabilização e manutenção da burocracia, que é a máxima expressão da literalidade das regras, dos procedimentos e da constância e equilíbrio das instituições estatais.

Aliás, o Estado, em tese, era quem dotava sujeitos enquanto titulares de direitos e deveres, no mesmo passo que tais sujeitos apenas serviam para instrumentalizar relações permitidas por um dado soberano. Sob esse aspecto, por muito tempo, proteção da propriedade privada, valorização da iniciativa autoral, sedimentação das forças produtivas, o afastamento do banditismo e banimento dos loucos e desvairados, a tudo isso o Direito subjetivo serviu.

Ele, aliás, há muito não surgiu de modo casual, mas enquanto arquétipo paradigmático, controlador e gestor dos interesses liberais preconceituosos em pleno vigor, que tinham em

conta um único modelo de homem, cuja tutela se fazia premente para sustentação do projeto liberal, burguês, repressor e controlador, típico da modernidade lógico-racional. Em verdade, o fetichismo legal, que, unilateralista, funcionou, em última análise, como maquinismo de discriminação social, desenvolveu uma hermenêutica meramente legalista, que aplicar-se-ia, normalmente de maneira negativa, àqueles que não se encontravam em condições de exercer os seus direitos maneira livre, mesmo quando estes encontravam-se afiançados legalmente nas primeiras cartas de direitos ou primeiras constituições.

Poder-se-ia até dizer que o Direito, fincado em raízes modernas, era impregnado de tendências totalitárias, apesar de seu forte esforço e enfoque subjetivos. Ou seja, ainda que se positivassem e se proliferassem os ecos da Revolução Gloriosa, Americana e Francesa, o sujeito (como sujeitado) ou indivíduo (sem limites) é assumido como uma parte descartável e invisível do sistema e da ordem jurídicas, que afugentavam numa malha profunda os interesses humanos, escravizando-lhes a vontade, na medida em que prevalecia o intento de afirmação do grupo como um todo, como força corporificada no Direito, no Estado e no mercado.

Esse falacioso humanismo – o qual acabou por influenciar, inclusive, a cultura jurídica em sua gênese e formação – discorria mais sobre a história e a utopia. O que não estava previsto ou o que estava previsto, mas cujo efeito daninho não pudesse ser calculado a partir dos desvios, deveria se extirpado. A questão era substituir a mesquinharia dos grandes pela grandeza do Estado Leviatã, a quem a estrutura do Direito de fato convinha.

Houve, assim, na modernidade clássica, vigando de vez na contemporânea, na mensagem de Foucault⁶⁰, o crescimento de tramas e de transações de poder, emaranhadas em várias extensões das práticas sociais, exato comburente para nutrir o fogaréu do modelo de

⁶⁰ Cf. FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos. IV: estratégia, poder-saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 258-259. O filósofo Michel Foucault viu o século XX organizado em torno de sólidas instituições sociais, que serviam para garantir a ordem, mas que afetavam também a constituição de quem somos e do que regia o nosso modo de viver. Foucault colocou em debate verdades até então inquestionáveis, no campo da justiça, do saber médico, das regras de conduta sexual. Ele viu a filosofia como um modo de vida, em que estéticas da existência visam à constituição de subjetividades éticas, a partir das práticas da liberdade e das contracondutas em direção a uma vida não-fascista. De acordo com Foucault, o poder (ou tecnologias de poder ou a biopolítica) é repressivo, exerce-se em rede, transita pelos indivíduos, não cria canais de comunicação, gera conflitos e define quem nós somos, define nossos desejos, produz corpos dóceis e nos impede de ser, agindo não sobre a consciência, mas sobre os corpos e a alma. Foucault vai além e faz um jogo de forças, em que traz um novo poder ou o sujeito como positividade, no sentido de fazer acontecer (governamentalidade). Ao tentar entender os sujeitos, ampliou, assim, o olhar da filosofia incluindo a dimensão histórica, revisitando a psiquiatria, fazendo a genealogia das prisões e buscando entender a sexualidade. Ele faz uma analítica do poder, no sentido de entender a modernidade contemporânea. Inclusive, quando Foucault analisa o neoliberalismo, afirma que para este a produção da subjetividade é fundamental. Não um sujeito de direitos, mas um sujeito de interesse, competitivo, que possa ser empresário de si mesmo. A análise não é necessariamente econômica, mas pela questão da subjetividade ou, mais precisamente, por como a produção neoliberal afeta o sujeito. Assim, a identidade é uma imposição do Estado de cima para baixo. Mas Foucault trabalha com a ideia de identidade a partir da interioridade, onde o sujeito existe no fundo dele mesmo.

controle da sociedade moderna. Nos séculos XVII e XVIII, nada obstante, pulularam ideias as mais diversas, de cunho especialmente contratualistas e naturalistas, com enfoque no jusnaturalismo⁶¹, que fundamentaram esse Direito tipológico, instrumental, utilitarista e pragmático, por vezes idealizado numa suposta natureza humana, que mais toava ao aparelhamento e operacionalização do esquematismo racional a serviço do ensurdecimento e manipulação sob o véu sorrateiro da ignorância de seus próprios problemas.

Segundo Douzinas, um imenso paradoxo caracterizaria a matriz jurídica dos direitos e dos deveres, calcados nesta suposta natureza humana, e “parte do problema derivaria de um senso histórico e de uma consciência política dos liberais deploravelmente inadequados [...] a um mundo atomocêntrico, [...] motivados pela cegueira objetiva”⁶².

Neste viés, a observação da composição natural dos seres humanos poderia até indicar que as pessoas viviam e coexistiam nas cidades ou na pólis, ou em feudos, ou em repúblicas, ou em monarquias ou em democracias, como animais políticos, sociais ou racionais, dotados de certa dignidade e sem qualquer valor mercadológico.

No papel, ao menos, era essa a dignidade que se buscava. De fato, não haveria como existir uma natureza humana individual isolada fora do grupo, não existiriam indivíduos isolados a serem encontrados na condição natural⁶³. Contudo, essa premissa, herança aristotélica, há muito cunhada nos anais da civilização, como já denunciado nos argumentos anteriores, mais beirava à normalização ou normatização da homogeneização e da pasteurização do homem modelo, dotado de dignidade, a despeito de sua real importância no plano não só do ser, como também do dever-ser:

A ideia de um contrato original foi seguida pelo mecanismo de um estado de natureza no qual os homens viviam antes de ingressarem na sociedade ou no Estado. [...] A natureza de Rousseau, Hobbes e Locke representava uma tentativa de desvendar os elementos comuns da humanidade, o menor denominador comum por trás das diferentes características e idiossincrasias individuais, sociais e nacionais. Essa busca pelo permanente, universal e eterno tinha de subtrair das pessoas empíricas o que quer que os fatores históricos, locais ou contingentes tivessem adicionado a sua natureza. [...] Como representante da espécie, o homem era um construto artificial da razão, um ser humano despido, dotado apenas de lógica, fortes instintos de sobrevivência e um senso de moralidade. [...] Todavia, apesar das afirmações em contrário, o homem da natureza não estava totalmente despido: seus instintos e impulsos naturais diferiam de

⁶¹ Cf. RENAUT, op. cit., p. 10, para que “assim, o direito natural moderno será um direito subjetivo, criado e definido pela razão humana (racionalismo jurídico) ou pela vontade humana (voluntarismo jurídico), e não mais um direito objetivo, inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo. É assim, ainda, que as sociedades modernas se conceberão, no registro político, plenamente auto-instituídas por meio do esquema do contratualismo: o humanismo jurídico, aplicando ao direito a convicção de que é o homem é o princípio de toda normatização, tomará como pressuposto que o homem é o autor do seu direito e que desse direito se afirma unicamente por ser fundado sobre o acordo contratual das partes interessadas”.

⁶² DOUZINAS, op. cit., p. 13-17.

⁶³ DOUZINAS, op. cit., p. 48.

um para o outro. [...] A abstração, a remoção de características concretas, foram vistas como logicamente necessária. [...] Normas jurídicas e relações sociais foram vergonhosamente subtraídas de proposições normativas axiomáticas (mal original e desejo de segurança, bem original e sociabilidade, liberdade individual e necessidade de restringi-la, etc.).⁶⁴

Da citação acima, percebe-se que, nessa perspectiva, as sociedades e a juridicidade, incumbiram-se de um papel antes atribuído à natureza objetiva ou ao curso real da história, muito denotando nessa conjuntura que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer a uma suposta humanidade, deveria ser garantido pelo próprio povo, ainda que de forma contratualizada num Estado forte, muito embora imperasse o *pacta sunt servanda*, como lei entre as partes, independentemente de eventual postura absenteísta da dinâmica liberalista.

Assevere-se, novamente, o momento elucidado não deixou de justificar a cultura da sociedade que procurava edificar. Tanto é verdade que um dos princípios basilares deste movimento jurídico moderno era a autonomia da vontade, acompanhada de outros valores basilares do direito privado, tudo, enfim, colaborando para a condensação do repositório das garantias e prerrogativas burguesas.

Ainda, o Direito vigente era de cunho jusnaturalista. O jusnaturalismo, aliás, foi um fenômeno que teve ampla influência nos preceitos políticos de convergência liberal⁶⁵. Ao resolver-se questões as mais diversas pelo direito natural, já que subjetivo, tinha-se por atenuada sua a própria força, haja vista o exercício das prerrogativas, em muito, ficar a cargo da voluntariedade do indivíduo, o que decorreu também do aparecimento de um Estado que definia a lei objetiva, mas não se imiscuía peremptoriamente nas questões de cunho privado, não havendo muita possibilidade para que o jurista exercitasse seriamente a sua tarefa.

Neste passo, com a evolução das sociedades antigas, chegando ao limiar dos tempos modernos até sua crise, o Direito então foi se alargando para o impulso histórico da a legislação⁶⁶, desenvolvendo-se nos moldes do racionalismo, exprimindo-se em uma concepção

⁶⁴ Idem, p. 78-79

⁶⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 424, para quem na base desta reflexão localiza-se: “a Escola do Direito Natural no século XVII, a filosofia das luzes do século XVIII, com Grotius, Locke, Pufendorf, Vattel, Montesquieu e, sobretudo, Rousseau, estão na origem das declarações dos direitos do século XVIII. Certas ideias dos *Bill of Rights* são tiradas da obra de Locke; uma grande parte da Declaração de 1789 provém diretamente de Rousseau; a Declaração de 1793, que precede a Constituição do ano I, afirma que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais são ‘a causa única das desgraças do mundo’”.

⁶⁶ Cf. BITTAR, op. cit., p. 72-73. Principalmente com o desenvolvimento da escola Pandectista, o Direito vingou como um corpo de regras, cujo modelo era o direito romano (Alemanha, Glück, Windscheid, Jellinek). Na escola da Exegese, a codificação atingiu seu ápice como uma espécie de iconização dogmático-exegética, guiada pelo axioma da intocabilidade do sentido normativo atribuído pelo legislador (França, Demolombe, Troplong, Laurent, Aubry et Rau). No passo da jurisprudência dos conceitos, o ordenamento jurídico foi interpretado num sistema de regras (Jhering e Puchta). Em todas essas escolas, havia a proclamação da ordem, da clareza, da objetividade, da legalidade e da literalidade. A única voz dissonante, em todo esse contexto, foi a Escola Histórica, comandada por

orgânica, renascendo a partir da dupla exigência de pôr ordem no caos do jusnaturalismo primitivo, como igualmente da necessidade de fornecer ao Estado de Direito as suas próprias bases⁶⁷. Conforme Boaventura Santos:

O Estado do século XIX foi concebido como a máquina perfeita de engenharia social. A sua constituição formal, mecânica e artificial, conferia-lhe uma força e uma plasticidade nunca antes conseguida por qualquer outra autoridade política. A força era simultaneamente externa e interna. [...] A plasticidade, resultante de uma maneabilidade institucional e jurídica praticamente infinitas, residia na capacidade do Estado para decidir quais os meios normais e anormais e quais os fins normais e anormais de transformação social. Estas extraordinárias características convertiam o Estado na unidade natural – de espacialidade e temporalidade homogêneas – da transformação social e da inteligibilidade social. Esta naturalização do Estado exigia a naturalização do direito moderno como direito estatal.⁶⁸

Ainda na via de Boaventura Santos, esse contexto pré-positivo, muito embora fosse negado cabalmente pela teoria positivista normativa⁶⁹, não se contaminava de nenhuma premissa externa e nada mais foi que fruto de uma concepção ideologicamente legitimadora muito bem determinada e claramente identificável, sobretudo, a de arquitetar a engenharia político-social e jurídica acima denunciada, qual seja a de normalização ou normatização da homogeneização e da pasteurização de um dado modelo de sociedade.

Lloyd, inclusive, destaca acerca do véu ideológico e do discurso legitimador da lei, que, participando deste arranjo ou aparelhamento simbólico, na sua formação e modificação, o sujeito ou o indivíduo, bem como as pessoas humanas, subordinadas a uma Estado regulador, na verdade, estariam compactuando e participando da configuração de si mesmos na forma e na semelhança do Estado que ajudaram a projetar, enquanto partícipes de padrões culturais de conduta ou de instituições que os libertaram senão de tomar decisões acerca de certo e errado, de justo e injusto, do que não vale e o que não vale, servindo senão a lei para garantir a segurança das relações por elas encetadas, de onde, em maior ou menor escala, também derivaria a estabilidade da ordem:

Savigny, que se opôs a criação de um Código Alemão, dotando de força o *volkgeist*, os costumes e as fontes históricas do direito.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119-120.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001, p. 170.

⁶⁹ Cf. Kelsen Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 118-119 que cabalmente nega o teor ideológico de sua teoria pura ao afirmar que "[...] tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito Positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ideal ou justo. (...) Impede que, em nome da ciência, se confira ao Direito Positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, [...] ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que tem um caráter ideológico". Com efeito, embora diga isso expressamente, Kelsen bebeu bastante do manancial social, cultural, econômico e teórico de seu tempo para fundamentar sua teoria.

Quando nos referimos a alguma ideia ou conceito sendo de caráter ideológico, queremos dizer com isso que faz parte de nossa concepção do mundo, da relação do homem com o mundo e com a sociedade em todas as suas manifestações. A ideia de lei certamente participa desse caráter ideológico e o nosso ponto de vista será, inevitavelmente, influenciado pelo nosso pensamento geral acerca do lugar do homem no mundo, pela opinião que adotamos sobre a natureza do homem ou da condição humana, como alguns autores modernos preferem chamar, e sobre as finalidades ou propósitos que o homem pode ser chamado ou solicitado a realizar.⁷⁰

Não de outro modo, essa ideologia legitimadora ou, melhor frisando, a institucionalização legal da existência apontava para três aspectos básicos, que deram guarida a essa sociedade moderna, homogeneizada que se buscava estruturar.

Primeiro, os padrões de conduta regulados pelas instituições referiram-se a problemas básicos e permanentes de qualquer sociedade. Segundo, as instituições tiveram que regulamentar a conduta dos indivíduos na sociedade de acordo com padrões ou modelos definidos, duradouros e organizados. E, finalmente, tais modelos implicaram uma regulamentação normativa definida, isto é, uma regulamentação que se assentava em normas e em sanções legitimadas por estas normas.

Nesse passo, ao adquirirem historicidade, tais instituições reforçaram sua própria objetividade. Quer-se dizer, com isso, que elas agora seriam experimentadas como possuindo certa espessura e uma realidade própria, apresentando-se aos sujeitos como um fato real, definido, ainda que externo, porém coercitivo⁷¹.

As instituições edificadas até a Modernidade, como fatos que são, ademais, figuram como um importante dado prévio do Direito. Sem elas, sem as conexões institucionais, jamais seriam possíveis a articulação e sistematização do material jurídico tendente à juridificação⁷².

Destarte, ideológica e legitimamente, o Estado de Direito, adquirindo soberania e preponderância⁷³, decorreu exatamente da conjuntura de tais fatores até aqui delineados, sobretudo do princípio da legalidade, como uma espécie de libelo antimonárquico, bem como eliminando progressivamente o costume⁷⁴, na mesma medida em que lançava as bases de funcionamento das instituições civis e das práticas jurídicas e judiciais, vinculando-as a procedimentos formais e escritos.

⁷⁰ LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 3.

⁷¹ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 16-21.

⁷² MACHADO, op. cit., p. 28.

⁷³ Nesse sentido, Hobbes, *Leviatã*, procurou aquilatar logicamente, a partir das evidências concernentes às conceituações matemáticas, suas conclusões acerca da legitimidade do Estado e do poder soberano, ponderando ser esta a única maneira de se pensar uma verdadeira ciência política e jurídica, dissociada das paixões humanas. Bobbio, inclusive, considera que a premissa hobbesiana é uma das raízes do positivismo jurídico. In: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 34.

⁷⁴ Cf. GILISSEN, op. cit., p. 291, para quem: “Na época moderna, pelo contrário, a relação entre as duas principais fontes do direito é totalmente diferente: a lei adquire a preponderância, eliminando progressivamente o costume”.

Noutras palavras, se havia regras pré-determinadas, as condutas seriam definidas de acordo com tais regras. O Estado só poderia fixar regras obrigatórias sob a forma de lei. Novamente, consonante Lioyd:

[...] era um dos objetivos do pensamento positivista estabelecer a autonomia da lei como um sistema de normas positivas cuja validade pode ser determinada dentro da estrutura básica do próprio sistema jurídico, sem recurso a nenhum outro sistema, seja religioso, moral, etc. Além disso, a ideia de direito positivo parece também acarretar a noção de uma regra estabelecida por algum legislador humano identificável. A teoria de que todo o Estado independente possuía necessariamente o poder soberano de legislação apontou o caminho para mostrar como a lei estava apta a possuir autonomia sem recorrer a alguma autoridade externa. Pois a própria soberania era um conceito jurídico e se o direito positivo podia ser definido em termos de soberania, então aí estava um padrão suficiente pelo qual a validade legal podia ser testada e demonstrada, livre de quaisquer considerações extrajurídicas.⁷⁵

Considerando esta tessitura, buscava-se, dessa forma, dar prosseguimento a um projeto cuja diretiva era pura e simplesmente proteger a propriedade e a autonomia contratual, além de conferir segurança jurídica ao tráfico jurídico, imprescindível ao desenvolvimento do capitalismo. Demais disso, em contrapartida, os totalitarismos sistêmicos, o imperialismo do eu como vontade-poder e os reducionismos daí decorrentes produziram um desastre do humano que nenhuma consciência, ainda que jurídica, poderia jamais desconsiderar.

Com a vontade de edificação e consequente erosão do todo absoluto, o próprio ser humano ficou exposto como banalidade aniquilável ou manipulável. Inobstante, ao homem de outrora, previsto inclusive em instrumentos jurídicos normativos, diga-se de passagem, cabia votar, ter alguns direitos e ser súdito cumprindo deveres. Essa ideia de ser sujeito remonta ao fato de que o Estado asseguraria aos cidadãos certas prerrogativas personalíssimas, mas, em contrapartida, poderia deles cobrar as mais desvairadas obrigações, ainda que fossem obrigações mínimas em nome de uma certa ordem política, econômica, jurídica e social.

Daí que, consonante Costas Douzinas, em sua crítica ao vocábulo *humanidade*, referido autor afirma que esta “é identificada não como algo dado ou como uma essência, seja ela natural ou supranatural, mas com uma prática ou tarefa: a tarefa de autoemancipação de toda dominação e sujeição por meio de um acesso coletivo e universal à política”⁷⁶.

Contudo, aí jaz o seu próprio paradoxo da irrealização essencial e fenomenal de sua textura, já que teve por fito inicialmente a proteção de um típico animal político, pensado idealística e abstratamente, sem referenciar o povo-massa, na realidade de sua estrutura

⁷⁵ LIOYD, op. cit., p. 215. Apesar do exposto acima, é sabido que a ênfase na legalidade não é novidade da modernidade nem invenção do positivismo jurídico. A palavra *codex*, por exemplo, remonta à tradição romana.

⁷⁶ DOUZINAS, op. cit., p. 184.

culturoológica, nas suas maneiras tradicionais de vivência cidadã, animal político este a que Oliveira Vianna chamou de:

Ente da razão, como se diz em metafísica, uma espécie de símbolo algébrico – o cidadão-tipo [...] que haviam pensando os teóricos do Enciclopedismo e da Soberania do Povo. É sobre esta abstração, é sobre esta criação utópica (que não tem, nem pode ter realidade objetiva em parte alguma e da qual só o *citizen* anglo-saxônico é o tipo que mais se aproxima); é sobre este ‘sonho’ que os nossos técnicos de direito público constroem os seus sistemas políticos para o Brasil; e formulam as suas doutrinas constitucionais para o Brasil; e outorgam ao Brasil – que eles ignoram visceralmente – Constituições modelares e, o que é mais, cautelosamente envolvidas no zainfe sagrado da intangibilidade⁷⁷.

A antinomia denunciada tanto por Douzinas quanto por Oliveira Viana é clara: porque, embora fincada no espírito natural de independência, autonomia, autossuficiência ou de luta por direitos, o que mais se viu até aqui foi a sujeição da humanidade a toda sorte de delírios e desatinos. Noutras palavras, o ser foi filosoficamente aclamado à existência como uma entidade desejante e autônoma, mas sua genealogia é uma de sujeição à lei e dominação pelo poder.

Quer-se dizer, na verdade, que a vida e a natureza modernas se volveram, ambas, alheias ao ser ontológico, no sentido de que a razão de ser da humanidade, de um modo geral, já não podia mais ser compreendida em termos nem de uma (emancipação) nem de outra (história). Nem mesmo o próprio Direito poderia vingar assim, diluído na contemporaneidade, ainda que a realidade vigente não seja das mais otimistas, sob esta ótica.

Daí porque resgatar, ao menos nesta pesquisa, a ontologia do ser conduz, pois, a distinguir entre o factual ou factível ou verificável, aqui entendido como algo inquestionável em virtude de sua própria objetividade, e o normativo, isto é, aquilo a que Adriano de Cupis incumbe ao ordenamento jurídico – através do Estado – de figurar enquanto árbitro de atribuição ou de qualificação normativa.⁷⁸

Logo, a importância de resgatar a essência da subjetividade ou do eu (ou nós) ontológico (s) – que demanda ser perfilhada pela zetética e dogmática jurídica, necessita ser distinguida de toda e qualquer mera individualidade dada, pelo fato de sua identidade não ser feita do que a distingue dos outros, mas de sua referência a si mesma. Aliás, relegar ao Estado o imperativo empirista ou mecanicista de dizer ou avaliar ou valorar o que é a pessoa humana, ou o que é, por exemplo, dignidade, como fatos também objetivos, dão margem para visões circunstanciais totalitárias ou autoritárias ou excludentes, em que, por vias alhures de igual inspiração, anula-

⁷⁷ VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 357-358.

⁷⁸ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008, p. 20.

se o sentido humano ou deveras ontológico da pessoa para privilegiar determinadas categorias ou grupos em detrimento de outros.

Não de outro modo, essa postura de transformar uma entidade ou atividade ou a própria humanidade em valor, por exemplo, definir uma pessoa como alguém com dignidade humana ou transformar a atitude de alguém em relação a outro em um caso de obediência à lei moral ou jurídica, ou apresentar uma obra como um objeto artístico, priva esses seres e entes de seu valor intrínseco e temporariamente os torna objetos de valoração e avaliação. No entanto, argumentar contra valores não significa que o que é interpretado como valor seja desprovido de valor.

Significa insistir que uma coisa em seu ser não é esgotada por ser um objeto valioso. Por exemplo, chamar a Deus ou reificar o ser ou o sujeito em sua imagem e semelhança como o mais alto valor divino ou terreno significa degradar a essência de Deus ou do ser ontológico, conforme bem compreendeu a teologia negativa.

Desse modo, o Direito, então, a despeito de funcionar como um sistema-poder qualificador ou legitimador, precisa ir além do que buscou conformar e confirmar até então em torno de categorias ou *standards* jurídicos valorizados ou valorativos. Daí porque a necessidade de ressignificação do direito subjetivo, trabalhada neste tópico, que precisa ir além da mera conotação de individualidade, ou de racionalidade ou de mero instrumento para servir de aporte às relações jurídicas.

A despeito da ideia de humanidade que também é predicado de toda e qualquer pessoa, mas que foi subjetivada valorativamente com o passar dos tempos, é também necessário considerar o que o ser ontológico tem por si mesmo ou sua verdade única e não excludente. E aqui, desde já, nesta tentativa de ressignificação do Direito moderno, resgata-se filosófica e juridicamente no âmbito da temática personalista, para fins de melhor trabalhar os temas futuros, justamente aqueles pressupostos ontológicos trabalhados *ab initio*, que foram perdidos em algum momento da história, mais precisamente durante a era Moderna, a fim de que se chegue numa melhor compreensão sobre a pessoa humana e de sua personalidade, que se aplique aos objetivos deste trabalho.

Portanto, ainda que as grandes questões jurídicas sejam decididas antes da interpretação e da decisão, sem embargo da hermenêutica e da teoria da argumentação, o Direito dito subjetivo (e, quiçá, personalíssimo) atual necessita especialmente, em uma perspectiva realista de mera percepção e de reconhecimento, enquanto ressignificado, independentemente de qualquer ideologia ou fundamentação relativista, corroborar, garantir, cristalizar a eficácia e a estabilização da existência correlata à essência ou dos fatos e das tradições, sentimentos, condutas, costumes, que tenham em conta o ser ontológico, dotado de essência, totalidade e de

unidade, ou a estima da personalidade em alteridade e em importância, pois matéria de constatação, indisponibilidade e intangibilidade.

Afinal, a pessoa humana, que se pretende trabalhar no capítulos vindouros desta pesquisa, como consequência do ser ontológico, ressignificada ou repactuada semanticamente na contemporaneidade, mais que ser o cidadão, ou o sujeito ou indivíduo, arquétipo das eras pregressas, não é só titularizar direitos ou obrigações, para ser mais ou menos digno ou reunir condições de vida digna, ou tão somente instrumentalizar essa ou aquela relação social, política ou jurídica. Ser pessoa, como dito, é essência e existência, graças às indicações peculiares e reais que tornem cada ser, no mundo, algo deveras único. O ser ontológico – tido por pessoa – o é porque unidade e totalidade de relações interdependentes e das quais nenhuma parte pode ser isolada enquanto o processo vivo de existir continua.

2 O POSITIVISMO NA MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA

Contextualizada já inicialmente a modernidade clássica, para abarcar os matizes de seu espírito, que se diluíram indelevelmente na contemporaneidade, foi preciso sobrepujá-la, confrontando um problema de crise ontológica da subjetividade e genealógica do próprio Direito (subjetivo), fundado sistematicamente no ideal de coerção e dominação legal-racional, e no corporativismo jurídico-burocrático, quedando, pois, comprometido como a ordem política, social e econômica que sempre procurou conformar, no sentido de controle e pacificação social dos conflitos.

Dito isso, com vistas nas nuances dos problemas advindos da modernidade narrados no capítulo anterior, que desencadearam, consonante exposto, uma “crise” do ser ontológico e também uma espécie de ruptura radical com as pretensões iniciais da metafísica, é preciso confrontar a premissa de que o Direito, no afã de tornar-se uma ciência dogmática, com objeto precisamente neutro, acabou espelhando o formalismo clássico de sua gênese, degenerando-se para uma tendência eminentemente estanque, hierarquizada, distanciada e conservadora de usar seus personagens tão somente para servir de ambiente para a realização objetivamente de operações jurídicas⁷⁹, uma vez que engajada mais com o Direito ideal, e não fundamentalmente com o Direito que esperava-se ser real.

Neste segundo capítulo, obviamente, a proposta é justamente de crítica ao sistema da completitude e da concretude com que o sistema e ordenamento jurídicos foram assentando suas bases e, ainda assim, jazem posto hodiernamente, o que se perfaz num primeiro momento pela desconstrução literária do positivismo (científico e) jurídico, que, num querer megalomaniaco-racional, acabou por erguer mais adiante o instituto da dignidade humana à categoria de super-hiper-princípio e dimensão assaz de promoção e proteção da pessoa, como se capaz de resolver todos os problemas jurídicos de base ou como se suporte e aporte à realização de validade das premissas e dos postulados jurídicos de um modo geral, partindo de premissas teológicas e intuicionistas.

⁷⁹ KELSEN, op. cit., p. 188. Este autor, em obra célere sobre o positivismo jurídico, afirmou que “é sujeito jurídico, segundo a teoria tradicional, quem é sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou titularidade jurídica (*Berechtigung*) [...] nada mais significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas”. E completa afirmando que: “os conceitos personalísticos ‘sujeito jurídico’ [...] não são conceitos necessários para descrição do direito”. Noutras palavras, para teoria kelseniana, o sujeito detém capacidade postulatória, isto é, possibilidade jurídica inerente ao centro de ser titular de direitos e deveres. Personalidade jurídica e capacidade jurídica, nestes termos, interpenetram-se e se confundem.

Haja vista que amputa o Direito da realidade fático-social, de certo modo, procurar-se-á evitar, nesta pesquisa, o abalizamento do Direito contemporâneo na célebre e doutrinária imagem da pirâmide geométrica ou da árvore paradigmática de conceituações incapazes de serem traduzidas no campo jurídico concreto, cujo lastro não se reverte à melhoria da vida humana ou do suprimimento das necessidades mais mezinhas da sociedade.

Outra questão que desde já também precisa ser ponderada aqui diz respeito ao fato de que, embora caminhem no decorrer deste trabalho quase sempre juntos, sistema e ordenamento jurídico não necessariamente equivalem a uma mesma significação (conteúdo representado), comportando divergências e, inclusive, problemas semânticos.

Logo, a fim de que se evite o desgaste linguístico dos termos em comento, vide Bobbio⁸⁰, quando aqui se fala em sistema, na esteira de Lourival Vilanova⁸¹, pretende-se arregimentar a totalidade elementos interrelacionados de acordo com padrões lógicos de racionalidade. Nesse ínterim, o sistema jurídico, portanto, é um conjunto de normas, interpretações, decisões, posições doutrinárias e teóricas, dentre outros dados, vinculados a um nexo de fundamentação lógico de validade.

Já o ordenamento jurídico é o texto jurídico bruto em sua totalidade⁸², mais precisamente, é metaforicamente pura linguagem, isto é, um sistema de símbolos do discurso comum e técnico, com função mais sintática (gramatical, a norma por ela mesma), que semântica, isto é, axiológica⁸³.

Assim sendo, analogicamente, a partir de observações da dinâmica e da estática, respectivamente, o sistema⁸⁴ estaria para a Ciência do Direito (zetética e dogmática), ao passo

⁸⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 76.

⁸¹ Cf. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 47, para quem “o ser-sistema é a forma lógica mais abrangente. As partes são as proposições. Onde há sistema há relações e elementos, que se articulam segundo leis”.

⁸² Cf. ROBLES MORCHON, Gregório. **Teoria del derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho**. Vol. 1. Madrid: Civitas, 1998, p. 111. No original: “el ordenamiento es el texto jurídico em bruto en su totalidad, compuesto por textos concretos, los cuales son el resultado de decisiones concretas”. Bobbio, ao contrário, considera o ordenamento jurídico como sendo “o conjunto ou complexo ou sistema de normas”. Em compensação, terminologicamente, tem a palavra *direito* como sinônimo de “sistema normativo, não um tipo de norma”. In BOBBIO, **Teoria do Ordenamento jurídico**, 1999, p. 35 e 44.

⁸³ Cf. VILANOVA, op. cit., p. 214, ou seja, o ordenamento refere-se “a símbolos gráficos que se estruturam segundo leis sintáticas, irreduzível ao tipo descritivo”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 141, “o ordenamento é um conceito operacional que permite a integração de normas num conjunto, dentro do qual é possível identifica-las como normas jurídicas válidas.

⁸⁴ Cf. VILANOVA, op. cit., p. 225, para quem o “sistema é a linha tendencial do ordenamento jurídico positivo, em seu processo de racionalização. O sistema é o caso limite, o tipo ideal ou modelo de que o tipo empiricamente obtivo se aproxima”. Noutras palavras, igualmente, conforme o próprio Lourival Vilanova, à p. 135, “o ideal de sistematização é o termo final do processo histórico de racionalização”.

que o ordenamento, para o Direito Positivo em si (isto é, para a produção de normas jurídicas).⁸⁵ A linha tênue que os separa é verdadeiramente sutil, contudo, é importante que se faça menção a essa dicotomia, sob pena de tomar tais terminações como análogas e sem qualquer distinção.

Ademais, não bastando à filosofia do Direito discutir a dimensão ou a dogmática ou a letargia da justiça formal, conceitual e procedimental, logicamente, o viés aqui será levar em conta que o modelo atual de Direito, enquanto superestrutura capaz de promover e proteger o ser, deve assentar-se em algo mais profundo e permanente, e não necessariamente atravessar a ideia de ordenação estatal acerca de mais ou menos direitos ou super-princípios aptos à tutela da pessoa, porque todo o problema atual de imperativos jurídicos ou hipotéticos, por vezes abertos e indeterminados e calcados na falta de eficácia e de efetividade, demandando, por vezes, um controle judicial rigoroso, premido na supremacia da decisão, deve situar-se numa esfera mais profunda, correspondente ao substrato ético de ser pessoa no próprio direito.

A tônica aqui, como se perceberá adiante, será justamente, de modo teórico e juridicamente estruturado, de tecer uma crítica também transversal, precisamente, à supervalorização e à superdifusão da dignidade da pessoa humana e sua vocação – (pseudo) humanamente edificada – de muitas vezes tentar resolver o impossível, isto é, um defeito estrutural e substancial, ao longo do tempo, do próprio sistema jurídico, que, desde os meandros de sua criação enquanto teoria e ciência, no mesmo passo da modernidade clássica, deseja impor-se enquanto pronto e acabado, hermético e dogmático, neutro e racional, mas atualmente impróprio, porque pouco eficaz e eficiente para envolver a heterogeneidade da trama fática em que se apresenta.

2.1 Positivismo jurídico como postura científica

No mesmo estado de perspectivas críticas sobre surgimento, afirmação e derrocada do espírito moderno, fortaleceu-se em seu bojo, como visto ainda no final do capítulo anterior, uma forte cultura jurídica, favorável aos escopos pseudocientíficos do Direito. Antes⁸⁶, em formas arcaicas e modernas de sociedade, não se distinguia, com certo recorte e viés gnosiológico e epistemológico, típicos das ciências, ação e norma, nem mesmo o cognitivo e o normativo,

⁸⁵ Cf. Savigny, *apud* BOBBIO, in: **O positivismo jurídico**, p. 202, aponta para o fato de que o sistema não é bem o ordenamento tal como estabelecido pelo legislador, mas como elaborado pelo cientista do direito.

⁸⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 143, para quem “antes do século XIX, fazia-se diferença entre o velho e o novo direito, em termos diacrônicos: a prevalência de um sobre outro dependia de fatores temporais e empíricos”. Em suma, o novo direito tem relação com o fenômeno da positivação, no momento em que ocorre uma grande reestruturação do Direito cuja congruência assenta-se na vida social moderna.

tampouco os sujeitos, enquanto titulares de direitos. O Direito a rigor era disperso, havendo, todavia, superposição da cultura jurídica românica ou canônica⁸⁷, em que o intérprete a cargo da aplicação da lei poderia decidir as controvérsias que lhe fossem submetidas.

De igual forma, não existia aplicação do conteúdo do Direito por métodos, processos ou procedimentos, de sorte que quem incumbido do judiciário quedava imposto e legitimado através da força, conformando um projeto de cunho quase transcendental ou típico do idealismo racional ou kantiano, que durante muito fundamentou a realidade jurídica da modernidade⁸⁸.

O degingolar ideológico da juridificação legitimadora da vida reificada, corporificada e personificada via regras jurídicas, em face do controle e da pacificação social, de que passou a se incumbir o Direito, encontrou guarida preliminarmente no cartesianismo, sob o paradigma da ciência moderna e do princípio da certeza, os quais tiveram por finalidade a descrição do pensamento lógico-racional ao lume do espírito humano sem embargo das falsas razões e conclusões inverídicas; e, conseqüentemente, no pensamento de Augusto Comte⁸⁹, cuja filosofia e sociologia científica, pensada para ter deslindes de lógica situacional, prática ou política ou institucional⁹⁰ – inclusive formulada no afã de aprofundamento sistemático da *estática social* da perspectiva humanista moderna – alastrar-se-ia por todo o primeiro quartel do século XX.

⁸⁷ Cf. BITTAR, op. cit., p. 72: “a racionalização do direito se iniciou com a Escola dos Glosadores, especialmente com Acúrsio, no século XII, na Idade Média, passando à Escola dos Humanistas, especialmente com Cujácio, no século XVI, e à consciência doutrinária dos juristas do século XVIII, com Pothier”.

⁸⁸ Cf. BOBBIO, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 147 e 181. A perspectiva coercitiva do positivismo se caracteriza pela definição do Direito em razão da coação, de acordo com Thomasius. Kant também vai nessa direção, definindo o Direito como meio para garantir a coexistência das esferas de liberdade. Em *A Metafísica dos Costumes* afirma “o Direito é vinculado à faculdade de obrigar. Para Rudolf von Jhering, a coação é a realização da finalidade do direito. De outro lado, o positivismo imperativista compreende a eficácia social efetiva da norma como suficiente para explicar no plano jurídico a sua aceitação. É uma teoria que está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito, não tendo surgido necessariamente com o positivismo, haja vista uma longa tradição cultural precedente nesse sentido. Hobbes, Austin e Thon, dentre muitos outros, são expoentes dessa concepção.

⁸⁹ A origem do “Positivismo” é atribuída ao francês Augusto Comte (1798-1857), autor dos famosos *Système de philosophie positive* (1830-1842) e *Cathéchisme positiviste* (1852) e dos menos famosos *Système de politique positive* (1851-1854), *Appel aux conservateurs* (1855) e *Synthèse subjective* (1856), além de algumas outras publicações menores e de extensa correspondência. Segundo Alaor Barbosa, “a característica do positivismo é a romantização da ciência: a sua devoção o único guia da vida individual e associada ao homem, isto é, o único conhecimento, a única moral, a única religião possível”. Seus principais fundamentos são: “a ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência é o único válido; portanto, o recurso a causas ou princípios que não são acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimento; o método da ciência é puramente descritivo, no sentido de que descreve os fatos e mostra aquelas relações constantes entre fatos que são expressos pela lei e consentem a previsão dos mesmos fatos (COMTE); ou no sentido que mostra a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (SPENCER); o método da ciência, enquanto é o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana, e a vida humana inteira, individual ou associada deve ser guiada por ele”. In: ALAOR, BARBOSA. **Norberto Bobbio e o positivismo jurídico**. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, p. 283-292, jan./mar. 1988, p. 284.

⁹⁰ Cf. POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, et al. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 31-32. Nas ciências sociais, as premissas da explicação usualmente consistem em um modelo situacional e de um, assim, chamado princípio de racionalidade. Acerca destas explicações de lógica situacional, Popper as explica nas teses 25 (segundo a qual “o resultado mostra

Obviamente que, por uma questão de recorte teórico, histórico e metodológico, esta pesquisa não se destina a abordar o esquema cartesiano, tampouco o filosófico e sociológico comtiano exaustivamente, senão tangencialmente apenas para demonstrar e delinear o percurso andarilhado pelas ciências jurídicas, que desaguaram progressivamente no positivismo jurídico, que encontra na matriz de Hans Kelsen sua máxima exponencial⁹¹, enquanto teoria igualmente cartesiana e epistêmico-descritiva, com viés científico-metodológico de retratar científica e juridicamente o que de natural e efetivamente ocorre no mundo dos fatos.

Nesse sentido, de se considerar que tanto a ciência quanto o Direito, enquanto ciência, em seu nascedouro, vieram ao lume juntos, como aliados diretos do projeto de modernidade. Nesse sentido, sobre o positivismo, tem-se que é:

A consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é controle efetivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam em conjunto a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle. A ordem positivista tem, portanto, duas faces de *Junus*: é, simultaneamente, uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose entre as leis científicas e as leis positivas. A ciência moderna e o direito moderno são duas faces do conhecimento-regulação⁹².

que existe um método puramente objetivo nas ciências sociais, que bem pode ser chamado de método de compreensão objetiva ou situacional. Uma ciência orientada para a compreensão objetiva ou lógica situacional pode ser desenvolvida independentemente de todas as ideias subjetivas ou psicológicas") e 26 (segundo a qual "as explicações da lógica situacional aqui descritas são reconstruções racionais e teóricas. São simplificadas e esquematizadas por alto, e, conseqüentemente, são geralmente falsas. Apesar disso, podem possuir um conteúdo verdadeiro considerável e podem, no sentido estritamente lógico, ser boas aproximações da verdade e melhores do que outras explicações testáveis. Nesse sentido, o conceito lógico de aproximação da verdade é indispensável para uma ciência social que usa o método da análise situacional. Sobretudo é racional, empiricamente criticável, e capaz de melhoras").

⁹¹ Como bem afirmado, Kelsen é tão somente o maior exponencial do positivismo científico no âmbito do Direito. Isso não exclui a importância obviamente de seus predecessores teóricos, que rumaram igual e historicamente para empreender uma construção efetiva em bases mais sólidas do sistema jurídico. Savigny, Fichte, Schelling, Puchta, Heck, Stoll, Jhering, Windscheid, Bierling são bons exemplos desta fase inicial do positivismo, conhecida como romântica ou histórica ou como jurisprudência dos conceitos (pandectista) inicialmente e como jurisprudência dos interesses (axiológica) posteriormente. Outros autores clássicos, mais atuais, como Bobbio, Hart e Raz, também são expoentes desse esforço teórico positivista.

⁹² SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001, p. 141.

O positivismo jurídico, enquanto teoria ou ciência, mesmo que se deparasse com apologistas e detratores⁹³ de toda sorte, atingiu certa culminância com a Escola da Exegese, tendo crescido no século XIX, culminando no chamado legalismo, e ainda é atualmente de contribuição bastante notória para o pensamento normativista, sobretudo no vestígio de que fornece uma dimensão integrada, fundamentada, finalística e metodológica para o fenômeno jurídico, enquanto reflexo do positivismo científico.

Esse *ethos* científico-jurídico não somente conquistou e se alastrou entre as culturas ocidentais civilizadas, como permeou o modo pelo qual se fez e se praticou o Direito por todo o século XX, esmagando-se outras formas e práticas de justiça consensuais ou consuetudinárias:

Em suma, com a positivação ocorre uma radical reestruturação do Direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, o costume, a razão e passa, reconhecidamente, a basear-se na própria vida social moderna, com sua imensa capacidade para indiferença: indiferença quanto ao que valia e passa a valer (aceita-se tranquilamente a mudança), quanto à incompatibilidade de conteúdo (aceita-se a inconsistência e convive-se com ela), quanto às divergências de opinião⁹⁴.

A priori, essa atitude positivista no Direito, desde Savigny, passando pelo formalismo dos conceitos e o materialismo dos interesses, visitando a postura sociológica comtiana, inspirou-se bastante nas ciências exatas e se espalhou para a ciência jurídica como um todo, de maneira tal que o Direito, enquanto ciência social aplicada, deveria ater-se à mera discussão e ao comentário da legislação positiva.

Buscava-se então o purismo metodológico, a redução da ciência do Direito a uma enciclopédia de comentários às leis ou um trabalho de apuro conceitual e sistemático das regras de comportamentos normatizadas. Em específico, Kelsen, dessa contextura, aproveitou-se e se apropriou, para, então, lançar sua *Teoria Pura do Direito*, tendo como norte a afinidade de um método em meio ao Direito e à ciência, no afã de uma proposição legítima, que deveria nomeadamente ter em conta um dado objeto próprio.

De acordo com Karl Larenz:

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação de um método decorrem do significado, da especificidade estrutural do objecto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode, portanto, tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar também do próprio Direito. Toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exhibe necessariamente um duplo rosto - um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática dos seus métodos,

⁹³ Cf. FONSECA, Marcio Alves. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 154, tem-se que entre as manifestações antikelsenianas, que desenvolveram ideias refratárias ao pensamento puristas, encontram-se Rudolf Stammler, Chaïm Perelman, Reacséns Siches, Carlos Cossio, Theodor Viehweg.

⁹⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 179.

outro que se volta para a teoria do Direito [...]. Nesta dupla direcção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto.⁹⁵

Esse objeto da novel teoria jurídica pura que se buscava arquitetar deveria, ao menos em tese, ser dotado de camada ôntica, identidade, regularidade e mesmidade, isto é, de objetividade⁹⁶, que seria seu principal componente.

Foi então que a ciência dogmática se deparou com o conceito de norma e nele achou um instrumento operacional formidável para atingir sua tarefa analítica de moldar o Direito⁹⁷. Daí que a ciência jurídica, de cunho mais teórico, determinada tal como se apresenta, também denominada factual ou avalorativa ou de composição estritamente factual, socialmente fundamentada, passaria à tematização do estudo precipuamente das normas jurídicas, em sua frieza formal; em outros termos, demasiadamente, pelo seu conteúdo de validade, e, indiretamente, do teor dessas normas dado pela dinâmica dos comportamentos humanos condicionado por tais regras, sem se preocupar necessariamente com a justiça⁹⁸.

Neste sentido, acerca da falta de preocupação do Direito, geralmente, com a justiça da norma, Adeodato afirma que:

Filosoficamente, pode-se dizer que o positivismo jurídico se caracteriza por aceitar que o Direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é autorreferente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, à medida que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética necessária⁹⁹.

Novamente Karl Larenz pondera que essa novel Ciência ou Teoria Pura do Direito:

Trata-se de uma ciência jurídica que se orienta principalmente pela lei (ou, se se preferir, pela proposição jurídica) e não pelos casos já decididos; nem este carácter se pode considerar modificado pelo facto de a apreciação judicial do caso ter hoje entre nós um estatuto diferente do que teve outrora. Ela aparece-nos com efeito, na actualidade, já não como uma mera subsunção, mas como um processo intelectual multimodo, cujo resultado se repercute no conteúdo da própria proposição jurídica.¹⁰⁰

⁹⁵ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. XXII.

⁹⁶ Cf. POPPER, op. cit., p. 16. Ao expor algumas teses da lógica das ciências sociais, na sexta, Popper alude para o fato de que “o método das ciências sociais, como aquele das ciências naturais, [...] é um desenvolvimento crítico, consciente do método de ensaio e erro. A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico”.

⁹⁷ Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 70.

⁹⁸ Cf. KELSEN, op. cit., p. 19, segundo o qual: “A justiça é uma ideia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos.

⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

¹⁰⁰ LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, p. XXI.

Bastante esvaziado de conteúdo axiológico¹⁰¹, isto é, de aspectos sentimentais, relativistas e retóricos inerentes a toda discussão jurídica, que estava voltada mais para a compreensão da ideia de que o fenômeno jurídico só podia ser entendido como positivo, esse novo aspecto assumido pelo *ius positivum* forneceu uma dimensão integrada e científica do Direito consistente, em apertada síntese: no isolamento dele mesmo em relação à moral¹⁰², bem como dos demais ramos da ciência, desejando-se, pois, fincar-se como uma teoria ou um saber puros¹⁰³; na concepção de um ordenamento jurídico tão-somente ou predominantemente formado por regras escritas em instrumentos normativos; na constituição de um aparelhamento jurídico hierarquizado pelo parâmetro de validade formal¹⁰⁴; na interpretação e na aplicação do Direito apenas mediante o critério de adequação do fato social à norma¹⁰⁵; e, por fim, na concepção de que o Direito é também um conjunto de normas que regulam e aplicam o uso da força ou da coação (quando, como e a quantidade)¹⁰⁶.

¹⁰¹ O jusnaturalismo, como visto no tópico anterior, era demasiado valorativo. Inclusive, fez-se ainda no final do capítulo anterior uma crítica a este conteúdo deontológico do direito ideal, calcado em binômios valorativos de justo ou injusto, certo ou errado, moral ou imoral, digno ou indigno, humano ou animal, etc. Essa postura axiológica, de cunho maniqueísta, como visto, não se restringia necessariamente à realidade dos fatos, tendo servido à toda sorte de desatinos, que culminaram numa crise da modernidade clássica e, por conseguinte, também da humanidade, cuja semântica do ser ontológico se perdeu em algum lugar do tempo.

¹⁰² Segundo Kelsen, op. cit., p. 77-78 "embora as normas jurídicas, como prescrições de dever ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação de seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. [...] A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade".

¹⁰³ Mais uma vez, Kelsen, op. cit., p. p. 118-119, para quem "[...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito Positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ideal ou justo. [...] Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito Positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que [...] tem um caráter ideológico. [...] Com efeito, a ciência jurídica, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto".

¹⁰⁴ Para Kelsen, op. cit., p. 418, esse padrão ou critério de validade formal era a norma fundamental, que "não está 'contida' numa ordem jurídica positiva, isto é, posta, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico. (...) da norma fundamental resulta apenas a validade objetiva das normas e não as normas preenchidas de conteúdo". Ainda que Kelsen tivesse a intenção de separar-se completamente de qualquer base metafísica ou transcendental, ao pressupor uma norma fundamental de validade, muito embora buscasse o normativismo, libertando-se de elementos metajurídicos, metanormativos, aos quais imputava natureza ético-política de interesses escusos, porém, terminava por se apoiar justamente em elemento além ou aquém do jurídico. O que deveria haver é um normativismo puro baseado, não numa norma fundamental, mas sim na ausência do fenômeno político e ferramentas para evitá-lo.

¹⁰⁵ Kelsen, op. cit., p. 4-5: "A norma funciona como esquema de interpretação". Assim, "isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático, coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida".

¹⁰⁶ Idem, op. cit., p. 41. Segundo o próprio Kelsen, "uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção". No entanto, cf. ADEODATO, op. cit., p. 111-113, a ideia do uso da força como monopólio do Estado nem sempre foi exclusivo deste, sendo viável apenas em termos de pretensão ou de exclusividade deste usufruto. Aliás, a própria noção de Estado é bem anterior à ideia deste monopólio da força ou da coação/coerção. Daí porque parte da Doutrina, como Tércio S. Ferraz Junior (op. cit., p. 90), entende que a sanção não é elemento necessário da estrutura da norma.

Arelado ao imaginário da legalidade, da segurança, da certeza, do controle, da regularidade, da sistematicidade e da objetividade, nos dizeres de Carlos C. B. Bittar, o positivismo normativista de Kelsen foi um grande dispersor de fortes tendências teóricas, dentre as quais se destacam aquelas principais que distinguem seu pensamento, quais sejam:

1) a metodologia da ciência funcionando como uma forte bitola de delimitação das áreas de conhecimento, em que somente se entedia como concebível aquela forma de saber capaz de isolar-se de contaminações estranhas e externas por meio de um purismo e de um hermetismo científicos capazes de produzirem objetos delimitados e circunscritos; 2) a centralidade das reflexões jurídicas sobre o princípio de validade, questão que se torna foco de atenção de toda esquemática de funcionamento do sistema jurídico; 3) a redução do direito às regras postas pelo Estado, não importando os juízos de valor e a axiologia que viessem acoplados à moldura da norma jurídica; 4) a impossibilidade de fundamentação do sistema piramidal e hierárquico de normas e princípios externos ao próprio direito, para que a norma fundamental (*Grundnorm*), de conteúdo indeterminado, cumpre destacado papel de fechamento e pressuposto lógico para a fundamentação última de validade das normas pertencentes ao sistema.¹⁰⁷

Desse modo, o Direito passaria a ser produzido e ideado a partir do poder legislativo¹⁰⁸, atuando o judiciário apenas excepcionalmente para cumprir racional e objetivamente a lei anteriormente emanada¹⁰⁹. Inobstante, essa faceta é quase uma antifilosofia¹¹⁰, ou uma antissociologia, como bem ponderou Karl Larenz¹¹¹, tendo mais funcionado como movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria ou dimensão do poder-temporal fundada em uma ordem natural ou transcendental ou axiológica:

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue

¹⁰⁷ Cf. BITTAR, op. cit., p. 77.

¹⁰⁸ Kelsen rechaçava peremptoriamente a concepção imperativista do positivismo jurídico do século XIX, que considerava o direito como um comando do legislador coroado com uma ameaça de sanção. Em contrapartida, identificava a norma jurídica tão somente como vontade do legislador. A diferença entre uma posição e outra é sutil, isto é, o Direito ainda que a cargo do legislador-Estado, para Kelsen, era pura e simplesmente a norma pela norma independentemente do uso da força ou da sanção para o seu reconhecimento. O que torna uma norma válida, diga-se de passagem, é a sua vinculação à uma norma imediatamente superior que lhe dá fundamento, tanto que uma norma sobrevive (tem vigência) mesmo a despeito da existência do legislador.

¹⁰⁹ Kelsen chegou a afirmar, inclusive, que as normas jurídicas, do ponto de vista hermenêutico, nada mais são que meras “molduras”, dentro das quais se extraem ou se descrevem o significado nelas contido.

¹¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise atual da filosofia do direito no contexto de crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 31.

¹¹¹ LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, p. 91-92, em clara contraposição a sociologia positivista jurídica de Erlich.

especificamente com o seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência. À ciência do Direito que satisfaz a existência da pureza do método, chama Kelsen teoria pura do Direito.¹¹²

A consequência dessa contextura foi o aparecimento de uma noção de Direito caracterizada pelo abandono do “essencialismo deontológico/axiológico em prol de um discurso ou nominalismo semântico e funcionalista”¹¹³.

Ou seja, tudo aquilo o qual se encontrasse fora desse arranjo especulativo-hipotético, ora jaz enquanto invenção, ora conquanto idealismo relativista. Aliás, a premissa positivista jurídica, sob comentários, maiormente, apelou à semelhança para com as temáticas dos saberes exatos e sociais, em plena expansão, para resignar suas próprias proposições, às quais julgou pertinentes de serem aplicadas às de uma zetética jurídica.

Sob tal influência, se os fatos da ordem natural ou sociológica pertenciam ao mundo do ser, as normas jurídicas, assim, estariam relegadas ao mundo do dever, aliás, um dever-ser-que-é-válido formalmente. Nesse diapasão, a norma jurídica em muito coincide com algo coisificado ou concreto, como um fato ou objeto factível da natureza, apenas esperando para ser observado e descrito, independentemente da empiria¹¹⁴.

Em verdade, a distinção apenas versaria, melhor explicando, no fato de que, na conjectura da teoria jurídica pura, o liame existente nos componentes fáticos de sua razão de dever-ser seria executado por uma norma jurídica, ou melhor, no plano fático e concreto, por uma conduta punitiva, permissiva ou autorizativa normatizada (ou seja, prevista numa regra de conduta normativa) ou um ato de vontade autorizado pela lei ou prescrito juridicamente, isto é, o comportamento presumido, como uma eventual consequência da norma.

Traduzindo: decerto que às normas do Direito positivo, na medida em que são postas, subjazem atos, processos externos do comportamento humano; estes, porém, não trazem em si o seu sentido - como atos jurídicos - recebendo-os apenas enquanto norma, como esquema de interpretação, se a eles essa mesma norma for aplicada.

¹¹² Idem, op. cit., p. 93.

¹¹³ Vide ADEODATO, op. cit., p. 98. Antifilosofia porque a que antes era tido por filosofica do direito viu-se superada por uma ciência do direito.

¹¹⁴ Cf. Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 86, “a opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, um comando no qual não se identifica o comandante nem o comandado”, perdendo importância, inclusive, a figura do legislador no momento que a norma é posta. Dessa maneira, a norma não é necessariamente um imperativo estatal, por exemplo, mas um comando geral e universal, ainda que em seu conteúdo final reste prevista uma sanção ou não. Ou seja, as normas são coercivas, mas não necessariamente coativas.

O processo do dever-ser enquanto tal - por exemplo, uma deliberação parlamentar ou um contrato, assim, têm um lugar certo no espaço e no tempo e podem ser explicados científico-causalmente. O sentido deste evento, logo, seria a única coisa que interessava à ciência do Direito, que residiu inicialmente em se estabelecer apenas uma norma¹¹⁵.

Aliás, uma dada ordem jurídica (aqui, no sentido de autoridade) apenas prescreve determinada conduta humana porque a considera juridicamente válida para uma comunidade de pessoas jurídicas. Mas não importa a conduta em si, mas própria norma fria enquanto comando genérico e universal. Na moldura jurídica ou pretensiosamente aquela imaginada por Kelsen, por outras palavras, no objeto de investigação do jurista, estaria contidas as regras que são co-constitutivas desse mesmo objeto, que definem o que é e o que não é, e das quais o jurista não poderia abstrair-se sem deturpar por completo o objeto de seu estudo.

Daí porque a preocupação de uma ciência ou teoria do Direito pura ter sido apenas com juízos objetivos sobre as normas, em detrimento dos de valor, porque suscetíveis de corroboração através da observação e da experimentação. Portanto, a norma jurídica, nos moldes das leis da física, por exemplo, careceria de uma interpretação mais detida e cuidadosa. Valia apenas a objetividade esperada da norma, pensada única e exclusivamente para se subsumir a determinados padrões de comportamento e estes configurariam a especificidade ou identidade própria do objeto de estudo do cientista jurídico, que os apenas descreveria via derivação ou deduções de princípios (as normas).

O dado averiguado, em si, não seria puramente extrínseco. Porém, sua apreensão, como dito supra, requereria compreensão de um critério já posto (ou suposto ou pressuposto)¹¹⁶. Visto que possam ser utilizados preceitos explicativos diferentes, ainda que comunguem de igual mesma metodologia positivista, afigura-se, mais ou menos certo, que, no puro detalhamento da natureza, a relação de causa e efeito não aconteça involuntariamente a despeito do cientista, mas na abrangência e apreensão da normatividade, que, válida convencionalmente, o jurista, ao revés, em razão da imperiosa atividade de hermenêutica que realiza raramente poderia recompor o *status quo natural ante*.

O próprio Kelsen ressalva isso em sua teoria pura, ao afirmar que “[...] aquilo que já aconteceu não pode ser transformado em não acontecido”¹¹⁷. Kelsen, aliás, não ateuve sua teoria

¹¹⁵ CF. LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, p. 95.

¹¹⁶ Cf. Kelsen, op. cit., p. 82: “A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito, ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for.”

¹¹⁷ Kelsen, op. cit., p. 15. Kelsen, na mesma página, vai além, afirmando que, muito embora não se possa restituir imediatamente via imputação normativa o que já aconteceu, ressalva que “porém, o significado normativo daquilo que há um longo tempo aconteceu pode ser posteriormente modificado através de normas que são postas em vigor após o evento que se trata de interpretar”.

consideravelmente às questões como eficácia, efetividade, justiça da norma, diga-se de passagem, tendo-as apenas pincelado, mas sim com a coerência normativa pressuposta¹¹⁸, ou seja, a regularidade da conduta ou a expressão de tais regularidades, sob a forma de generalizações, o que é muito típico na empiria das ciências exatas ou naturais.

Não obstante, mais valeria para o Direito, conquanto ciência ou teoria pura, a forma, que haveria de ser sistemática, como também o conteúdo do raciocínio jurídico, condicionado pelo estabelecimento de conexões de sentido entre o próprio Direito Positivo e os enunciados da Ciência do Direito, sem embargos das situações concretas reguladas.

Do ponto de vista estático, ao contrário da dinâmica jurídica¹¹⁹, uma norma poderia perfeitamente ser aplicável, implicando certo grau de concretude, mas não alcançar o resultado esperado, que vai de uma negação, proibição à omissão de comportamento. Neste tocante, o que havia de se pensar neste momento ou, ao menos, o que interessava da norma enquanto objeto seria senão resguardar a generalização congruente das expectativas de comportamento, no desejo de não representar uma intromissão na ordenação natural ou social desses fatos, mas de apenas qualificá-los imperativamente nas condutas a que se refere pela subsunção da norma, seja atribuindo responsabilidades, conferindo poderes, ou interditando condutas.

Dessa forma, consonante Kelsen:

"Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como 'lei' - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como 'lei'. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica."¹²⁰

Diga-se de passagem, o arcabouço científico kelseniano, que entrelaça saber e poder, perceptivelmente, não é propriamente puro, até porque nem mesmo o Kelsen nega os valores

¹¹⁸ Cf. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 119, quando se fala em norma pressuposta, e não necessariamente posta (estatuída em uma autoridade ou no costume), isso traduz que a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem, isto é, não está ao lado de outras proposições do Direito Positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica, carece de conteúdo concreto.

¹¹⁹ A teoria pura kelseniana é basicamente dividida em três partes principais, quais sejam: na estática (validade), na dinâmica (realização da norma por meio de pessoas jurídicas, que realizam os comportamentos previstos na norma ou titularizam direitos e deveres) e na interpretação (que, para Kelsen, é mais um critério de política estatal, ainda que a cargo do judiciário). Em específico, no viés interpretativo, a atividade é de mera subsunção, afinal os juízes, numa famosa passagem de Bobbio, parafraseando Montesquieu, era a mera "boca da lei".

¹²⁰ Cf. KELSEN, op. cit., p. 90.

ou exigências das ciências naturais e exatas ou da ética no âmbito de sua teoria, apenas os relega ao âmbito das crenças ou convicções pessoais.

Não desejou Kelsen pôr correlativamente a tais questões o desfecho metódico do conflito deontológico e ontológico de suas próprias determinações de ordem. Garantindo-lhe dignidade ou serventia prática, de todo modo, a intentada kelseniana seria uma ciência ou uma teoria pura ou uma antifilosofia do Direito, que se incumbiria de solucionar os desfechos que lhe são afetos, buscando arrimo na sua própria vigência, no seu próprio sentido e na sua própria intervenção transformadora, sem embargo de atribuir-lhe um caráter supérfluo de mera repetidora dos preceitos morais e sociais, destituídos de pretensão de validade, de heteronomia, facticidade e de legitimidade, obrigatoriedade e de coercibilidade.

No entanto, por vezes, questão mais complicada de se resolver nessa epistemologia positivista foi desprezar primacialmente que, diversamente da definição e circunscrição da ordem natural, que se faz em locução semântica arquétipo das ciências exatas, em contrapartida, o traço jurídico, conquanto buscasse a rigidez matemática e sistemática, arranjar-se-ia na mesma linguagem ordinária e imanente e, portanto, por vezes, confusa e ambígua com a qual positivamente se produz o seu objeto intrínseco; isto é, as normas jurídicas (genéricas ou singulares, vide a alçada ou a competência do órgão elaborador).

Nesse quadrante, a engenharia do positivismo jurídico, enquanto ciência ou teoria pura, é muito apropriada pois que, ao situar a correspondência entre os postos e pressupostos das ciências naturais causais e as proposições tidas por meramente descritivas e imputativas da ciência jurídica, o teórico (Kelsen) ambicionou, a bem da verdade, encerrar o problema das ponderações morais refletidas no ordenamento, assegurando serem estes qualificativos para certas condições que não guardam coerência com os métodos, a evolução ou a lógica da essência do Direito, sendo, pois, metajurídicos.

Mas, viu-se desde as notas (de rodapé) introdutórias, que não comporta mais espaço atualmente para separação entre sujeito e objeto, porque o próprio sujeito que pesquisa e investiga, depende de outros estalões para definir-se e ser autor de si mesmo e para a produção de novos significados em existência, o que ocorre também no campo das ciências, inclusive, da jurídica enquanto produção e reprodução dos processos históricos que configuram o dever-ser.

Desconsiderando-se, todavia, o desatino desta separação, aí estaria *de per si* a Teoria Pura do Direito, à medida que ciência, cometendo o ímpeto de percorrer do mundo natural para o mundo jurídico, embora que por caminhos controversos, o mesmo universo meditativo dos jusnaturalistas e sua caricatura idealizada do paradigma cartesiano – pois que referendado em valores universais e imutáveis.

Na esteira desse raciocínio, acertada, em via adversa, parece a apreciação de que uma eventual teoria pura parte de uma conjectura equivocada, que é o desacordo irrestrito verificado nos planos do ôntico e ontológico (ser) e deontológico (dever-ser), pensado, produzido, difundido e interpretado desde a revolução científica operada no passo dos construtos da modernidade até os dias atuais.

Não obstante, deve-se ter o mínimo de cuidado para não reverenciar totalmente o que há muito vem se reverberando na versão vulgar do pensamento contemporâneo, seja ingenuamente, seja em razão de uma leitura errônea da *Teoria Pura do Direito*, no sentido de conclamar que o Direito imaginado por Kelsen, apesar de puro, seria, ao revés, um paradigma científico meramente metafísico ou irreal, o que não é, de fato, verdadeiro.

Decerto, como já asseverado, o que Kelsen e outros exponenciais positivistas sucessores desejaram foi traçar as diretrizes para uma ciência do Direito, e nesse desígnio, tentaram objetivamente demarcar seu elemento principal de análise ou objeto, evitando embaraços dos tempos de outrora. Entretanto, deve-se também ter o mínimo de bom senso para não negar que, mesmo assim, a *Teoria Pura do Direito*, ao passo que tenha atingido um alto nível como teoria, noutra senda, do ponto de vista prático, seus resultados são senão demasiado escassos.

Em último termo, o fato e a valoração desse fato, por vezes, encontram a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria¹²¹. Ora, porém, considerando que malograda a finalidade de depurar o objeto, do ponto de vista prático, a teoria pura ou ciência jurídica falharam, em algum momento, porquanto não puderam atuar no incremento de uma vocação também prática, ao não escapar da tentação racionalista da modernidade que lhe infligiu o positivismo, enquanto busca por engenhos plausíveis de decisão ou de monopolização da produção normativa via ordenação lógico-dedutiva por parte do Estado.

Ainda que Kelsen, em sua *Teoria Pura* não tenha se afastado desta postura, mesmo em sua concepção zetética, isto é, de privilegiar uma sistema jurídico dinâmico, em antagonismo ao estático, ao capturar das normas um artifício de sucessiva mutação, variação e reestruturação, uma vez que entram em vigor, coexistem no tempo e no espaço, agem, são trocadas por outras ou declinam de sua contemporaneidade, em consequência de transformações acontecidas no bojo das situações normatizadas; mesmo assim, a ideia de justiça viu-se densamente viciada e corrompida por esta falseada e duvidosa cognição da realidade, cuja visão parece estar acomodada à *miopia* do indivíduo racional megalomaniaco do século XIX. Eduardo C. B.

¹²¹ Cf. LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, p. 92.

Bittar, inclusive, chega a perguntar se esta “miopia” (positivista / *kelseniana*) “aumentou ou diminuiu? Será que a miopia se transformou em astigmatismo ou algo que o valha?”¹²².

Sabendo-se que o Estado, intensamente esclerosado em valores positivistas, naufragado em sua própria tensão paradigmática, não consegue discernir com perceptibilidade lúcida as transformações à sua volta vivenciadas e sucedidas, acaba experimentando, ademais, uma conjuntura paradoxal de simultâneo desmonte, em que a ineficácia prevalece e o caráter explosível das agitações sociais se acentua, enquanto se vive da linguagem abstrata e conceptual, singular e preponderantemente privatista.

Desse modo, tem-se que:

A decantada crise jurídica [ou do positivismo] ocorre, assim, no momento em que os mecanismos tradicionais de neutralização dos conflitos e trivialização das tensões já não conseguem mais rechaçar aquelas ameaças, obrigando o aparelho estatal a ampliar o poder discricionário de seus organismos judiciais, legislativos e burocráticos para manter intocado seu padrão de dominação. As diferentes versões do positivismo revelam-se, desta maneira, incapazes de perceber que, por trás da permanente tensão entre normas e realidade, encontram-se as inevitáveis contradições das sociedades de classes, responsáveis pela ampliação das funções econômicas estatais e pela explosão dos parâmetros de identidade, de controle e de garantia dos sistemas jurídicos de inspiração liberal.¹²³

Do excerto acima, depreende-se que, em face da pungência dos fatos e eventos reais, as atitudes positivista e formalista, muito embora seu escopo teórico e científico, despontam inermes, em face de alguns defeitos de sua concepção, precária e insatisfatória.

Nessa contextura, o substrato jurídico-positivista acaba expondo, indiretamente, problemas os mais diversos perante as premências de concretização do Direito conquanto quando confrontado diante de circunstâncias mais críticas, que se verificam na atualidade: como a vedação do *non liquet*; como quando o juiz esbarra na hipótese de integração do ordenamento ou do sistema; como o surgimento e existência amiúde de conceitos cada vez mais indeterminados, demasiado abstratos ou de normas em branco que demandam explicações conteudistas não previstas necessariamente na norma matriz; como as choques entre princípios e regras, dentre outros problemas.

Em tese, ao formular sua teoria, Kelsen esteve às avessas com a apologia e juridificação do Direito na ordenação e na pacificação social. Por ele, simplesmente valia a norma pura pela norma pura e seu código legítimo de validade. Em verdade, vê-se nitidamente que o que preocupa Kelsen é o abuso da ciência do Direito como manto para opiniões puramente pessoais

¹²² Cf. BITTAR, op. cit., p. 87.

¹²³ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988, p. 90.

ou tendências ideológicas de toda sorte¹²⁴, necessitando, pois, de uma contínua atitude reflexivo-crítica, como que, em tão grande magnitude, apesar de pecar com algumas falhas, contribuiu a *Teoria Pura*.

No mais, em Kelsen, igualmente, a temática da separação entre o ser e o dever-ser se dá mais em razão de uma dialética analítica/modal e da afirmação de binômios coesos do que um simples empréstimo metodológico. Explica-se: essa separação entre ser (conduta humana) e dever-ser (previsão normativa válida) permitiu à teoria kelseniana desenvolver-se independentemente do conteúdo material das normas jurídicas, de tal maneira que essa premissa pode ser resumida na expressão de que o Direito, como ele é, é o Direito que deve ser.

Neokantiano por excelência¹²⁵, então, Kelsen fez distinção inicial senão de natureza ontológica do Direito para desaguar sua teoria pura em vieses eminentemente epistemológicos, cuja a transcendência e todo o resto de sua pureza teórica estão mais voltados a uma teoria que negue a metafísica, o que se estabelece apenas no âmbito fenomênico e não no âmbito numênico, reduzindo-se, assim, a filosofia à teoria (jurídica) do conhecimento¹²⁶.

2.1.1 Noção de Completitude/Concretude do Direito

Segundo Bobbio, enquanto, por um lado, existem muitos estudos especiais sobre a natureza da norma jurídica, quase não há abordagem completa e orgânica sobre os problemas que a existência de um ordenamento ou sistema jurídico levanta, os quais estão maiormente referendados nas diversas relações que as normas encetam entre si.

¹²⁴ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 106-107.

¹²⁵ Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit. 150. É em razão disso aliás que Kelsen fundamenta a existência de uma norma que não é posta, mas pressuposta pela razão, isto é, a norma fundamental encarna, consonante também em Kant, o próprio princípio da inegabilidade dos pontos de partida. Ela é fruto senão da condição transcendental do pensar racional humano.

¹²⁶ Cf. CONSANI, Cristina Foroni. **Kelsen leitor de Kant**: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. *Revista Princípios - Revista de Filosofia*, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago., 2016, p. 137-138. Segundo a autora, “de acordo com Paulson, a chave para a dimensão normativa da Teoria Pura do Direito, particularmente nos escritos de 1920 e início de 1930, é um argumento kantiano’ (Paulson, 1992, p. 312). Kelsen, assim como Kant, localiza o Direito no reino do dever-ser. Mas o dever-ser kelseniano é pensado de forma distinta do dever-ser kantiano. Como exposto, Kant considera que Direito é uma subclasse das leis morais cuja fundamentação última é a razão. Nesse sentido, o fundamento último da lei moral não está no âmbito da Física ou da experiência, mas sim no âmbito da Metafísica, nos princípios universais da razão. É exatamente neste ponto que Kelsen afasta-se de Kant e aproxima-se do positivismo científico, cuja principal reivindicação é, no âmbito das ciências sociais, da neutralidade e da objetividade das ciências naturais justamente no intuito de evitar a interferência de juízos de valor na atuação do cientista. Como ressalta Warat, a ‘fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a Teoria Pura do Direito’ (Warat, 1995, p. 131)”.

Em outros termos, de acordo com tal autor, os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta em si mesmo¹²⁷.

Dito isso, dando continuidade à compreensão de uma ciência do Direito, no afã de uma teoria pura, sob a influência do paradigma moderno/contemporâneo, tem-se em conta que, presentemente, qualquer configuração de pensamento que almeje ser científico, em tese, necessita conformar-se na ideia de sistema, isto é, de que a ciência pode até ser erigida arreada aos pareceres lógico-formais, todavia, não pode abstrair-se jamais de um esqueleto ordenado ou sistemático e, em princípio, estático.

Imaginando um ideário de completitude e de concretização, para ser total, o Direito precisou comungar alguns postulados que lhe dessem certa validade, significância e legitimidade, o que pressupôs também um mínimo de juridicidade, de organização, de órgãos de enunciação, encarregados da regulamentação e da aplicação das normas.

Essa ordem precisou obviamente repousar numa lei fundamental da qual decorriam espécies, subespécies e princípios lógicos e metodológicos, nos moldes das ciências da natureza ou exatas. Desse modo, a preponderância da lei, das constituições ou dos códigos ou de legislações alhures esparsas, sob o monopólio do Estado, enquanto mananciais primordiais do Direito, gerou uma implicação recíproca e estrutural entre a forma do sistema e seu objeto, o que de *per si* envolveu essa concepção sistemática de ordenamento racional, objetivável e controlável de uma sociedade, calcado na unicidade e organização e fundamentação material ou substancial e também formal, bem como na coerência e na completitude de seu conteúdo.

Ou seja, essa unidade pretendida pela ciência do Direito, quer dizer, a coerência substancial de todas as normas de um certo Direito positivo reside, há muito, em todas elas poderem reconduzir-se, através do estabelecimento de conexões de sentido a uma norma única, que é fundamento último da sua validade.

Inobstante, conforme Claus Canaris, para se constituir em instrumento perfeito, o sistema jurídico precisou ter todas as propriedades exigidas de uma ordem cartesiana formal, a um só tempo completa, concreta e, assim por dizer, coerente, assumindo um todo lógico organizado e piramidal estruturado¹²⁸.

¹²⁷ Cf. BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 36. O autor aduz que as teorias mais clássicas da norma “sempre consideraram a árvore, mas não a floresta” e sustenta, à p. 38, que “uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”.

¹²⁸ Essa ideia remonta a Kant, segundo o qual o sistema é uma unidade sob uma ideia ou um conjunto de conhecimento ordenados sob princípios. Valeram-se dessa concepção Savigny, Stammler, Binder, Stoll, entre outros. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 9-10.

“Afinal, vide Bobbio, faltava, no pensamento jurídico, o estudo do Direito como uma entidade unitária instituída pelo conjunto sistemático de todas as normas”¹²⁹. De igual forma, Karl Larenz aduz que:

A ideia de sistema significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. No entanto, essa unidade que o sistema há de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte, por caminhos diferentes. Pode pensar-se, antes de tudo, à maneira da unidade de um organismo – como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta. A outra maneira em que a unidade pode pensar-se é a do conceito geral abstrato, limpo de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal. Num sistema orgânico como o que pretendiam os filósofos idealistas, os elementos constitutivos do sistema gravitam, todos eles, em volta de um centro. A unidade do sistema repousa na irreduzível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se, portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha a uma pirâmide. O conceito supremo, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – tendo a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que se sobe da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base se possa subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.¹³⁰

Em outras palavras, conquanto sejam numerosas as fontes do Direito em um sistema ou em um ordenamento jurídicos complexos, ambos pendem para constituir uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes podem ser deduzidas de uma única norma fundamental.

Essa norma fundamental é o termo unificador que, em tese, dá unidade ao Direito e lhe torna, sobremaneira, autorreferenciado e completo. Logo, a completitude e concretude do sistema e do ordenamento jurídicos não formam inicialmente um dado, mas um construído pressuposto de sistematização ordinária legítima¹³¹, o que nos leva a afirmar que a complexidade do ordenamento, portanto, não exclui sua unidade.

Pelo exposto acima, o Direito, então, passa a ser vislumbrado como um sistema ou um ordenamento, um todo em si significativo, de existência assegurada, nos quais se incluem

¹²⁹ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, 2006, p. 197.

¹³⁰ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 22-23.

¹³¹ Cf. Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1999, p. 53. Metaforicamente, o autor afirma que “nenhum ordenamento nasce num deserto”, mas de uma sociedade não natural que comunga desde as suas mais remotas raízes variados gêneros de normas, de que o poder originário, no sentido jurídico, e não histórico, incumbe-se de estruturar.

elementos normativos e não normativos, findando, pois, por concreto em si mesmo ou autorreferenciado, subordinado ou hierarquizado.

Em contrapartida, o sistema jurídico não teria uma estrutura orgânica. A lógica organicista, como pressupõe Miguel Reale, teria uma “função própria, mas nenhuma desta se desenvolveria como atividade bastante de *per si*; cada parte só existiria e teria significado em razão do todo e da estrutura a que serve”¹³². Ou seja, se orgânico fosse, o sistema ou ordenamento jurídicos seriam uma espécie perfunctória de relação circular, interrelacionada, coordenada entre normas, sem qualquer hierarquia, de modo que todas elas seriam interdependentes.

Ainda na baila desse argumento, mesmo que se possa pensar em interdependência ou coordenação entre normas na atual sistemática ou ordenação do Direito, isso tão somente se dá de forma lógica e hierarquizada. Justo quando uma norma busca fundamento de validade em outra, não há que se falar, pois, em gravitação de normas em torno de um centro, como pretendiam os filósofos idealistas modernos, mas em normas que não estão necessariamente num mesmo plano, conforme ideia escalonada do ordenamento jurídico pensado por Kelsen, vide tópico anterior.

Dessa forma, visto não de outro modo, o Direito, analogicamente, ao menos no afã da pureza, funcionaria como uma estrutura completa e autopoietica, cujos elementos obedeceriam a um fim específico. Seria, portanto, simétrico, produzindo uma cópia de si mesmo ou guardando de *per si* suas características mais elementares¹³³.

Noutra analogia, o Direito poderia também figurar como um aparelhamento heliostático, não lacunoso, completo, disposto para ser decomposto e exposto realisticamente, desde que o operador conseguisse manobrar um ou outro postulado explicativo. Em sua visão mais

¹³² Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6-7, segundo o qual: “existem vários tipos de unidade: há um tipo de “unidade física ou mecânica” que é mais própria dos entes homogêneos, pela ligação de elementos da mesma ou análoga natureza, nenhuma ação ou função resultando propriamente da composição dos elementos particulares no todo. Assim dizemos que um bloco de granito é unitário. Há outras realidades, entretanto, que também são unitárias, mas segundo uma unidade de composição de elementos distintos, implicados ou correlacionados entre si, sendo essa composição de elementos essencial à função exercida pelo todo. Pensem, por exemplo, no coração. O coração é uma unidade, mas unidade orgânica, que existe em virtude da harmonia das partes; há nele elementos vários, cada qual com sua função própria, mas nenhuma destas se desenvolve como atividade bastante e de *per si*; cada parte só existe e tem significado em razão do todo em que se estrutura e a que serve. Essa unidade, que se constitui em razão de uma função comum, chama-se unidade orgânica, tomando a denominação especial de unidade de fim quando se trata de ciências humanas. Nestas, com efeito, o todo se constitui para perseguir um objetivo comum, irreduzível às partes componentes. A ideia de fim deve ser reservada ao plano dos fatos humanos, sociais ou históricos”. Miguel Reale vai além afirmando ainda que “a Ciência Jurídica obedece a esse terceiro tipo de unidade, que não é o físico ou o orgânico, mas sim o finalístico ou teleológico”, concepção essa da qual se pretende se desvencilhar a presente pesquisa, ainda que inicialmente, neste capítulo.

¹³³ Cf. LUHMANN, op. cit., p. 590.

conhecida, o Direito poderia também refletir a lógica piramidal em cujo vértice se apõe o conceito mais fundamental, principiológico e geral, decorrendo dele todas as demais espécies e subespécies normativas.

Daí que, durante muito, fala-se em sistema ou ordenamento jurídicos fechados porque seus intérpretes e operadores não lhes podem objurgar ou sobrepor qualquer norma do todo global. Conquanto também já asseverado, o sistema e ordenamento, além disso, jazem, em tese, completos porque, embora as leis não consigam abranger todos os casos relevantes submetidas à sua fórmula, sendo, pois, lacunosas em algum momento de sua dinâmica, nega-se ao menos no sistema/ordenamento jurídicos a existência de lacunas.

Em outras palavras, um ordenamento é completo quando um juiz, por exemplo, pode nele encontrar uma norma capaz de regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não havendo jamais caso que não se possa regular com uma norma extraída do sistema.

Por último, mas não menos importante, o sistema e o ordenamento jurídicos, há muito, desejam-se consistentes, coerentes e coesos, inexistindo neles contradições internas, que, são somente aparentes, em razão da (atual) vedação do *non liquet*, segundo o qual ao juiz cabe julgar todos os conflitos, sem poder-se abster.

Para manter essa descrição fechada, completa, coerente, coesa e consistente do sistema e do ordenamento jurídicos, estes se valeram de um único código axiomático e específico de comunicação ou de linguagem, baseado no que é lícito/lícito, tendo como pressuposto o conceito de legalidade¹³⁴, que, como visto, solidificou-se em uma norma fundamental ou totalidade ordenada e serviu e ainda convém de sustentáculo proselitista e doutrinário-dogmático do próprio Direito. Enquanto linguagem especializada, o Direito opera desde outrora com subsídios normativos que se arrolam em seu bojo por esse código, conservando a probabilidade de variação em face de circunstâncias mutáveis.

Quando o Direito, aliás, situa o teor de seu conjunto em virtude desse código de comunicação, através da interação interna de seus próprios elementos de forma referenciada, o mesmo se torna instrumentalizado, isto é, ganhando, assim, ares de normatividade, mediante a produção da cadeia de positivação. Outrossim, o pressuposto da legalidade está, noutros dizeres, intrinsecamente relacionado com unidade desejada pelo sistema e pelo ordenamento jurídicos.

Utilizada como um astúcia técnico-teórica para concatenar o Direito, valendo como premissa fundamental, em um conceito dito dinâmico, a legalidade foi e é compreendida como

¹³⁴ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 269.

autorreferência elementar do sistema jurídico, portanto, como redundância normativa ou conexão consistente das comunicações jurídicas entre si, o que, no plano normativo, ajusta-se para implicar certa segurança de expectativas (isto é, a congruência entre norma e o comportamento jurídico eficaz ou efetivamente dela esperado)¹³⁵.

Haja vista que a autorreferência de base diz respeito à conexão dos elementos sistêmicos entre si, enquanto ordenamento, o Direito necessitou igualmente da reflexividade para ser completo e concreto, e esta equivale “à referência de um processo a si mesmo ou do mecanismo a si mesmo”¹³⁶. Explica-se: de acordo com Karl Larenz, o sistema ou ordenamento jurídicos, feito de normas, que não se dissociam umas das outras, encontra-se em conexão múltipla, tomando por base uma cadeia de significantes e de significados em função do contexto de regulamentação em causa¹³⁷.

Seguindo esse modelo sistêmico-teórico completo e concreto da juridicidade, a reflexividade insinua “que o processo referente e processo referido são estruturados pelo mesmo código binário”, uma espécie de metalinguagem ou linguagem-objeto, isto é, uma linguagem que descreve sobre ela mesma ou que utiliza o próprio código para explicá-lo, o que, no caso do Direito, dá-se mediante o emprego do controle de legalidade¹³⁸.

Essa mesma metalinguagem formal é a um só tempo um sistema cognoscente sobre o próprio sistema prescritivo, abrangendo, pois, significações normativas e suas correlações. Aliás, o Direito se vale desse discurso próprio legitimador para mediar a concretização de seus próprios pressupostos, de modo tal que a materialização do conteúdo de seus postulados é dilucidada mediante positizações dos mesmos, via processos de coerência e de força persuasiva. Isso em muito se dá via, como dito, código próprio de linguagem, que é rigorosamente articulada e controlável, uma linguagem técnica e formalista.

É esta especificidade, aliás, função que permite o rigor dogmático do discurso do Direito e seu controle pragmático de decisão e ação com incidência direta sobre o significado das condutas humanas. Dito isso de outro modo, ao afirmar que o Direito dispõe de código próprio pautado na legalidade e que usa esse mesmo discurso para pautar suas premissas, tem-se que a reflexividade é a coerência ou conformidade das normas para com o sistema ou ordenamento jurídicos, de sorte que, além de formarem um todo unitário, pressupõem dinâmica relacional hierárquica entre elas mesmas (as normas), ou seja, estas, dispostas nos escalões superiores e

¹³⁵ NEVES, op. cit., p. 271.

¹³⁶ Idem, op. cit., p. 279.

¹³⁷ LARENZ, **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 621.

¹³⁸ NEVES, op. cit., 280-282.

dotadas de certa generalidade, fundamentam as mais inferiores e específicas, que encontram naquelas suporte sintático e semântico ou significação.

Frente à essa contextura, o ideal de coerência, no Direito, implica que uma suposta incompatibilidade entre normas (eventuais antinomias) deva ser eliminada via controle de legalidade, a fim de que se garanta a reflexividade (coesão/coerência) no interior do sistema jurídico, o que é executado por outra instância independente do órgão controlado, daí porque a pretensão escalonada entre normas ou entre órgãos no afã de realizar o processo de compatibilização ou da exigência de certeza do sistema ou do ordenamento.

Por último, mas não menos importante, para ser completo e concreto, um sistema ou ordenamento jurídico valeu-se (como vale) da travessia da autorreflexão crítica, que seria a referência recursiva do sistema a si mesmo, levando em conta tanto a autorreferência de base (o sistema por ele mesmo baseado no código linguístico da legalidade), quanto a reflexividade (sistema com base no processo ou no mecanismo por eles mesmos).

Em linhas gerais, a autorreflexão seria uma síntese do ideal de completitude (ou da autopoiese ou da autorreferência) com o da concretude, tendo como pressuposto a relação entre sistema e ambiente ou a relação entre reprodução operacional do sistema – compreendido pela teoria do direito ou pela dogmática jurídica e a adequada referência destas (ou efeitos que elas produzem) na sociedade, que é seu meio espacial, material, temporal e pessoal.

A razão última das considerações levantadas até aqui é que o sistema jurídico, como unidade completa de uma ordem legal concreta, partilha da razão de ser desta, sendo ao mesmo tempo que estática para fundamentação de seus pressupostos, igualmente, dinâmica, no sentido de retroalimentação do próprio sistema ou ordenamento.

Daí porque “legalidade – enquanto código – foi” (e é) “imprescindível para o desenvolvimento da dogmática e da teoria do direito como instâncias de reflexão do sistema jurídico”¹³⁹, calcado num escopo de completitude ou de concretude.

Percebe-se, então, até aqui ter sido um tanto necessário nesse escopo de completitude e concretude que conceitos, construções teóricas, métodos e práticas do direito correspondessem a um parâmetro de adequabilidade à realidade jurídica, comungando, assim, autorreferência de base e reflexividade, sob pena de o próprio Direito não findar realizado ou concretizado, ao menos, em tese. Esse dogma da completude e da concretude foi dominante, e em parte o é até hoje, na teoria jurídica de origem romanística, que tem suas bases fincadas na tradição medieval

¹³⁹ NEVES, p. 302.

(*corpus iuris*) e depois, nos tempos modernos, como parte integrante da concepção estatal de Direito, em que a produção jurídica, como até hoje, esteve à cargo e sob o monopólio do Estado.

Foi, principalmente, nesse esforço de fechamento, completitude, concretude, coerência, coesão e consistência, que a ciência do Direito, no escopo de autorreferenciar-se, preenchendo positivamente eventuais lacunas, levou ao ressurgimento de um punhado de Códigos, cuja “exigência de dar unidade a um conjunto de normas fragmentárias, que constituíam um risco permanente de incerteza e de arbítrio”¹⁴⁰, multiplicou-se visando a servir a sociedades cada vez mais complexas, que exigiam soluções técnicas – completas e concretas – para seus conflitos.

Não raro, os dispositivos normativos ressurgiram tão plenos de si que o fetichismo da lei se transformou na mola mestra desse ideal de coesão do Direito. As legislações atingiam, assim, o ápice da generalidade conceitual e da abstração sistemática e se propuseram à essa plenitude e a certo ideal de concretude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, o que denunciara certo empreendimento de política estatal, mais desejosa de pacificação social que de realização dos objetivos jurídicos por meio do texto legal.

Neste diapasão de completitude e de concretude, contraditoriamente, não se pode olvidar a negativa inicialmente do papel criativo dos juízes na aplicação do Direito, em virtude da evidente exasperação de uma técnica legislativa regulamentar. Aliás, tornou-se sugestiva até a colocação de Norberto Bobbio de que “a miragem da codificação foi a completude: uma regra para cada caso; o Código seria para o juiz um prontuário, que lhe deve servir infalivelmente, e do qual não pode se afastar”¹⁴¹.

Em verdade, ainda que ao juiz, enquanto intérprete, aplicador ou agente de política estatal, não se permitisse tanta liberalidade ou discricionariedade na sua atividade, porém, no seu escopo, necessário foi conciliar e empreender entre si dois extremos, quais sejam: o de que o juiz na mesma medida que não podia criar o Direito, jamais estaria autorizado a furtar-se de resolver uma controvérsia qualquer:

A proibição da criação e da recusa do direito concilia uma e outra unicamente sob uma terceira hipótese, a saber, que a lei seja despojada de lacuna, despojada de contradições, clara, sem resíduos obscuros ou que, ao menos, com base numa lei com lacunas, contraditória ou não clara possa ser obtida mediante meios puramente racionais uma sentença jurídica para cada questão jurídica. Este é o postulado ou a ficção (segundo se seja juspositivista ou antipositivista) da completitude se não da lei, ao menos do ordenamento jurídico¹⁴².

¹⁴⁰ Cf. Bobbio, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 198.

¹⁴¹ Cf. BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 121.

¹⁴² Cf. RADBRUCH, em **Propedêutica à filosofia do direito**, 1959, *apud* BOBBIO, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 207.

Explica-se: na baila de que os códigos envelheciam e descobriam-se suas insuficiências, ao mesmo tempo em que, após a revolução industrial, surgiu um novo modelo de sociedade, o Direito, mesmo através da dinâmica da ação jurisdicionada, apareceu-nos ultrapassado, insuficiente e inadequado.

E, assim, o juiz, segundo entusiastas da escola do direito livre e sociológica, como Erlich, deveria ir além e não findar condicionado a meramente se subsumir aos ditames da legislação. O retrato dessa situação rumaria tempos para o que se chamou de construtivismo judicial positivo¹⁴³, para indicar uma oscilação correspondente à aceitação de que a instância judicial pudesse, ela própria, formalizar a solução de certos casos concretos preenchendo os vácuos de equidade ou de justiça¹⁴⁴.

Nessa dinâmica do positivismo, mesmo diante de situações expressamente reguladas pela norma escrita, dar-se-ia, a partir de então, ao intérprete uma espécie de mitigada autorização ou licença para atender um certo finalismo ou utilitarismo jurídico, vide vedação do *non liquet*, ainda que, por acaso, tivesse que episodicamente minimizar a importância imediata da dicção normativa, realizando herculeamente uma política jurídica de normalização ou normatização da homogeneização e da pasteurização de um dado modelo de sociedade.

Porém, a concepção estatal de Direito não se deixou por derrotar. Na prática, a legalidade imperava. Na atividade decisória, em via parecida, pouco importava a fórmula adotada pelo magistrado para conduzir sua atividade, porque essa genericamente jamais fora uma das preocupações do positivismo.

O que houve, na realidade, foi uma suscetibilidade para a “desumanização do jurídico”¹⁴⁵, sendo certo que a temporada do positivismo completo e concreto, sob o pretexto de salvaguardar a autonomia da ciência jurídica, acabou por isolar dados jurídicos da realidade

¹⁴³ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **As normas escritas e os princípios jurídicos**. Fortaleza: IMPRECE, 2005, p. 113. A expressão “construtivismo judicial” também foi bastante divulgada por John Rawls, em um artigo denominado “o construtivismo kantiano na teoria moral”, divulgado na década de 1980. Em abreviadas linhas, a justiça, segundo Rawls, procede de um “processo de construção”; ela é resultado da performance dos partícipes desse processo, considerados como agentes racionais do procedimento de construção”. Noutros dizeres, a “correção moral” não é desvendada por um oráculo, mas é arquitetada pelo debate na sociedade. É por meio da argumentação racional, num discurso, que é revelada (construída) a resposta juridicamente correta. Essa teoria igualmente foi abordada por Robert Alexy, em sua Teoria da Argumentação, ainda que sem acolher a denominação nas bases da proposta.

¹⁴⁴ Cf. ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 19: segundo o qual “no Brasil, o construtivismo judicial positivo teria desaguado numa espécie de neoconstitucionalismo, que está mais para uma forma enrustida de não constitucionalismo, no sentido de um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição (e de princípios como a dignidade da pessoa humana, p. ex.) ao passo que silenciosamente provoca sua mais completa desvalorização”.

¹⁴⁵ Cf. CARVALHO, Orlando de. CANTALLI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41.

humana e social, ao personificar o Direito como mera unidade de um complexo de normas jurídicas, não fornecendo respostas ou explicações adequadas para situações emergenciais da existência humana em meio aos problemas sociais.

Desvanecendo o reenquadramento que o sistema jurídico poderia exercer sobre os dados da natureza humana, ainda que esse ideal de completude, como de concretude, fosse uma exigência, ao mesmo tempo que necessidade das ingerências da vida moderna em face da certeza, com muita particularidade, o fenômeno da positivação, pensado para ser completo e concreto, senão instaurou um problema axiológico normativo.

Na verdade, a positivação, como antes dito, mesmo na teoria *kelseniana* de base, já apontava para existências de problemas. De modo geral, esse contexto senão delataria que a hiperpositividade (completitude) e a rigidez cartesiana do direito (concretude), com dogmas e crenças normativas, cientificamente fundamentados, estavam (como estão muitas vezes), de tal maneira, subordinados aos donos ou às forças do poder, o que revela, sobremaneira, também seu caráter estatuído¹⁴⁶.

Haja vista um conjunto de mensagens legisladas que integravam um domínio heterogêneo, uma vez que produzidas em termos diversos e em diferentes condições de aparecimento, há muito os conceitos utilizados pelos Direito incorporaram-se numa intenção axiológico-normativa, que lhes deram a intenção de um enquadramento, de uma última *ratio*, que apesar do propósito justiceiro, atendeu, quando muito, aos mais variados interesses, que, diga-se de passagem, não eram necessariamente jurídicos¹⁴⁷.

Nesse aspecto, o frenesi positivista autopoiético – tanto na sua versão pura, quanto na sua versão autêntica, muitas vezes a cargo dos tribunais ou de juízes singulares – não findou afastado da conjuntura racional e cartesiana a que se propusera, no sentido de querer-se fundamental ao extremo, ao ponto de apresentar-se como proposta transcendental, ainda que muitas vezes não conseguisse dizer muito quando tentou erigir significações em torno de suas construções as mais diversas na zona intermediária entre o regulado e o não regulado.

Se se analisa exatamente o paradoxo encetado por este feixe, avultou, como consequência, pelo Direito, um discurso legitimador – completo e concreto – genuinamente idealista, cuja aplicação é longínqua e o sentido, normalmente, místico ou mistificador. Muitas vezes a solução jurídica, a cargo do Estado e de seus juízes, foi justa ou politicamente

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 113-115.

¹⁴⁷ Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 108.

insatisfatória. Os dogmas da completude e da concretização figuraram senão enquanto uma ficção inconclusiva, sendo esse deveras o seu ponto fraco.

No final das contas, muito embora fosse salutar o esforço de perseguir um sistema ou ordenamento jurídicos fechados, completos, concretos, coerentes, coesos e consistentes, muitas vezes, o positivismo jurídico e seus anseios de completude e concretude cambiaram para uma postura meramente exegética de subsunção, limitada a descrever a moldura kelseniana, o que se concretizava na atividade judicial de mera produção de política legislativa do Direito, mediante regras do próprio sistema ou ordenamento.

Em verdade, esse caráter arbitrário de que se valeu o aparato jurídico enquanto ciência e sistema, no afã de vislumbrar-se autopoietico, no universo de regras escritas ou de conteúdo fechado, que formaram a parte quantitativamente mais densa do ordenamento jurídico, provieram de um manancial integrado a uma esfera compreensiva da normatividade. Tais tempos de clausura jurídica culminaram nos excessos de uma sistematização exagerada, com consequente fechamento do Direito, que negava descaradamente a sobrevivência de lacunas, contradições e antinomias reais, aparentes e ideológicas de toda sorte no sistema, porém, existindo, sobretudo, em categorias demasiado totalitárias, herméticas e estanques.

Esse princípio de ausência de lacunas, contradições e antinomias foi interpretado, na verdade, pela grande maioria dos juristas positivistas como uma ficção de política jurídica ou, pelo menos da Ciência do Direito. Se admitidas, à época, tais espécies de problemas no ordenamento jurídico, seria relegar a cientificidade jurídica a nada ou aceitar que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobriria jamais o universo dos comportamentos que pretendeu estatuir em prescrições normativas, exigindo-se outros centros produtores, como a moral ou a religião, por exemplo, a despeito das formas formais e solenes¹⁴⁸.

A questão, quando relacionada ao problema das fontes, além disso, não deixa de sinalizar a dificuldade de conceber o sistema ou ordenamento jurídico como uma unidade, o que afeta também os ideais de completude e de concretude aos quais, em cuja base tópica, foi alçado o fenômeno jurídico, imbuído de racionalização excessiva, que remonta à legitimação do Direito e à sua fundamentação corroborada à ordem, no passo da justificação de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico foi o liberalismo.

Isso, hoje, obviamente, não significa que o ordenamento seja assistemático ou que, nele, exclui-se a possibilidade de uma lógica formal das normas em seu bojo. Significa, apenas que

¹⁴⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, p. 178 e 181.

a metodologia jurídica da forma inicialmente ideada não é estritamente estática ou lógico-formal¹⁴⁹, mas sim dinâmica, sujeita às vicissitudes condicionais ou espaço-temporais.

Além do mais, a matriz desse simbolismo legiferante autorreferenciado, que subjaz por um espírito de rigidez e conservadorismo e apenas de modo simbólico, sendo deformado durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e de interesses econômicos concretos¹⁵⁰, refletia ainda claro despreço pela realidade circunstante e pela verdade experimental.

Motivo pelo qual o que se colheu da história jurídica até aqui foi um sistema ou ordenamento legais, de cunho nominalista ou instrumentalista, que ora mais serviu – enquanto critério de segurança e certeza – para conformar a realidade excludente de atores marginalizados da sociedade, ora para encobrir, ora para mascarar problemas multifários, como os político-econômicos e sociais, obstruindo transformações eficazes e efetivas em seu seio.

A situação desencadeada não deixa de denotar, ao mesmo tempo, uma relação frouxa entre normas as mais diversas, como igualmente estabelece, em verdade, como já denunciado acima, um problema de unidade ou de consistência jurídica calcado, por vezes, no próprio decisionismo judicial, cuja conjuntura ao mesmo tempo que serve para integrar o Direito, acaba, porém, em contrapartida, dificultando à harmonia que o fenômeno jurídico escrito prometeu promover enquanto sistema autopoietico, completo, coeso e concreto.

Prima facie, esse modelo paradigmático de dinâmica jurídica, a despeito da estática, comprovou, infelizmente, que a incomensurabilidade dos problemas da modernidade (e ainda hoje da contemporaneidade) não puderam ser eliminados ou abolidos num repente, por uma arte retórico-argumentativa de construção deveras vazia, ao cargo da dogmática e da prática jurídica. Na realidade, da leitura que se faz dos argumentos sustentados até aqui, é, primeiramente, que nenhum sistema ou ordenamento jurídico são perfeitos, na verdade, são fenômenos multifários, ou melhor, “o Direito não é uma empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas”.¹⁵¹

Depois, muito embora pareça ter havido um forte otimismo quanto às potencialidades renovadoras da construção de um Direito decerto autopoietico, completo, coeso e concreto, este não levou em conta a propositura ôntica dos particularismos periféricos distantes da configuração eixo/centro de sua configuração.

¹⁴⁹ Idem, op. cit., p. 149.

¹⁵⁰ NEVES, op. cit., p. 147.

¹⁵¹ Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 1, para quem ainda: “O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente”.

2.1.2 O Direito como norma válida versus norma eficaz

Sabendo-se, desde antes, que, muito embora se tenha imaginado uma norma fundamental, a ordem jurídica se decompõe há muito em unidades normativas que, ao mesmo tempo que a exprimem (a ordem jurídica), e, em certo sentido, concretizam-na.

As normas funcionam, pois, como mediadoras na aplicação do direito às situações concretas da vida em sociedade; isto é, assumem o papel aglutinador de um comando genérico, abstrato e coercível, ditado pela autoridade competente, a ela igualmente correspondendo a noção de lei em sentidos e conteúdos tanto formal como material.

E é sobre esse tema que o presente estudo passa a enfocar a partir de agora, afinal, as normas, apesar de dificilmente serem postas em dúvidas, estão na base de boa parte da perplexidade sobre a natureza do Direito. Na mesma linha argumentativa de Hart, a necessidade de ainda se abordar tal temática no âmbito dessa pesquisa, não acontece em vão, mas em vistas de que o assunto (da norma) – enquanto natureza do próprio Direito – continua suscitando equívocos entre o que é o discurso do Direito e o discurso sobre o Direito:

A reflexão sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; em retrospectiva, entretanto, fica evidente que tem versado quase que continuamente sobre uns poucos temas principais. Estes não foram escolhidos gratuitamente nem inventados pelo puro prazer da discussão acadêmica; dizem respeito, a aspectos do direito que a todo tempo parecem naturalmente dar causa a equívocos, de tal modo que a confusão, e a subsequente necessidade de ulterior elucidação, podem coexistir mesmo nas mentes de homens ponderados que têm domínio seguro e sólido conhecimento do direito¹⁵².

Dito isso, mais precisamente, aqui, procurar-se-á dar continuidade à compreensão do Direito Positivo anteriormente estreada, enfatizando os critérios de validade e de eficácia com os quais as proposições normativas são estudadas no âmbito de uma teoria geral do Direito. O objetivo não é ministrar uma significação da norma, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada ao alvedrio da correção do uso da palavra.

É antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema ou ordenamento jurídicos, como dito acima, via parâmetros de validade e eficácia¹⁵³. Inicialmente, ao tratar de tais questões, antes, é preciso também atravessar o problema da determinação das fontes do Direito, cuja questão se inclina na positivação do substancial normativo, ou mais precisamente na delimitação de seu próprio objeto.

¹⁵² Cf. HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2009, p. 7.

¹⁵³ Idem, op. cit., p. 21-22.

Ou seja, aqui coloca-se em ênfase a dificuldade de investigar, ademais, como tais conteúdos da norma (validade e eficácia) contraem juridicidade ou figuram, de acordo com a história vigente, enquanto preceitos jurídicos ou como o Direito propriamente dito. Logo, essa questão preambular das fontes, estando conexa ao mote de compreender o que compõe o manancial do Direito enquanto Direito, não pode prescindir de ponderar como a validade se imbrica na realidade social, adquirindo razão de dever-ser no Direito.

Posta nestes termos, desde muito, a questão não é necessariamente jurídica, mas um tema que transcende até o sistema jurídico posto, que escapa à realidade regulamentadora desse sistema e se dilui ainda na contemporaneidade, suscitando questionamentos e argumentos diversos, de apologistas à críticos¹⁵⁴.

Pode-se dizer até que o problema do fundamento primeiro das fontes ou da validade das normas de Direito – em termos de *o que é/são?* – converte-se em última análise num problema (novamente) ontológico, o qual não necessariamente denota atraso científico, mas um caminho para entender em que, como e quando se baseia essa virtude consensual para estabelecer legislações heteronomamente vinculantes e coercitivas ao ponto que se inflijam a humanos tidos por naturalmente livres.

Simplificando, o problema que se enfrenta por ora se atém, em maior ou menor escala, a indagar da legalidade de uma norma, isto é, de constatar se ela provém de um órgão ou de um comando legítimo e se, em igual medida, foi estabelecida dentro dos limites que decorrem da base de legitimidade de uma dada instância social, no afã de produzir efeitos.

Ao tentar responder esse questionamento, não surpreende que até as doutrinas mais revolucionárias e antijusnaturalistas, no que tange ao manancial das normas, estejam profundamente vilipendiadas pela iniquidade das teorias cujo predicado característico é o Direito Natural¹⁵⁵. Diz-se isso porque a premissa em face do contrato social é a que mais se adequa à concepção de legitimidade intimamente ligada à noção de validade das normas jurídicas, ou seja, sobretudo, a de existência um poder consensual formalizado visando a afiançar e promover a liberdade dos seres livres¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 1-3: O próprio Hart, no prefácio de sua obra *O Conceito do Direito*, deixa claro que “ensaio sobre a teoria jurídica analítica, por que diz respeito à classificação do quadro geral do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa”. Uma teoria analítica do Direito analisa o fenômeno jurídico a partir da perspectiva da interdisciplinaridade, suscitando a confluência dos mais variados ramos científicos, como da semiótica e linguística (nas variantes da semântica, sintaxe e pragmática) para a interpretação, da lógica (proposicional e predicativa) para o apuramento de conflitos normativos e da epistemologia para o conhecimento do direito.

¹⁵⁵ Vide BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1999, p. 70-71.

¹⁵⁶ Cf. MACHADO, op. cit., p. 264-265. Autores mais modernos como John Rawls e Michael Walzer também vão nesse sentido de contrato ou consenso no sentido de fundamentalidade social das normas, respectivamente, em suas obras *Uma Teoria da Justiça* e *Esferas da Justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*.

Nesta ordem, com indiscutibilidade, o fundamento que, em derradeiro grau, convalida tal ideia de validade das normas jurídicas, brotadas de um interesse legítimo, estaria arraigado em acontecimentos psicofísicos de aceitação vastamente difundidos na sociedade¹⁵⁷, representando vivências de validade, reificadas num dado aspecto objetivo da realidade.

Tal competência institucionalizante não funciona, em último termo, como um domínio de coerção, mas como uma instância de salvaguarda dessa mesma liberdade inerente aos humanos. Essa posição, apesar da forte carga teórica jusnaturalista, é pragmática ou comunicacional, ou semântica, na medida em que pressupõe um órgão legitimado emissor e produtor de normas, assim como figuras receptoras das mesmas.

Nessa concepção, aliás, considera-se que o ser (caractere ôntico) e o dever-ser (caractere deôntico e fático) são os operantes diferenciais da linguagem das proposições normativas, desempenhando, pois, o preceito de uma ação funcional ou relacionante no âmbito do Direito, mais em viés sintático (no sentido de uma proposição axiomática) que semântico (axiológico).

A norma devidamente legitimada, ao incidir sobre um dado fático ou sobre caracteres ôntico e deôntico, vincula-os por tal enfoque a um comando ou a uma imputação, isto é, a uma relação entre sujeitos, que primordialmente apenas existe nos planos seja da moral, seja da religião, seja da cultura de um modo geral.

Essa relação, já que comunicacional, é igualmente interpessoal e intersubjetiva. Dessa maneira, inicialmente, os fatos são, portanto, não jurídicos em virtude de que só posteriormente é que as normas legitimadas e, portanto, válidas, atribuem-lhes efeitos normativos. Aliás, diz-se do fato (ou do dado) jurídico o episódio legalmente ressaltante ao ponto de apto para a geração e modulação de consequências na alçada do Direito.

Tais implicações manifestam-se sucessivamente na composição, transformação ou aniquilamento de uma circunstância jurídica, que é a disposição em quem um receptor da norma, na condição de agente ou passivo, compreende-se atrelado ao seu *status*, aos seus direitos e deveres ou às suas obrigações ou às suas faculdades.

Funcionalmente, esse fechamento epistemológico vestibular deságua para revelar certa ininterrupção normativa ou a defluência dos níveis de suposições deônticas do sistema ou tão

¹⁵⁷ Idem, op. cit., 47: Visto por esse lado, pelo princípio da soberania da pessoa, é esta quem dá a ordem, além de uma certa aceitação geral de que aquele poder é capaz de ordenar. Portanto, os indivíduos devem pautar o seu comportamento nas regras determinadas, ainda que não exista um funcionário para cada indivíduo a fim de lembrá-los que as regras devem ser obedecidas. É necessário que o indivíduo aplique a regra em si mesmo, tendo em mente o motivo para que esta seja obedecida, no caso, a sanção. Desse modo, “[...] os membros da sociedade devem descobrir as regras e pautar o seu comportamento por elas; neste sentido, ‘aplicam’ eles próprios regras a si mesmos, embora lhes seja fornecido um motivo para obedecerem, como a sanção acrescentada à regra”. Para Hart, essa situação social é, para sua teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para existência do Direito.

apenas demonstrar que o dever-ser não apenas provém do dever-ser, mas que é também um dado construído genérica e socialmente.

Nesse sentido, a proposta pragmática, comunicacional ou realista ou social propõe que o caráter de juridicidade – validade – das normas estaria no grau de institucionalização da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa. Se deveras bem-sucedida, essa suposição pela confirmação do consenso social sobre as normas significa que a autoridade ou órgãos de comando estão institucionalizados¹⁵⁸, decorrendo daí que, se o reconhecimento do caráter jurídico de uma norma depende do grau de institucionalização da relação da autoridade manifesta em seu cometimento, o fundamento do Direito não está na força, contudo, jaz no caráter jurídico da norma institucionalizante, ou seja, da relação existente entre autoridade legitimada e a aceitação social da norma instituída, isto é, válida¹⁵⁹.

Concordam com essa concepção dialógica da validade normativa Hart e Alf Ross¹⁶⁰. O primeiro propõe que essa dinâmica de validade normativa se baseia numa norma metajurídica de reconhecimento, que simplesmente existe, a despeito de ser válida ou inválida¹⁶¹. O segundo enceta um positivismo mais genérico que estrito, considerando uma concepção semântica de validade legalista. Para ambos, a norma, olhada pelo prisma de seu conteúdo linguístico, é um signo que preceitua uma realidade comportamental, e cuja validade verifica-se por uma afinidade calcada no binômio preceito normativo *plus* expectativa de comportamento, cuja

¹⁵⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 79.

¹⁵⁹ Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 80, para quem: "a maioria das pessoas obedecem ao direito não só por receio da polícia e das sanções sociais extrajurídicas (perda da reputação, da confiança, etc), mas também por acato desinteressado ao direito. O cidadão comum também é animado - num maior ou menor grau - por uma atitude de acato ao direito, à luz do qual os governantes aparecem como poderes legítimos ou autoridades" de modo que seu agir não é encetado como mera violência, mas sim justificado na qualidade de quem respalda o direito. "Quando as regras do direito estão bem estabelecidas essa atitude se torna automática [...]"

¹⁶⁰ Cf. ROSS, op. cit., p. 78: "A interpretação segundo a qual o Direito é constituído por regras respaldadas pela força é inadmissível por outra razão: resultaria na exclusão, do domínio do direito, de partes essenciais que estão indissoluvelmente conectadas às normas de conduta em sentido figurado, as quais tem o respaldo da forças [...] É forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consista no fato de que se referem à aplicação da força, e não que são respaldadas pela força", isto é, as normas não são necessariamente válidas por causa da força, mas em razão de seu caráter estatuído, institucionalizado e reconhecido pelos destinatários.

¹⁶¹ Cf. HART, op. cit., p. 111. Mais precisamente Hart a chama de regra secundária de reconhecimento que seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. Essa regra simplesmente existe porque obedece a critérios dotados de autoridade, como o texto do ato legislativo, a prática consuetudinária ou as decisões dos tribunais, uniformes e transitadas em julgado. Partindo do sistema positivista jurídico inglês, a regra de reconhecimento, na maior parte dos casos, segundo Hart, não é enunciada, mas sua existência se manifesta no modo como outras regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais, como pelos funcionários públicos, como pelos particulares ou seus consultores. Logo, para tal autor, dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento, portanto, como uma regra do sistema. Ao mesmo tempo, à p. 122, Hart pondera que a regra de reconhecimento é meio difícil de ser identificada porque "escapa às categorias convencionais usadas para descrever o sistema jurídico".

instituição acontece pela via de um órgão legítimo do poder ou, como geralmente acontece, de aplicação por parte dos tribunais¹⁶².

Validade contorna, então, um comportamento relacional que desponta da experiência social de uma conduta como obrigatória e coercitivamente efetiva. Dizer que uma norma vale, tanto em Hart quanto em Ross, é afirmar que ela é aplicada pelos tribunais com a consciência (consenso) de sua obrigatoriedade por parte de terceiros. O argumento é, contudo, ressalvado pelo próprio Alf Ross, que arregimenta:

Esse componente de motivação desinteressada, de cunho ideológico, é com frequência descrito como consciência moral, produzida pela tradicional observância do ordenamento jurídico. A ambiguidade do termo moral pode gerar mal-entendidos. É verdade que a atitude que consideramos poder ser genuinamente reprovadora do ato ilícito, porém isso não é essencial. Comumente, essa atitude encerra mais caráter formal: dirigida às instituições e importa o reconhecimento de sua validade como tais, independentemente do fato das exigências nas quais se manifestam poderem ser aprovadas como moralmente certas ou justas.¹⁶³

Obviamente que os positivistas de escol, os mais ferrenhos, que costumam enfrentar a discussão sobre o fundamento de validade do Direito, procurando abstrai-lo dos aspectos políticos e morais e históricos envolvidos no tema, não concordam necessariamente com a premissa acima comunicacional ou semântica da validade norma.

Kelsen, sobretudo, suscita uma questão de ordem em torno dessa concepção realista-social de validade normativa no sentido de que, se a validade de um dado posto só pode ser apurado pelo cotejo de seu conteúdo revelado empiricamente com o tirocínio de sua aplicação. À vista disso só seria crível conceber que uma norma tem o devido crédito normativo após de advinda a experiência. Ou seja, a crítica kelseniana vai ao encontro da determinação de que, ao Direito, compete senão confirmar a validade da norma, e não dizer se uma norma vale ou não em certo coeficiente de probabilidade.

Notoriamente, diferentes definições de validade dadas pelas mais díspares e distantes escolas do Direito só poderiam ensejar contra Kelsen objeções as mais diversas, mas que se resumem de um modo geral ao seu excesso de formalismo.

Ross denuncia-o em razão de um suposto reducionismo científico, nos moldes racionalistas kantianos do imperativo categórico transcendental, na medida em que, para encontrar a validade das normas, teria Kelsen recorrido a um escalonamento de base hipotética ou a um juízo supra-hipotético, que mais funcionaria como uma ficção ideal.

¹⁶² Cf. FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 144.

¹⁶³ Cf. ROSS, op. cit. p. 80.

Dimoulis considera problemático o “fechamento normativo” *kelseniano*, considerando que sua teoria se aparenta alheia à realidade, expressando um pessimismo sem fim¹⁶⁴. Bobbio, ressaltando, noutros dizeres, que Kelsen, com sua norma hipotética, estaria radicando sua teoria praticamente no impossível e no impraticável – via validade não relacional e dissociada de qualquer premissa real, a não ser ideal-transcendental e fictícia –, sugeriu que uma norma válida teria sua razão de dever-ser num ato de poder, na esteira das teorias realistas dialógicas.

Nessa perspectiva:

Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da falta de compreensão de sua função. Posto um ordenamento de normas de diferentes proveniências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provêm a constituição, as leis ordinárias, os regulamentos, as decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não encontraríamos o *ubi consistam* do sistema. E essa norma só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro. Uma vez definido que todo poder jurídico é produto de uma norma jurídica, só podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico se também o considerarmos como produto de uma norma jurídica. A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental. O fato de essa norma não ser expressa não significa que ela não exista: referimo-nos a ela como fundamento subentendido de legitimidade de todo o sistema.¹⁶⁵

Em um sincretismo teórico que alia positivismo estrito e genérico, a norma válida, para Bobbio, é a que é posta pelo órgão fundador da estruturação jurídica, sendo que sua característica é a efetividade: ou seja, ou essa autoridade se impõe, ou não é instância capaz o suficiente para estatuir sequer uma norma fundamental válida.

Sob esse ponto de vista, releva Bobbio que, se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida ou pressuposta, no máximo ela existe, o que acontece, por exemplo, quando o órgão aplicador do Direito, o qual fora de sua competência primária, via sentença, aplica o Direito, gerando um norma, mas esta não tem o condão de se tornar uma norma essencialmente válida.

Uma tentativa, porém, de intermediação entre as posições de Hart e de Kelsen encontra-se em Raz. Esse autor afirma que o reconhecimento da validade jurídica de certas normas não decorre da observação da realidade social (postura e conduta das autoridades e do cidadão). Deriva de uma regra do dever-ser que impõe esse reconhecimento, que, a despeito da norma hipotética fundamental, aquela existe¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 62.

¹⁶⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**, 2010, p. 220-221.

¹⁶⁶ Cf. DIMOULIS, op. cit., p. 64.

Ao contrário dos autores já citados (Ross, Hart e Bobbio), mais realistas, a explicação encontrada em Kelsen, obviamente, não deixa de ser idealista, porém é formal: o ordenamento é válido, porque teoricamente foi postulado e pressuposto como válido¹⁶⁷. Explica-se: a norma válida que, na concepção *kelseniana* não é posta, mas pressuposta, trata-se deveras de uma hipótese¹⁶⁸ técnico-gnosiológica e logicamente pensada para estancar o *regresso ad infinitum* do movimento cadenciado de busca do princípio de validade de toda a superestrutura do Direito.

Essa norma base (ou dita fundamental) não é positivamente verificável (de forma empírica), vista que não é posta por outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento. Essa postulação acontece da mesma forma como ocorrem nos sistemas científicos, de sorte que os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que não são dedutíveis por elas mesmas.

Esses postulados são postos por mera convenção ou em razão de sua pretensa evidência. O mesmo se podendo dizer de uma norma fundamental qualquer¹⁶⁹. A posição kelseniana, embora pareça autoritária, concomitantemente ingênua e passível de muitas críticas, descortina um aspecto de validade também utilitarista do ponto de vista do normativismo positivista, qual seja o de que não é plausível dizer, apenas tomando-se solitariamente uma norma, se ela é ou não válida. Nessa linha de pensamento, com certo rigor e acuidade formalista, partindo-se da premissa eminentemente normativista analisada até aqui, pode-se entender, nesse sentido, o arquétipo kelseniano de validade.

Aliás, com efeito, é nesse recorte que Kelsen edifica sua propositura básica de norma fundamental, na medida em que uma norma vale em relação a outra norma, que a antecede hierarquicamente. Assegura-se, inobstante, que sua concepção, ao contrário da relacional acima delineada, é sintática, em detrimento da semântica: a norma, enquanto signo, é um meio tão somente correlato a outro signo, sendo justo por isso, uma configuração autopoiética.

A relação existente na configuração *kelseniana* é apenas delineada pelo binômio norma/norma, compondo-se, pois, a partir daí uma estrita relação de validade. Identificar, sem embargo, nestes termos, a validade de uma norma significa, portanto, verificar algum liame de

¹⁶⁷ Cf. HART, op. cit., p. 120, que critica essa premissa, inclusive, afirmando que "expressar este simples fato dizendo de forma pouco clara que a sua validade é suposta, mas não pode ser demonstrada, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar [...]".

¹⁶⁸ Cf. BOBBIO, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 201.

¹⁶⁹ Cf. BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 69. Bobbio ainda aduz que sobre a norma fundamental não se pergunta sobre seu fundamento, porque, ao fazê-lo, a questão em si descambaria para a falta de fundamento algum, residindo justo aí o motivo pelo qual um dado postulado é sempre pressuposto. Ainda pondera que este, do ponto de vista normativo, não é mais um problema jurídico, mas questão que se encontra fora do sistema.

correlação subordinada em face de outra norma. Validade, portanto, não teria imbricação alguma com a simetria e harmonia empíricas dos comportamentos legalmente regulamentados.

A consumação ou não de uma certa conduta em face da norma não abaliza seu conteúdo de validade, porque ela mesma vai existir independentemente de qualquer conduta realizável ou experimentável¹⁷⁰. Haveria, então, um distanciamento entre validade e factualidade, sem que a segunda determine a primeira ou que a validade se reduza aos fatos por ela normados¹⁷¹.

Noutros dizeres, ser uma norma válida não significa que ela é verdadeira ou falsa, mas que ela simplesmente vale de acordo com os procedimentos formais e materiais para sua existência previstos num dado ordenamento jurídico. Coesa e coerentemente, subjaz da norma fundamental – enquanto parâmetro de validade – um postulado: o de que o sistema proposicional normativo se inicia exatamente com ela.

Daí que a norma fundamental, ou *Grundnorm*, é, destarte, a proposição-válida-limite. Para o positivismo estrito, se a validade é conceito cientificamente escalonado, só pode ser reconhecida num contexto de normas denominado ordenamento ou num dado sistema legal como um todo lógico-formal. Nesse sentido, o próprio Kelsen, na *Teoria Pura*:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica - e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes

¹⁷⁰ Cf. KELSEN, **Teoria pura do direito**, p. 304, para quem: nenhuma norma jurídica pode recusar-se a validade por causa do conteúdo de suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista”.

¹⁷¹ Vide BOBBIO, op. cit., p. 202, para quem o responder que uma norma é válida juridicamente apenas porque foi observada é justo uma solução que se desejou evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, de não fazer depender o direito da mera empiria dos fatos.

atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo.¹⁷²

Do excerto acima, considera-se que o ordenamento jurídico só pode ser cientificamente analisado como se fosse um conglomerado unitário e sistemático, pelo fato de que todas as normas têm o mesmo alicerce de validade. Daí porque, de acordo com Bobbio, “a validade é a pertinência de uma norma ao ordenamento”¹⁷³.

Imaginar a contextura sob comentários dessa maneira serve para dar certa unicidade e coesão ao sistema como um todo¹⁷⁴, que é unitário, fechado, completo e autossuficiente, nele nada mais faltando para o seu aperfeiçoamento, que se resume única e exclusivamente a um emaranhado de relações normativas. A metodologia de construção de proposições normativas de validade estaria, assim, enveredada sempre por outras normas, conforme o princípio da hierarquia ou da continuidade normativa ou critério (escalonamento) de pertinencialidade ao sistema, isto é, o sistema de proposições normativas contém como parte integrante de si mesmo as regras de formação e transformação de suas proposições.

Obviamente que esse verticalismo legislativo, novamente, não esteve nunca imune a críticas. Objurga-se justamente essa crença num sistema positivo capaz de ser arquitetado com perfeição onisciente e onipotente, capaz de prever todo tipo de delituosidade futura *in abstracto* e de satisfazer todas as carências sócio-humanas dentro de um modelo centralmente dogmático-normativo, o que redundaria na ausência de participação popular na construção das tratativas normativas e sempre acontece, ao contrário, pelas via de atos de imposição, consecutivamente de cima para baixo.

A despeito de tais escrutínios, o ponto de ligação de todas estas normas mora justamente, como já asseverado antes, no conceito lógico-formal de fundamento de validade, o qual adquiriu pertença ao ordenamento jurídico em face de se assentar em modelos formais e materiais de sua própria produção normativa. Todavia, não bastam apenas estes requisitos formais e materiais para dar ares de juridicidade a uma dada norma: um mínimo de eficácia, como afirmou Kelsen, é também condição para a sua validade. Trata-se de uma eficácia

¹⁷² KELSEN, op. cit., p. 141-142.

¹⁷³ Cf. BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1999, p. 67.

¹⁷⁴ Cf. BOBBIO, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 200.

meramente simétrica ou positiva, do tipo ideal, ou seja, de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou atingido pelo comando normativo¹⁷⁵.

Não se vai aqui, haja vista um recorte epistemológico, estudar as modalidades de eficácia, quais sejam a plena, limitada, contida, dentre muitas outras espécies ou perquirir por que modelos os enunciados normativos se veem às avessas com o mote de sua fundamentalidade teleológica ou social. A opção aqui principiada é mais humilde e focada numa linha mais da zetética.

Partindo disso, o tema da eficácia denota um caso especial da relação entre o dever-ser da ordem jurídica e o ser da ordem natural. Em Kelsen, olhado o assunto por esse feixe, se a validade é puramente dever-ser e a eficácia um ser, não há conexão intrínseca alguma entre ambas. Colhe-se, então dessa, posição *kelseniana* algumas resoluções. A primeira é que separando dados objetivos científicos do ordenamento jurídico (validade/dever-ser/deontológico) dos da realidade fática (eficácia/ser/ontológico), Kelsen fez mesmo o que outrora sempre desejou, isto é, afastar a ciência jurídica de todo dado material da realidade, patenteando, de tal maneira, a neutralidade e a imparcialidade do estudioso, cunhando-se, pois, uma postura distanciada deste em relação ao objeto estudado.

Segundo, ao condescender que a validade requer uma dose homeopática de eficácia, a posição *kelseniana* é também estratégica no sentido de que um ordenamento que não goze de um mínimo de aplicabilidade social também não poderia ser válido, porque necessitaria de substrato real para se implantar, tornando-se, destarte inoperante.

Por derradeiro, conclui-se, ao passo que a validade seja uma qualidade do Direito, enquanto sistema global ou ordenamento, a eficácia é predicativa da efetiva conduta dos homens. E o liame relacional entre validade e eficácia, do ponto de vista positivista *stricto sensu*, mormente em Kelsen, praticamente aí se esgota, denotando uma das poucas concessões realizadas por ele mesmo no âmbito de sua propositura teórica.

Noutros dizeres, frise-se, ainda que todo o exercício teórico investigativo e prático do Direito Positivo comungue, em alguma instância teórica, da noção de validade como consagração conceitual da ideia de ordem, para qual não existiria juridicamente desordem, não de outro modo, a eficácia foi trabalhada pela *Teoria Pura do Direito* e por outros positivistas renomados apenas tangencial e marginalmente, carecendo de enfoque mais realista, e justo por

¹⁷⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 377. A expressão simétrica diz respeito à identificação do conteúdo da eficácia com os efeitos pretendidos pela norma.

isso constitui uma das conceituações e mais complexas questões enfrentadas pela cultura positivista ainda contemporaneamente.

Daí porque, a questão da eficácia é mais ou menos posta de modo homogêneo por muitos autores normativistas como condição externa de validade, equivalente ao seu plano de ação ou de produzir um dado resultado jurídico desejado, mas não como requisito de validade intrínseco ou condição *sine qua non* da norma jurídica em si¹⁷⁶.

Vem daí, portanto, seu conceito mais basilar. Ou seja, como visto até aqui, a validade encontra posição nuclear para a estruturação de um sistema ou ordenamento jurídicos, que se resumem a uma dada norma jurídica ou conjunto delas, e não necessariamente o contrário. Como *summa* teórica, de um lado, reside a afirmação de que a validade não depende de eficácia de forma alguma; de outro, a de que validade e eficácia se identificam, ainda que seja por um mínimo denominador comum. Por último, há a ideia de que existem normas jurídicas que não são observadas em determinadas situações ou durante algum tempo, sendo, portanto, ineficazes.

Nesse tocante, importantes são as ponderações de Bobbio sobre a temática, vejamos:

O mesmo se diga do problema da eficácia. Se considerarmos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter da norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas) e, portanto, são válidas, mas não eficazes, pois jamais foram aplicadas [...]. A dificuldade se resolve, também nesse caso, deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito, mas só se a expressão 'direito' for entendida que estamos nos referindo não à norma particular, mas ao ordenamento. O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis quando se considera apenas uma norma do sistema (à qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referimos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o fundamento mesmo da validade.¹⁷⁷

Do fragmento mencionado supra, percebe-se senão que o paralelo traçado entre validade e eficácia não é deveras perfeito¹⁷⁸. O mesmo, pode-se pensar, quando considerada a questão

¹⁷⁶ A doutrina, por uma questão de delimitação do conteúdo semântico dos enunciados jurídicos, geralmente distingue eficácia da norma, de efetividade ou eficácia social ou da eficiência. Embora sejam conexos, os conceitos não necessariamente se confundem, a bem da verdade. A eficácia diz respeito ao alcance de um fim. Nesse sentido, são eficazes o remédio que cura ou o juiz que sentencia. A eficiência é uma faceta da eficácia, no sentido de perspectivas de melhores resultados, utilizando-se poucos recursos ou menos trabalho. Por último a efetividade ou eficácia social é a satisfação plena e legítima da pretensão jurisdicionada, realizando transformações fáticas no todo social. Neste estudo, apesar da tricotomia, na linha do uso geral da expressão, eficácia será utilizada como gênero, indistintamente.

¹⁷⁷ Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1999, p. 43-44.

¹⁷⁸ Vide HART, op. cit., p. 115, para quem: “diz-se de alguns enigmas relacionados com a ideia de validade jurídica, que eles respeitam a relação entre validade e a eficácia do Direito. Se por eficácia se quer dizer que o fato de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz”.

da eficácia e da justiça da norma, sobre a qual também não deram tanta importância os juristas normativistas. Por exemplo, uma norma pode ser justa, mas não conseguir se implantar na prática, tendo em vista as dificuldades de sua observância ou da interpretação que se faz de seu conteúdo¹⁷⁹. Em qualquer uma dessas situações, é sabido contemporaneamente que nenhuma norma positiva perde sua validade por não ter sido aplicada em determinados casos ocorrentes, quedando, pois, não justa de um modo ou outro qualquer, mas que também, existindo uma norma, não necessariamente implicará que ela seja seguida.

Aliás, aqui aparece, inclusive, a importância igualmente da sanção como parte estrutural da norma jurídica, no sentido de que, às vezes, a despeito da consciência moral ou de qualquer lei de reconhecimento secundária ou consenso social acerca de sua legitimidade, a norma é tão somente aderida com a aplicação de penalidades impostas em vistas de se garantir a vinculatividade das expectativas de conduta¹⁸⁰.

Sabendo-se disso, a ineficácia episódica ou temporária não compromete, sobretudo, em tese, a vigência e validade de uma norma jurídica em particular, na realidade, mais diz respeito à póstula social, com graves consequências nos âmbitos em que se espraia largamente o Direito, como os intersubjetivos, o cultural e o político-econômico. No positivismo jurídico estrito, em específico, a eficácia equivale ao princípio de efetividade ou da eficiência, cujo pressuposto é de que um ordenamento jurídico é válido na medida em que for eficaz em sua totalidade, mesmo que, por vezes, uma de suas normas, em si considerada, não venha a ser observada ou aplicada num caso concreto.

Com isso, a validade global do ordenamento jurídico não é afetada pelo fato de que uma ou mais normas isoladas se demonstrem ineficazes, posto que a eficácia do todo jurídico é aferida em termos globais. Isso significa que a validade de uma norma isoladamente

¹⁷⁹ Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 203: “vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos deixar de acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que ‘não há justiça neste mundo’ refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato. Em geral, uma norma para ser eficaz deve também ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, como maior razão não são nem mesmo eficazes”.

¹⁸⁰ Miguel Reale em uma posição muito própria, completamente alheia ao positivismo kelseniano ou genérico, no âmbito da tridimensionalidade de sua teoria neopositivista, entende que “a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o direito, ele é incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito no nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina ‘assentimento costumeiro’, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo”. In: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112-113. No mesmo sentido, é a posição de DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 393.

considerada está na dependência da validade de todo o ordenamento jurídico e esta, por sua vez, depende essencialmente da validade da norma fundamental.

No entanto, realizadas tais considerações até o presente momento sobre o positivismo jurídico-científico puro, seus ideais de completude e concretude, assim como ponderações a respeito da validade e eficácia da norma de modo estrito ao normativismo, desde já, jaz evidente que os traços lógico-formais da arquitetura de uma teoria que se desejou eminentemente pura, cujo sistema respectivo se preocupou mais com os carizes rituais e moldais de seu objeto, não poderiam atentar necessariamente para um enredamento complexo do fenômeno jurídico.

Em imprescindível análise, ao se ressaltar o caráter da eficácia da norma, o viés encetado vai de encontro ao positivismo tradicional pura e simplesmente caldado no determinismo legislativo ou normativista. De tal sorte, possuindo um forte viés histórico-sociológico, ao mesmo tempo que fenomenológico, a temática da eficácia pende a afetar de modo real a teoria e a aplicação do Direito, tornando-se um problema transversal de cumprimento da função social da dogmática jurídica, praticamente erodida nos modos tradicionais de regência jurídica.

Esses modelos de regência jurídica, muitas vezes, são ambíguos e decorrem das relações sociais, que, em momento de crises, não lida bem com suas vicissitudes e patologias daninhas, explosivas e comprometedoras de sua própria tessitura. Desse modo, trata-se, em verdade, a eficácia de um tema relevante e sensível e caro ao debate jurídico contemporâneo, perpassando, muitas vezes, o desequilíbrio entre o papel do positivismo e as restrições que as legislações rígidas de um modo geral impõem à realidade.

Verificadas essas implicações, ao se pensar em eficácia ou no seu consequente lógico (ineficácia), sopesa-se também um contexto que se permite eventualmente possível e aquilo que os a cargo do Direito têm realizado no sentido de viabilizar a concretização de suas normas.

Trata-se de refletir como e por que muitas vezes jaz patente a ausência e a inabilidade de se articular soluções para problemas de tal monta, mormente, calcados nos desarranjos, nas contrafações, nos impactos, nos comportamentos antijurídicos ou nos negadores de preceitos e princípios normativos, além de outros abalos quando se pende a querer ditar e tornar concreto o Direito, quando produzido e reproduzido no tempo e no espaço.

Nesse diapasão, pensar na eficácia técnico-social da norma não rompe fundamentalmente com o ideário positivista; em verdade, apenas pondera, finalisticamente, se os fins encetados pela norma encontraram na realidade condições adequadas para que seus efeitos sejam atingidos conforme os meios prescritos. Segundo Eduardo C. B. Bittar:

Quando se está a falar de crise de eficácia do sistema jurídico, deixou-se de pensar no microuniverso da norma, pois não se está a falar da mera crise pontual de certas

normas do sistema jurídico. Quando se tematiza a crise de eficácia se está a falar dos modos pelos quais o sistema como um todo está sendo incapaz de responder às necessidades sociais e, mais do que isto, se está a discutir o quanto o comprometimento do sistema jurídico não está representativo e significativo do contexto da pós-modernidade¹⁸¹.

Conforme excerto acima, desconsiderar – como muitas vezes acontece no âmbito da teoria e da dogmática jurídica – tal faceta da norma é tornar o Direito inoperante ou ineficiente e sem qualquer finalidade (não entendida aqui como utilitarismo) para o qual foi ideado.

O problema que envolve a eficácia torna-se francamente sistemático ou estrutural até, na medida em que atinge ou mesmo compromete partes nevralgias do todo axiomático-formal do Direito vigente, projetado para aplicabilidade na realidade social. Mais precisamente, pensar em eficácia jurídica traduz na atualidade ausência ou inoperância ou fragilidade das instituições reguladas pela lei ou instituídas por ela.

E isso acaba gerando uma série de problemas do pronto de vista prático-operacional, com os quais o Direito sistemático se vê às avessas: a exemplo muitas vezes da desordem, do descrédito, da morosidade da justiça, da falta de acesso ao Judiciário, dos escândalos de corrupção, do surgimento de poderes paralelos e de forças antagônicas, dos apelos à justiça privada, do aumento da criminalidade e das condições de fome e de marginalidade e de exclusão social, do desrespeito à identidade e à personalidade humana que comporta cada pessoa, gerando não só uma crise de eficácia, mas também de legitimidade do próprio ordenamento, em razão do descompasso entre a validade do sistema e a relevância eficaz, que, normalmente, esbarra na falta de soluções para as urgências dos tempos presentes, muitas vezes ignoradas.

Em igual viés, sobre o tema da eficácia, que é alvo de diversas teorias críticas pós-kelsenianas, Limongi de França¹⁸², por exemplo, pondera que o assunto da eficácia (ou também

¹⁸¹ BITTAR, op. cit., p. 210.

¹⁸² FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 30, p. 184-185. “A eficácia, todavia, abrange outras questões ligadas à história do direito, não para reconstruir as linhas dominantes de uma experiência passada e explica-la na sucessão de seus eventos, mas para indagar de seu sentido, das evoluções e involuções jurídicas, das tábuas de valores do direito enquanto objetivados na história. Essa tarefa, apesar de tantas vezes contestada, não se pode recusar à filosofia do direito, desde que não se confunda com a cultorologia jurídica com a sociologia jurídica ou com a história do direito, duas ciências que não ultrapassam o plano empírico, nem podem indagar das condições e dos fins condicionantes da eficácia jurídica em sua universalidade. Nem há de repisar que essa ordem de pesquisas implica a dos valores que a deontologia jurídica desenvolve, pois normalmente, a regra de direito deve vigor para atualizar efetivamente este ou aquele valor. Pode surgir, no entanto, uma lei que jamais venha a ser cumprida por absoluta falta de ressonância no seio da coletividade. Depois de promulgada, existe apenas como vigência formal, porquanto a sociedade não se ajusta a seus ditames, ou então, altera seu sentido para que possa ser parcialmente executada. São as leis que por não atingirem o momento da eficácia não se podem dizer positivas. Por outro lado, há regras de conduta efetivamente cumpridas e que, por o serem durante certo tempo com convicção de juridicidade, atingem ao plano da vigência e tornam-se juridicamente positivas. Donde pode dizer-se que a positividade surge tanto quando a eficácia se faz vigente como quando a vigência se torna eficaz, em ambos os casos valendo o pressuposto de um valor a realizar, quando mais não seja o da ordem e segurança”.

da ineficácia) contribui para um espaço jurídico vazio ou uma tábula rasa, que dificulta o agir estatal, inclusive, nos âmbitos doméstico e privado, sendo igualmente uma questão filosófica das mais preocupantes porque afeta à discussão do próprio sistema e do ordenamento jurídicos, em termos de legitimidade, deontologia e de aplicabilidade.

Ou seja: quando o sistema jurídico não mais reside para captar a realidade social na qual se assenta ou não mais tem o condão de permear certos campos da realização da vida em sociedade, apenas testemunhando a sua própria defasagem e erosão em face de uma crise que se iniciou na Modernidade clássica, tendo se diluído na contemporaneidade, torna-se, pois, além de inoperante, ineficiente para cumprir sua fundamental missão de proteção das relações convergentes e divergentes por ele encetado, falhando com o compromisso de pacificação social e de realização da justiça.

Conforme José Eduardo Faria:

Historicamente, por mais diversos que tenham sido os desdobramentos dessas respostas, no tempo e no espaço, elas parecem ter um aspecto comum: conduzem à ideia de crise da função social do direito positivo. Afinal, com alto grau de contradições e iniquidades sociais, com gradativa olipolização das forças produtivas e com a consequente coletivização dos conflitos, no âmbito das sociedades de classes, um dos pilares básico da dogmática jurídica acabou sendo moralmente atingido: a crença num pluralismo social redutível a uma unidade formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses mediante um processo de construção de categorias conceituais, princípios gerais e ficções retóricas que depuraria as instituições de direito de quaisquer antinomia e lacunas¹⁸³.

Pode-se conjecturar do trecho citado *supra* que, nessa ideia de crise, seja da modernidade quanto de eficácia do Direito, há nada mais ilusoriamente que uma patente espécie de violência simbólica ou um autoritarismo estatal – perpetrada na falsa impressão de que o sistema jurídico é deveras um pastiche aberto e elástico, justo e compassivo, economicamente eficiente e eticamente equitativo – quando, na mais crua e hostil realidade, o que se colhe dessa contextura são textos normativos retóricos e frios, em que prevalece senão uma conjuntura ideal castiça de completude, coerência, certeza, segurança e racionalidade, em detrimento da pessoa média, que precisa, em certos termos, da lei igualmente para realizar seus anseios prefaciais e existenciais.

Esse é paradoxo da modernidade jurídica contemporânea. O Direito vige, modifica-se, tenta avançar, mas, porque ainda apegado ao modelo positivista do século XIX, parece não conseguir se reinventar, mais aparentando ser defasado aos seus propósitos mais mezinhos.

Defasado porque, ainda arrebatados pelo predominante maquinismo cientificista da ciência moderna, muitos juristas ainda não restaram capazes de romper com a ideia de um

¹⁸³ Cf. FARIA, José Eduardo O. C., op. cit., p. 20.

sistema conceitual ou, deveras, ainda continuam receosos de alforriar-se dessa pretensão de cientificidade. Essa postura obscura apenas que a ciência do Direito só tem razão de ser se seus anseios sejam correspondentes ao seu objeto interpretativa e compreensivelmente garantido, e não mediante o desígnio improfícuo de um simples acomodamento aos procedimentos metodológicos das ciências exatas.

E, nesse tocante, conquanto não se diferencie entre a conexão lógico-modal das ciências dos fatos e o teleologismo das epistemologias interpretativas, como algo essencial na sistematização das alterações da realidade, existindo uma causa fundamental que rege, através de metas, propósitos e objetivos mais da humanidade, que da natureza, seus seres e fenômenos, desvalesse o Direito de missão ou perde significação, nos contextos objetivo e subjetivo, como investigação científico-causal dos fatos subjacentes à vida social.

Obviamente que, apesar das considerações realizadas acerca do positivismo até aqui, esta pesquisa não o desconsidera integralmente e está aquém deste trabalho cometer o disparate de fazê-lo. Porém, o escopo real, e não meramente ideal do Direito – como eficaz, além da mera validade – deve estar, assim, para além das próprias barreiras fincadas em puro dogmatismo e hermetismo. Noutras palavras, o sistema jurídico normativista – dito positivistas – não pode conservar-se alienado das relações sociais, enquanto estas normadas em dever-ser estão capturados em vivências reais da sociedade.

No mais, como já dito anteriormente, perece a força normativa do Direito quando ele já não mais satisfaz à natureza singular do tempo e do espaço presentes rumando ao futuro, ou quando, como já afiançado outrora, a lei, por mais válida que seja, sobretudo na contemporaneidade, perde de vista a plenitude da pessoa real, sequer havendo garantia alguma de que a pessoa natural, por referida lei pensada, irá coincidir com o humano jurídico descrito na lei. A validade da norma, assim, faz-se na intersubjetividade, na dinâmica social e só assim ela pode realizar-se compreendida em sua totalidade, e não única e exclusivamente na letra fria e inerte das proposições jurídicas.

Por derradeiro, retomando o problema das fontes com que se iniciou esse subtópico da presente pesquisa, há que se ponderar que soluções simplistas para questões flagrantemente complexas, maiormente recorrentes à sanha da ideia de segurança jurídica como valor fundamental, em lugar da concepção de eficiência do sistema realizador da justiça acima de qualquer outra consideração, não podem ficar a par da mera retórica simbólica ou das distorções e dispersões hermenêuticas de que se vale o caleidoscópico normativismo teórico-dogmático positivista para encampar suas próprias facetas.

E compreende-se nessa contextura de ampla heterogeneidade do manancial legalista, a super-profusão quase que esmagadora dos valores e dos princípios jurídicos, que entram (ou adentraram) no ordenamento jurídico como normas via fenômeno da positivação ou como reminiscências do direito natural.

Muito embora haja quem considere serem os princípios não fontes do Direito, mais funcionando como regras de coesão, entretanto, uma vez regulamentados objetivamente, não se pode negar sua validade e vigência, e muito menos sua eficácia. Logo, assim como as regras, são eles dotados de certa imperatividade¹⁸⁴.

Por outro lado, por vezes, os princípios são eivados de ineficácia, a qual se soluciona com supedâneo ao reclame do recurso paradigmático da ponderação interpretativa, especialmente quando o intérprete possui diante de si uma escolha entre dois interesses distintos tutelados pelo ordenamento, devendo decidir qual deles é o mais relevante e deve ser privilegiado em detrimento de outro. Isso acontece porque ora os princípios equivalem à ideia de valor no Direito, decorrendo sua validade de seu próprio conteúdo, funcionando como comandos de otimização, exigindo-se mais precisão de sentido¹⁸⁵; ora porque geralmente são representados através de palavras ocas, por termos vazios, por adjetivos abertos ou por substantivos impróprios e por conceitos fluídos.

Há quem em sentido contrário não sopesse necessariamente questão problemática da efetividade dos princípios, afirmando que eles cumprem hoje uma função sistematizadora até dos sistemas e ordenamentos jurídicos, necessitando para sua plena realização de outros subprincípios ou de outros valores autônomos.

Daniel Sarmento, por exemplo, segue justamente nessa mesma linha de argumento, sustentando que "os princípios passam por um processo de concretização sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem o grau de densidade de outras regras"¹⁸⁶. Daí também que se possa afirmar, na esteira de Ana Paula Barcellos, que eles tenham igualmente eficácia hermenêutica, já que servem "para orientar a interpretação das regras em geral, de modo que o intérprete encontra-se obrigado a optar, dentre as possíveis

¹⁸⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1034, para quem, na mesma esteira de Paulo Bonavides, Eros Roberto Gray, Luís Roberto Barroso, Robert Alexy e Dworkin, "regra e princípios são duas espécies de norma", não se admitindo identificação indistinta.

¹⁸⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

¹⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 42

exegeses da regra, aquela que mais realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente"¹⁸⁷.

Devido ao seu alto grau de abstração, os princípios exigem, no geral, complementação de outras normas jurídicas para ganhar maior densidade e incidência nos casos concretos. Resulta-se daí a recorrência frequentemente abusiva a esse instrumento de correspondência de validade e de integração normativas a um dado sistema ou ordenamento, implicando sobremaneira inovações institucionais, que não necessariamente se concretizam porque não há ressonância nas orientações axiológicas de sua própria gênese conceitual.

Veja-se, aliás, o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, que, ademais, bastante trivializado, além de argumento simbólico, é de difícil elucidação prática e constantemente vilipendiado quando analisados os casos ocorrentes sob sua égide, na medida em que serve ao mesmo tempo para tudo e suscetivelmente para nada.

Tais problemas afetos ao uso indiscriminado dos princípios, em detrimento das regras juridicamente válidas (isto é, que foram estatuídas por procedimentos formais e matérias para sua configuração), transtornam a aparente harmonia e abstração sistemática buscada pelos sistemas jurídicos em torno desses *standards* históricos incorporados ou plasmados positivamente (de forma escrita ou não) à ordem legal.

Diga-se de passagem, é sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que passamos a tecer comentários a partir de então, a fim de deslindar finalmente este segundo capítulo da presente pesquisa.

2.2 Crítica à supervalorização da dignidade humana

Antes de adentrar totalmente no tema da dignidade da pessoa humana, é preciso também tecer alguns rápidos comentários precípuos sobre o processo de constitucionalização, no desejo de melhor compreender como tal princípio, dentre muitos outros valores universais da humanidade, penetrou visceralmente na superfície das constituições normativas em um dado momento da história, com especial acento a partir dos séculos XVIII e XIX.

Nesse particular, ao passo das grandes codificações, cuja gênese teve seu ápice ainda na era Moderna, sob um ponto de vista estritamente positivo e formal, em boa parte do mundo contemporâneo, a ideia de força normativa da Constituição tornou-se uma verdadeira referência

¹⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000, p. 173.

copernicana no escopo de completude, concretude e unicidade do Direito e de pacificação dos anseios das sociedades.

Mesmo as ditaduras, vestiram-se de Constituições, ora elas fossem normativas, nominais ora instrumentais ou semânticas, sendo inegável que se transformaram num depósito geral de esperanças, muitas vezes até idealizado em suas potencialidades. Atualmente, mais que uma simples pureza teórica ou conceitual, quando se trata de Constituição, a questão do conteúdo das disposições legais assume importância ainda maior.

Qual seja a de constitucionalizar valores materiais e opções políticas, rompendo-se de vez com a já analisada modalidade de positivismo jurídico estrito, que até recentemente apenas foi capaz de lidar com os envoltórios dos enunciados normativos, independentemente daquilo que eles continham ou regulamentavam em termos de conteúdo.

Tradicionalmente, esse movimento constitucional surgira funcionando precipuamente como um registro (geralmente escrito) inaugural do Estado Moderno, que o originou ou recriou-o noutros enfoques, porém em moldes idênticos que o estabeleceu. Analisando a gênese e maneira como se deram tais agitações, Canotilho assegurou que não houve um constitucionalismo apenas, mas vários movimentos constitucionalistas:

Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de afirmação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo.¹⁸⁸

O constitucionalismo moderno, nesse diapasão, foi responsável por redesenhar a conjuntura político, social e cultural, que, nos idos do século XVIII, respeitados os horizontes temporais e os espaços geográficos culturais diferenciados, questionou, nos planos em que se desdobrava a sociedade, os esquemas tradicionais de domínio político-jurídico Moderno.

Vale o registro, aliás, que, durante muito, serviram as Constituições comumente a ser uma norma dirigida basicamente aos poderes constituídos, regrando-os pelo rumo dos direitos individuais de primeira geração, vide exemplo sinóptico da Constituição norte-americana de 1787 e a imponente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco da histórico da Revolução Francesa.

Ou seja, desde as mais remotas, que abrolharam num contexto liberal, às mais contemporâneas, as Constituições, ainda que perdurassem em seu conteúdo facetas com as quais o presente não mais condiz, como escravatura, segregacionismo, preferências religiosas,

¹⁸⁸ Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 51.

dentre outras opções sociais, político, econômica e culturais, trajaram-se de um substancial filosófico suficientemente peculiar – o humanismo. Segundo Costas Douzinas, esse humanismo clássico, dada as vicissitudes de seu tempo, em maior ou larga medida sempre enviesou para uma espécie de *humanum ao barbarum*, segundo o qual:

Mais uma vez, o humanismo jurídico era um discurso de exclusão, não apenas de bárbaros estrangeiros, mas também de mulheres e de pessoas não-brancas. Seguramente, as várias filosofias políticas e jurídicas diferem em suas definições da essência humana. Para os liberais, o humanismo jurídico protege a liberdade e a dignidade; para os liberais da esquerda e socialistas, ele promove a igualdade e a liberdade, ao passo que para os multiculturalistas, ele resguarda uma multiplicidade de valores e planos de vida determinados em cada comunidade por condições locais e tradições históricas. Em todos os casos, entretanto, possibilidades humanas individuais e coletivas são delimitadas e definidas de antemão, por meio da determinação axiomática do que significa ser humano e da exclusão dogmática de outras possibilidades.¹⁸⁹

Nos idos do século XVIII e XIX, referido humanismo ideológico alcançaria seu cume e coexistiu com toda a sorte de perversidades e de confusão dos valores que inspiraram os documentos constitucionais mais remotos, os quais basearam as revoluções burguesas.

Esse humanismo exacerbadamente chocante flertou com a banalidade e a proximidade do mal, desembocando, ao revés, na funcionalização do homem, sacrificado brutalmente nas aras do capital e da produção desarrazoada e desumanizante, para não dizer das ideologias totalitárias estatais. A virada de conteúdo apenas viria posteriormente, no curso da primeira metade do século XX, com a positivação de direitos sob a forma de valores solidários ou de princípios generalíssimos.

Referido direitos, ditos de segunda geração, passaram a ser as ideias centrais das mensagens constitucionais, à conta do deslocamento de antigos pressupostos históricos, ontológicos e axiológico da humanidade do plano da moral e cultural para concatenação sistemática destes no texto normativo, em razão da releitura que os novos tempos – do Estado Social – impuseram¹⁹⁰.

Noutras palavras, essa consagração constitucional, sobretudo de valores e princípios humanitários, outrora secularizados da humanidade, apenas representou uma positivação de preceitos que já haviam sido vastamente embevecidos pela via dos movimentos sociais e políticos nas declarações internacionais, como elemento ético, o qual passou a receber uma

¹⁸⁹ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 220-221

¹⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral, vol. 1, introdução, as pessoas, os bens. 2 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p. 29, para quem "doutrinariamente, o recurso a valores e a princípios constitucionais é utilizado pelos positivistas como sub-rogado de princípios éticos ou de fundamentação pelo conteúdo, que os postulados da escola repudiavam como metajurídicos".

compreensão jurídica com força legal de direito numa comunidade jurídica particular que buscava regulamentar e pôr ordem.

Essa reunião de mensagens axiológicas e principiológicas, agora legisladas, portanto, axiomáticas, culminaria senão para integrar um aglomerado jurídico, que, apesar de ordenado, foi fabricado em termos distintos e sob as mais variadas circunstâncias de aparecimento. Tal registro constitucional em torno de valores compartilhados historicamente pela humanidade procurou dar por vencido o Estado enquanto fim em si próprio, passando a ser concebido – sob o jugo da lei – como recurso instrumental, ora existencial, ora operacional, para as consecuições do bem-estar social e da proteção da pessoa humana, e não o contrário.

Porém, nessa textura, o aumento do ambiente constitucional não realmente satisfaz a posição preceptiva clássica de centro gravitacional das Constituições. Um circunspecto estorvo a essa conjuntura foi o teor das próprias normas constitucionais que mais cultivaram o *status quo* da sociedade que esquadrihava regular e assemelharam-se a meros programas políticos simbólicos, destituídos de eficácia imediata¹⁹¹ e contribuintes para inércia das potencialidades transformadoras a que se dispunham.

Sabidamente, José Adércio Leite Sampaio atentou para um problema, o qual:

A constituição virava um livro sem utilidades ou mera referência simbólica de que se valem os atores políticos na busca de justificação de condutas que nem de longe promovem a liga da solidariedade social. Ou porque são orientações extraconstitucionais, movidas apenas pelos desígnios econômicos e não da justiça constitucional; ou porque são sorrateiramente inconstitucionais alimentando-se de intenções publicamente não declaradas nem declaráveis¹⁹².

A proposição chave contida no excerto acima também se aplica à hipótese de construção de uma significação muitas vezes não unívoca em torno de termos constitucionais-normativos, valorativos ou principiológicos sem fidúcia manifesta ou sólida, os quais, peremptoriamente, não se prestaram suficientes para difundir uma sensibilidade constitucional quiçá genuína entre os povos, abrindo-se um verdadeiro limbo entre o dever-ser e a crença na força normativa da Constituição. Diga-se de passagem, vide Daniel Sarmento, essa:

[...] Hipertrofia das funções simbólicas de uma Constituição, em detrimento da sua vocação normativa, afigura-se nefasta e pode levar até à anomia constitucional, que se instaura quando prevalece, de modo generalizado, a crença de que a Constituição

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49. Note-se o exemplo da Revolução Francesa, em que o contexto apenas mudou a concentração do poder nas mãos da aristocracia para a burguesia, expoente do próprio movimento revolucionário. Em tese, não houve transformação social significativa, só troca das instâncias a cargo do poder ou da genealogia do poder.

¹⁹² Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 53. O autor também ressalva que a dimensão econômica de apropriação privada de capital se valeu da forma política e jurídica constitucional para florescer. A ligação entre Constituição e capitalismo pode ser resultado equivocado da análise histórica que confunde formas ou processos com conteúdo.

não vale como norma e de que é possível descumprir impunemente seus comandos. Em alguns casos, a Constituição passa a ser usada como álibi, para criar a falsa imagem, interna e externamente, de que o Estado está agindo para resolver certos problemas sociais, quando, na verdade, a promessa estampada no texto constitucional é insincera, pois não há nenhum empenho efetivo em concretizá-la no mundo real¹⁹³.

Na mesma baila, Daniel Sarmento ressalva que essa conjuntura constitucional, desde os seus primeiros alicerces, correspondeu ao que Karl Lawenstein rotularia como movimento constitucional nominal, em razão de seu descompasso com a realidade social, ainda que servisse a consequências educativas e prospectivas¹⁹⁴.

O contexto denunciado por Karl Lawenstein conveio para que Ferdinand Lassalle negasse qualquer valor à lei constitucional, equiparada a um "pedaço de papel" chulo porque não capaz de refletir eficácia alguma aos valores nela previstos¹⁹⁵.

O contrassenso, nesse debate, ficou sob a incumbência de Konrad Hesse que, ao esboçar a força normativa da Constituição, acolheu o que de melhor possuía no purismo *kelseniano* e o sociologismo de Lassalle, afirmando que as Constituições têm pretensão de validade, legitimidade e eficácia, pois objetivam ordenar o fato social e influir sobre ele¹⁹⁶.

Apesar das contribuições de Konrad Hesse, ainda assim, tanto nominalmente como semanticamente quanto normativamente, ao longo dos tempos, a legislação constitucional ainda continuou sendo usada, abusada e desusada conforme a constelação dos interesses dos grupos privilegiados ou detentores do poder.

Isso é uma realidade, que subjaz há muito na matriz do simbolismo legiferante ou de uma dada realidade constitucional, que existe axiologicamente apenas de modo simbólico, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e de interesses políticos e econômicos concretos¹⁹⁷.

¹⁹³ Cf. SARMENTO. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 53-54.

¹⁹⁴ Cf. SARMENTO. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 53.

¹⁹⁵ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000, p. 17-18. "Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido".

¹⁹⁶ Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. Este trabalho do Professor Konrad Hesse, base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, é um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno. Contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassalle, esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassalle. Existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*), que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa. Assim, para conferir força normativa própria à Constituição - para além das injunções da realidade política, econômica e social - deve-se considerar a relação existente entre a realidade e sua ordenação jurídica e não isolar a norma (vigência) e realidade (eficácia), como se fazia no pensamento constitucional tradicional.

¹⁹⁷ Cf. NEVES, **Constituição e direito na modernidade periférica**, p. 147.

No caso de países como o Brasil, em específico, haveria, para além disso, o problema de legislar-se constitucionalmente com base num parâmetro silogístico de mera imitação ou buscando referencial em países historicamente avançados, cujas circunstâncias e contingências nada tiveram a ver com a realidade local periférica de seu povo, o que conduz ao fatídico imaginário de que não há efetivação, pela via legal, da realidade social de uma nação, que detém verdadeiramente vitalidade própria¹⁹⁸, mas que não se satisfaz existencialmente apesar das muitas tentativas de mobilizações transformativas e dos avanços legislativos, neste sentido.

Não obstante, um dos distintivos do Direito Constitucional contemporâneo é a sua pulverização pela alta densidade principiológica e axiológica. Essa faceta calha com a vergastada crise do positivismo, que passou a enviesar o Direito para uma leitura mais moral, humanística e eficaz. Apesar do viés transformador, os esforços de alçar o novel constitucionalismo a um instrumento de lutas e de convergência entre a convivência social e um mínimo de harmonia e justiça ainda são uma incógnita, sobretudo ante a generalidade dos casos que devem ser resolvidos mediante a aplicação direta de um comando normativo.

Aliás, esse papel simbólico do constitucionalismo de horizontalizar em seus preceitos normas, valores e princípios a um só regramento de validade e aplicabilidade também abre uma ferida que faz cair por terra a função generalizante ou abstrata do Direito, que tende a falhar mormente a variedade de contradições típicas do ambiente em que está inserido.

Não bastando pura e satisfatoriamente um conjunto de esforços constitucionais para garantir-se ideologicamente a força normativa da constituição, como expedientes retóricos e formal-textuais os mais diversos, vige a desconexão entre o homilia constitucional (e seu desígnio auspicioso de corresponder a melhorias sociais) e as necessidades de uma sociedade multicultural, fortemente assinalada pelas diferenças e pela habitual preterição aos direitos fundamentais, o que resvala para estigmas próprios da contemporaneidade.

¹⁹⁸ Idem. NEVES, p. 126-129. O autor afirma que a origem das Constituições nos países periféricos resultou da descolonização formal, isto é, do processo de independência destes países em relação à metrópole, eixo soberano, fato este que não foi bloqueado estruturalmente nem pela economia nem por outros sistemas políticos. Em tese, segundo o autor, essa independência nacional não implicou uma reprodução autopoietica do sistema político, porque o que aconteceu na prática foi uma mera reprodução do modelo constitucional democrático válido nos países centrais, que foi copiado, sem que, no plano interno das antigas colônias, houvesse condições para sua realização, resultando ora num nominalismo, ora num instrumentalismo constitucional, de modo alternado. Exceto no caso do normativismo constitucional, típico dos países do centro, cuja modernidade é avançada, em países periféricos, tanto o nominalismo constitucional com o instrumentalismo, podem ser lidos como incapacidade de concretização do texto constitucional, que passeia também por uma ruptura sistêmica do processo de legiferação. Desse modo, Neves conclui que o modelo constitucional imitado não é apropriado para assegurar o comportamento previsto, na medida em que a heterogeneidade estrutural e a marginalização das massas agravam-se na modernização periférica, onde a pluralidade de variantes subverte a noção mais básica de conceitos como direitos fundamentais, cidadania, divisão dos poderes e eleições democráticas, que acabam perdendo o próprio significado.

A tais estigmas não está imune o Direito, na medida em que não consegue sobremodo garantir o mínimo a que se predispõe, tributando para alocar atores sociais marginais ou marginalizados alheios às benesses das políticas programáticas de reinvidicação e de ocupação de certos espaços, da efetivação da justiça, da liberdade de fala, campeando, pois, verdadeiros espaços de indignidade.

Com esta petrificante afirmação, parece-nos até evidente a incapacidade do normativismo constitucional de dar conta de absorver os pleitos por direitos fundamentais que busca institucionalizar ou torná-los razoavelmente concretos. Geralmente, essa atitude de exagerada normatividade constitucional, exprime soberba ou falta de modéstia, pois crê ser possível anteparar um futuro para as majorias e minorias democráticas, independentemente de qualquer comunicação com as gerações posteriores.

Quando a Constituição, na esteira de completude do positivismo estrito, exerce também essa cátedra de cápsula do tempo, diante de uma conjuntura de francas adversidades e atroz alterações sociais, mormente o que está previsto na realidade discursiva e o que deveras é praticado na realidade social, o resultado é senão perversão ou ineficácia dos direitos constitucionais previstos há muito nas mais tenras Declarações de Direitos.

Há que se corroborar, portanto, que é preciso modéstia não só da perspectiva legislativa como da atividade jurisdicional, porque espera-se, em verdade, na contemporaneidade, que o positivismo constitucional seja íntegro e, no mínimo, harmonioso, mas não necessariamente completo, porque sem o condão de prever o futuro em todas as suas probabilidades. Daniel Sarmento, nesse sentido, aponta que:

A constituição aberta não pode ser a Constituição dos caminhos irreversíveis, dos projetos definidos que aprisionam, a pedra fundamental de uma religião civil, excludente em relação àqueles que não professarem ativamente seu credo. Assim, conquanto carregue valores substantivos e transporte programas, a Lei Fundamental deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo significativo por nenhuma delas. Sob este prisma, os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes o inverso, catalisar o debate entre ideias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo. Fundamentalidade, sem fundamentalismos, eis a receita¹⁹⁹.

Atualmente, o movimento constitucional positivo não é mais uma experiência científica realizada por um cientista em um laboratório social como fora outrora. Ao contrário, é o constitucionalismo contemporâneo um resultado já maduro de um exercício contínuo de

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 170.

elucidação do qual não se pode mais abrir mão, no passo paradigmático de busca por soluções razoáveis para a orientação e concretização de direitos vigentes.

Se existem previsão de direitos constitucionais, essa já não é mais a equação matemática a ser resolvida, mas sim torná-los prática real acessível, capaz de alcançar os diversos estratos da sociedade. Constatado esse desafio, questão mesmo crucial atualmente é entender como realizar a ideia de dignidade, prevista constitucionalmente, numa sociedade diferenciadora em que vigoram ardis diversos não atenuantes do fosso entre *mens legis* e concretização jurídica.

2.2.1 Conteúdo e concepção jurídica da dignidade da pessoa humana

Por influência de todas as considerações já realizadas ao longo deste trabalho no que tange à crise da modernidade, ao positivismo jurídico e seu escopo transformativo a cabo da atual faceta do constitucionalismo principiológico e valorativo, pode-se asseverar, sem quaisquer ressalvas, que um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo, axioma das civilizações de um modo geral e talvez a única ideologia remanescente da modernidade diz respeito à importância e magnitude intangíveis do ser humano.

Essa importância, além do mais, inclusive, é motivo até para se conjecturar fundamentalmente uma suposta dignidade inerente a todos os seres humanos, passível de tutela e de promoção jurídica em documentos políticos e normativos. Essa dignidade, porque juridicizada com estatuto supralegal e constitucional, precisa ser analisada de forma especialmente crítica, dada a sua magnitude topográfica axiomática e axiológica no corpo temático de muitos sistemas e ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais²⁰⁰.

Trata-se nesse ponto de motivar sua concepção e seu conteúdo, no afã de clarificar a influência mútua das condições circunstanciais e dos meios que correspondam à predileção de tal princípio como uma variável não só da moral, mas também uma constante da ordenação legal e fim último da consumação coeva do próprio Direito. Essa tarefa epistemológica é, pois, imperativa da decorrência lógica do fenômeno normativo já outrora denunciado, que culminou no reconhecimento e na entrada positivamente no Direito de valores humanitários e princípios gerais, históricos e imperativos, portadores de significado institucional, culturológico e interativo na comunidade jurídica.

Dito isso, tem-se que a dignidade da pessoa humana é de atualmente considerada ora um princípio, ora também uma regra jurídica, sendo a norma o seu gênero, não se negando, no

²⁰⁰ MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

desejo de completude, concretude e coesão sistemática, antes estudado, em hipótese alguma sua força legal, legitimidade e vigência. Aliás, no ordenamento jurídico brasileiro, como em muitos outros, não apenas pela própria colocação simbólica topográfica (de fundamento da República), a dignidade, além de princípio, é regra constitucional, dotada de validade normativa.

Isto é, a dignidade detém diversidade de peso ou de densidade formulativa, porém – frise-se – carece, na maioria das vezes, de justificação significativa e eficácia, em face da sempre inevitável ponderação e interpretação de seu conteúdo, quando aplicável ao contexto adequado dos casos apreciados em concreto.

Inobstante sua superioridade ideológica em relação aos demais valores e princípios constitucionais, ainda que não seja muito correto falar em hierarquia entre eles, sob pena de fomentar uma escala de valores *ad infinitum*, é inegável que hoje haja um superpovoamento (ou supervalorização) desse princípio no cenário jurídico com consequente migração de seu conteúdo geralmente vago, ambíguo ou polissêmico para muitas demandas às quais a dogmática jurídica é chamada a solucionar.

Todavia, sua gênese conceitual não veio ao lume jurídico pronta e acabada. Antes de pertencer ao âmbito do Direito, tal qual o sentido denotativo de pessoa, a ideia de dignidade foi fruto das mais variadas reflexões, sobretudo de cunho filosófico. Uma contribuição deveras importante nesse escopo de determinação do conteúdo da dignidade, aliás, procedeu em face da intensa contribuição teleológica-cristã, que, no auge do medievo, tentou consolidar a premissa de serem os homens dotados de um prestígio tamanho, correspondente à imagem e à semelhança de uma deidade mística e transcendental (Deus religioso) no plano terreno.

Como já se analisou devidamente no capítulo primeiro acerca das origens de uma subjetividade, muito se diz que a noção de dignidade remonta obviamente à antiguidade clássica e rumou por toda tradição humanística e moderna dos tempos posteriores, revelando a dignidade significativamente, em linhas gerais, ser um traço comum de todas essas eras, além da ideia de respeitabilidade, virtude de alguma circunstância pessoal ou atributo de quem goza de alguma posição honorífica em razão da grandeza de seus empreendimentos.

Ora como *status* ou posição social vinculada a algum cargo, ora como postura cívica desempenhada nos espaços públicos, ora como predicado estóico-filosófico diferenciador racional dos seres humanos em relação aos animais, ora como espaço de autonomia existencial jusnaturalista, desaguando em considerações de igualdade ou liberdade, o fato é que todas essas conceituações variadas de dignidade comungam da ideia de valor, de mérito, de respeito, sem os qual a natureza humana não passaria de mero objeto.

Entretanto, a conotação mais famosa de dignidade, a qual parece ditar as bases de uma fundamentação não só filosófica, como igualmente ética e jurídica, para a sua conceituação na contemporaneidade, inclusive sem quaisquer reservas críticas ou ajustes na atual quadra de evolução por que passou a Modernidade até se diluir em crise (ou continuidade) na contemporaneidade, fora elaborada teoricamente num primeiro momento por Giovanni Pico della Mirandolla, no século XV, em sua *Oratio de Hominis Dignitate*.

Esta obra uniu o antropocentrismo ascendente com a visão da autonomia do ser humano a partir de sua natureza²⁰¹; e posteriormente aperfeiçoada por Kant – para dizer que, no reino dos fins, as pessoas – racionais – possuem dignidade, e não preço²⁰². Desse modo, tanto em Pico della Mirandolla quanto em Kant, essa visão um tanto romântica de dignidade, como encarnação infalível de toda a humanidade, seria, pois, um atributo dos seres naturalmente racionais, considerados como um fim em si mesmos.

Nesse aspecto, conquanto o culto ao constitutivo da dignidade continue reverberando na tônica jusfilosófica, denotando um certo consenso em torno de sua construção e evolução axiológica, numa perspectiva jurídico-constitucional, apesar do já exato dito de que a dignidade se apresenta como condição importante de muitos ordenamentos jurídicos na atualidade, ao lado dos direitos humanos, essa relevância só se consolidou de fato no âmbito jurídico quando da reação da comunidade internacional às atrocidades cometidas no contexto desastroso da Segunda Guerra Mundial.

A título de demonstração, a Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, é o marco histórico nesse quadrante, porque foi um dos primeiros documentos normativos a prever a dignidade em seu bojo de determinações para a comunidade internacional. No plano nacional,

²⁰¹ Cf. MIRANDOLLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 49. “Li nos escritos árabes, venerando padres, que interrogado Abdala Sarraceno sobre qual fosse a seus olhos o espetáculo mais maravilhoso neste cenário do mundo, tinha respondido que nada via de mais admirável que o homem”.

²⁰² Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007, pp. 77-78. “A razão relaciona, pois, cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas que têm dignidade”.

a constituição alemã de Bonn, de 1949, logo depois das barbáries praticadas pelo III *Reich*, pretendendo resgatar a humanidade olvidada neste período, foi uma das que inicialmente iniciou a positivação do conteúdo da dignidade como pedestal normativo, sobre o qual se assentaria a magnitude da pessoa humana. Em 1976, a Constituição da República Portuguesa declarou, no seu artigo primeiro, a dignidade da pessoa humana enquanto valor para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesta mesma linha, posteriormente ao franquismo, a Constituição espanhola consagrou igualmente tal princípio como baseamento maior de seu ordenamento. O Brasil, em 1988, colocou a dignidade como fundamento da República, já em seu artigo primeiro, após de anos de chumbo e de haver tolerado a tortura, o sequestro e a perseguição ideológica durante o regime militar. O leste europeu tão somente fincou a dignidade, como uma parte concreta do todo possível, em seus documentos legais após a derrocada do bloco socialista. A França, não obstante sua histórica tradição humanística, somente adotou tal princípio após declaração de reconhecimento por seu Conselho Constitucional em 1994²⁰³.

Essa dinâmica legislativa fez despontar a consciência acerca da importância da dignidade da pessoa humana numa dimensão dúplice: ora protetiva, ora promocional. Quer-se dizer, a mudança do Estado Liberal para o Social buscou consagrar a tutela da pessoa humana como objetivo constante a ser perseguido por todo e qualquer ordenamento jurídico pautado naqueles que lhes façam as vezes. Tutelando-se a pessoa humana, valorizou-se a proteção da humanidade por sua existencialidade.

Em todos esses casos, a positivação de um valor ou um princípio jurídico como a dignidade humana assumiu nas legislações do século XX posição de proeminência, funcionando como cabeçalho normativo fundamental do Direito ou como matriz da abertura democrática. Inclusive, a doutrina majoritária²⁰⁴, sobre o assunto, perfilha igualmente notável a magnitude da dignidade, praticamente, como força vinculante autoevidente.

²⁰³ STUMPF, Paulo Umberto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: fundamentos éticos e morais. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 20.

²⁰⁴ Apenas para mencionar outros nomes renomados além dos já citados ao longo do texto acima, tem-se Marçal Justen Filho, Luiz Regis Prado, Fernando Capez, Cala Liliane Waldow Pelegrini, Gilberto Haddad Jabur, Fernando Ferreira dos Santos, dentre outros, são uníssonos em consagrar a opinião de que a dignidade ocupa posição hierárquica superior em relação aos demais princípios e valores constitucionais.

José Afonso da Silva, por exemplo, entende que a eminência da dignidade é tal que lhe confere a natureza de valor supremo²⁰⁵. Carmen Lúcia A. da Rocha afiança que a dignidade é o perímetro positivo e negativo da atuação estatal²⁰⁶.

Ingo Sarlet vislumbra que a dignidade atualmente transveste-se de posição de norma e, principalmente, valor fundamental, de onde se extraem todos os demais direitos, garantias e deveres do ordenamento jurídico²⁰⁷. Paulo Bonavides distingue a dignidade como princípio supremo no trono da hierarquia, de onde afluem todos os ângulos éticos²⁰⁸.

Jorge Miranda²⁰⁹ corrobora essa ideia de que a dignidade adjudica coesão de sentido e valor de aquiescência prática nuclear ao sistema jurídico, radiando implicações sobre todos os demais comandos. José C. Vieira de Andrade²¹⁰ é no sentido de que referido princípio atua como limite de conteúdo absoluto das normas constitucionais.

Já Michael Kloepper postula que a dignidade é valor supremo da democracia, reconhecido juridicamente por força do Tribunal Constitucional Federal Alemão²¹¹. E, por último, Christian Starck advoga ser a dignidade dotada de inviolabilidade e fundamentalidade para toda ordem jurídica²¹².

Ainda que todas as considerações – sejam elas jurídicas, sejam elas doutrinárias – acerca da dignidade tomadas até aqui tenham lançado alguma lucidez sobre o seu significado e conteúdo, uma conceituação mais clara e satisfatória do que ela evidentemente venha a ser é, no mínimo, suspeita e retorquível, em vistas de sua natureza vaga, ambígua e, na maioria das vezes, polissêmica ou polifônica.

Em grande escala, sabe-se muitas vezes o que é dignidade em razão de seu aspecto negativo, isto é, em face das muitas situações em que ela é vilipendiada na prática. Nota-se,

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p. 89-91. Para tal autor, a dignidade é não só fundamento e elemento de formação da República brasileira, como também um conceito *a priori*, não sendo criação da Constituição, mas emerge nela como reconhecimento de sua existência como valor supremo da ordem jurídica, política, social, econômica e cultural.

²⁰⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista do Instituto de Direitos Humanos, Fortaleza a. 2., v. 2, n. 2, 2001, p. 49-67.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 71.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

²⁰⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. v. IV Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 166.

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

²¹¹ KLOEPFER, Michael. **Vida e dignidade da pessoa humana**. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 157.

²¹² STARCK, Christian. **Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã**. Trad. de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 219.

además, de todas as posições acima, tanto as normativas quanto as doutrinárias, que elas guardam um único denominador comum: a prioridade hierárquica da dignidade em relação às demais normas, gozando de força retórica persuasiva, ao mesmo tempo que é valor dos mais importantes para a maioria dos ordenamentos jurídicos, assim como para, sem exceção, majoritariamente um conjunto de autores jurídicos.

Percebe-se também, sem embargo, de todas as conceituações unânimes dentre as citadas anteriormente que não se sabe precisamente quando é o início e o fim da dignidade, assim como igualmente não se questionam as raízes de sua justificação, a sua definição em termos teóricos, nem mesmo se se submeteu seu conteúdo à crítica de um excessivo antropocentrismo atrelado à sua gênese, como se outras dimensões, a exemplo da ética, religiosa, política, ecológica e ambiental, não tivessem importância inclusiva no sentido de salvaguardar outros deveres mínimos e análogos de proteção em meio ao conteúdo da dignidade.

Em verdade, repita-se, definir a dignidade não é uma tarefa das mais fáceis. Parafraseando Hart, é mais fácil, aliás, reconhecer um elefante quando se vê um que conhecer e determinar o que venha a ser justamente a dignidade²¹³, ou seja, um dos grandes problemas que afeta tal princípio é a falta de precisão quanto ao seu conteúdo axiológico, axiomático e normativo, tamanho o seu grau de generalização e abstração e sua própria complexidade, geralmente se recorrendo ao suporte genérico ou ético e filosófico para fixação de seu sentido, na grande maioria das vezes.

Conhece-se, porém, até hoje os alicerces em torno do conteúdo da dignidade, mormente os de embasamento *kantiano*, que representam sem dúvida as primeiras referências a tal temática como uma qualidade integrante da condição humana, ainda que contra tal referência filosófica venha a objeção de que a dignidade seria exclusivamente antropocêntrica. Ora, sabe-se que o sujeito agente se submete às leis de que é autor, daí diz-se também que a autonomia certamente é expressão indiscutível da dignidade.

Todavia, pergunta-se o que acontece com aqueles que são inaptos para o exercício da autodeterminação. Isso porque a premissa de um eventual acordo conteudístico acerca daquilo que de supostamente digno tem intrinsecamente o homem (no caso, a existência de uma suposta racionalidade intrínseca à humanidade) não é de todo suficiente para constituir uma convivência humana fundada no respeito e também no reconhecimento recíproco de sujeitos que interatuam no dia a dia em vista de uma coletividade juridicamente normatizada.

²¹³ HART, op. cit., p. 18.

Em tom de crítica a esta configuração da racionalidade como substrato da dignidade, Costas Douzinas aduz que a dignidade (calcada em fundamentação *kantiana*) – fincada na lei moral do imperativo categórico – de que as pessoas são naturalmente racionais e por isso são livres para determinarem a si mesmas e agirem em harmonia com a caricatura moral de outrem que se lhe assemelha – apela senão para o horizonte de “uma comunidade universal que deveria agir como um princípio regulador. Porém, tal comunidade não existe empiricamente e seu excessivo idealismo não pode torná-la um valor normativo também”²¹⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet adverte igualmente, noutra via, citando Schopenhauer, que, por exemplo, a fórmula *kantiana* acerca da dignidade é vazia de sentido, escassa e até mesmo problemática, podendo convir de embasamento para qualquer coisa²¹⁵.

Na mesma baila, espeda, Sarlet, aludindo a Hegel, que essa dignidade se funda num atributo não necessariamente ontológico que precisa, em verdade, ser granjeado ou institucionalizado, uma vez que ninguém nasce digno, torna-se digno quando ostenta um *status* de cidadão²¹⁶. O que nos permite dizer, desde já, que essa dignidade é atribuída ou ao menos pós-estabelecida aos humanos e não lhes é cabalmente inerente ou natural.

A respeito desta matriz racional da dignidade, crítico do formalismo moral universal *kantiano*, Hegel complementou o que faltara, talvez, em Kant no trato da dignidade, ou seja, o seu conteúdo histórico e deveras ético. Para Hegel, o conceito de dignidade não poderia ser desvinculado de suas determinações históricas.

O exercício da vontade, aliás, precisaria ser considerado enquanto processo de mediação nas instituições sociais. O ético seria, pois, a antítese do indeterminado, uma vez que representaria a realização da liberdade e incluiria a existência de fins particulares e a afirmação da liberdade individual, através da mediação da vontade livre dos outros no nível da eticidade, desaparecendo, pois, a ideia de autonomia indeterminada *kantiana*²¹⁷.

²¹⁴ DOUZINAS, op. cit., p. 205.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2009, p. 40.

²¹⁶ Vide SARLET, op. cit., p. 41, para quem embora compartilhem alguns pontos em comum, “Hegel afasta-se de Kant notadamente ao no fundar sua concepção de pessoa e de dignidade em qualidades ou faculdades inerentes a todos os seres humanos, além de não condicionar a condição de pessoa e dignidade à ideia de racionalidade”. Quanto a ideia de dignidade significar exercício pleno da cidadania, Rainer Forst sustenta que “a dignidade da pessoa humana enquanto cidadã exige a realização de outras condições não encontradas na ideia de mínimo existencial. Os bens primários são essas condições. Eles são uma decorrência da concepção política de pessoa e de justiça e visam colocar à disposição dos cidadãos os meios necessários para torná-los membros plenos de uma comunidade política”. In: FORST, Rainer. **Contextos de justiça**. Trad. Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p.176.

²¹⁷ Cf. WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis – RJ: Vozes, 2013, p. 248.

No entanto, autores os mais diversos – inclusive acriticamente – calham a dignidade, opostamente a Hegel, como atributo intrínseco da humanidade, isto é, inerente à natureza humana, como se fosse algo de natural físico inato e próprio das pessoas ou fizesse parte de sua composição física ou psíquica, tendo inclusive nascido com elas²¹⁸. A doutrina majoritária parece seguir esse posicionamento teórico imanente *kantiano* acerca da dignidade, independentemente da maneira como os seres se portem no plano real.

Beátrice Maure, no entanto, oferece um contraponto, neste tocante:

O que acontece é que essa valorização extrema do indivíduo e daquilo que ele pensa ser verdade é certamente a maior ameaça atual para a dignidade da pessoa humana no Ocidente [...]. Assim, em nome da liberdade, da autonomia pessoal, é grande o risco de que cada um determine, defina sua própria dignidade como bem entenda. Essa análise não apenas é perigosa devido ao fato do que é bastante presunçoso dizer o que é dignidade, mesmo que ela pertença à própria pessoa, mas também porque essa pertença não justifica a propriedade abusiva [...]. Trata-se aqui do abuso da dignidade²¹⁹.

Cumprir frisar do fragmento acima que, mesmo sendo a consciência (racional) a principal fonte moral da dignidade/autonomia, ela não é perfectível. Aliás, já se sopesou outrora que, quando se usou uma eventual dignidade para basear uma suposta transcendência da humanidade, os anais históricos provaram estar ela própria entregue a toda sorte de abstrações e tecnicismo, contraditórios por sinal, que não desaguaram na natureza do homem real, inobstante a unidade substancial do seu ser, mas de um homem ideal, dissolvido no todo como sujeitificado ou historicamente determinado²²⁰.

Aliás, haja vista esse vazio ou papel diversificado, indeterminado ou impreciso com que se apresenta a dignidade, seja no que tange à sua definição, à ambivalência da autonomia do indivíduo, à dificuldade de identificação de seus titulares, seja em relação ao seu caráter absoluto ou relativo, algumas posições mais críticas tem abordado a temática da dignidade com mais reservas²²¹, sobretudo porque, com base em princípios éticos, ao menos em tese, não se

²¹⁸ Cf. SARLET, op. cit., p. 40-41. Nesse sentido, André Luís Callegari, Peter Härbele, José Soder, José Cretela Junior, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, para quem, para quem a dignidade é um predicado imanente do ser humano e sua racionalidade: “A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, [...] ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

²¹⁹ Cf. MAURER, Beátrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio sobre a filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Trad. Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

²²⁰ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 220.

²²¹ Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 16. Nesse sentido, a francesa Véronique Champeil Desplats, Günther Maluschke, Carlos Santiago Nino, que sustentam em geral cumprir a dignidade – nesse afã de fundamentação racional – funções

pode justificar arbitrariamente determinados atos ou conteúdos para consequentemente deslegitimar ofensivamente outros.

Nesta exata trilha, a questão a qual se busca clarificar aqui é que, muito embora se tente justificar teórica e fundamentalmente a dignidade, vai faltar-lhe por vezes algumas condições mínimas de efetivação, na mesma esteira de outras tantas normas de viés constitucional valorativo ou principiológico. Esse argumento acaba por contribuir para uma compreensão insatisfatória daquilo que jaz no bojo do âmbito de proteção de tal princípio normativo da dignidade, na mesma medida que demanda uma constante atividade hercúlea interpretativa de delimitação, fixação e concretização, reconstrução e repactuação de seu sentido, que não escapa a consequências relativistas, arbitrárias, voluntaristas e até mesmos díspares e conflitantes.

É possível notar, ademais, numa ligeira leitura dos documentos normativos internacionais e nacionais, bem como de textos doutrinários consagradores da dignidade que eles deixam amplamente, em algum momento, fissurada a questão de sua justificação e da sua definição em termos teóricos, optando-se por uma abordagem mais pragmática (ou seja, aberta) de concretização dessa dignidade a fim de facilitar um acordo intercultural sobre o assunto²²².

A atitude aberta no trato da dignidade não deixa de ser utilitarista e estratégica. Nesse quadrante, uma conotação genérica de dignidade, de embasamento mais axiológico que jurídico, a qual transige e inventaria uma dimensão valorativa – de ser a dignidade um valor intrínseco – ou entendida como noção de autonomia e de racionalidade ou de moralidade – mais se manifestou apropriada para a fundamentação dos cânones de uma época personificada na cultura da honra e da glória – aristocrática, fidalga e dessemelhante – do que para consignação de seu conteúdo filosófico e normativo.

Todavia, quando se procurou, a bem da verdade, alçar à dignidade à condição de qualidade imanente a todos os seres humanos, independentemente de suas idiossincrasias, ao se colocar essa questão como substrato natural, ou da moral, ou secularizada, ou a cargo do

praticamente inaceitáveis, como regresso ao infinito, um círculo lógico ou um processo de interrupções arbitrárias. Dito isso de outro modo, no geral, os postulados éticos, a exemplo da dignidade, tendem a se excluir mutuamente quando confrontados com alguma situação concreta, na medida que uma proposição não possa ser verdadeira sem um correspondente lógico de falsidade. De outra forma, o princípio em questão deve ser tomado com certa reserva, quando nele poderiam ser fundamentados alguns direitos fundamentais que não guardam correlação lógica alguma com a dignidade. Por exemplo, a criação de associações e cooperativas, prevista no art. 5º, inc. XVIII, da CF/1988 não guarda vinculatividade de conteúdo algum com a dignidade, podendo-se concluir que a dignidade, muito embora possa ser fundamento basilar, não é necessariamente preceito exclusivo para criação de outros direitos fundamentais, haja vista a CF/1988, prever outros fundamentos da República, que precisam ser igualmente promovidos e resguardados.

²²² Cf. HART, op. cit., p. 137 *et seq.* Acerca do tema Herbert Hart é um dos pioneiros na elaboração de uma teoria do Direito calcada numa textura aberta das normas jurídicas. Segundo ele, esse espaço vazio entre normas confere ao aplicador uma discricionariedade na escolha para a solução de cada caso.

Estado que atribui dignidade e direitos aos seus sujeitos, ou como premissa racional inerente e diferenciadora dos humanos honrosos em relação a outros seres animados pensantes ou não, ou quaisquer que sejam as gêneses de seu teor; apostou-se até a contemporaneidade descomedidamente num otimismo disfórico e ingênuo (a dignidade) de considerar que a sociedade de qualquer tempo quedaria hábil a reconhecer que todos os indivíduos são ou naturalmente racionais (e por isso mesmo honrosos) ou, portanto, capazes de avaliar crítica e intimamente suas próprias razões e, assim, ter em conta dignamente em relevância e consideração a face do outro relacional.

E eis então uma sorrateira desilusão em vistas do conteúdo da dignidade: na medida em que, concomitantemente fundamento, ela gera, em contrapartida, um problema de justificação e de aplicação no plano fático, servindo de abrigo para todo tipo de violação ou como verdadeiro expediente ideológico que permanece no plano documental²²³, muito embora reduzido ao capricho de muitos juristas e teóricos, satisfeitos com um conjunto de signos jurídicos linguísticos, porém despreocupados com a efetivação real, e não ideal, de seu significado.

Aliás, tamanha é a imprecisão da dignidade da pessoa humana, que sua temática mais parece um entoar lírico de sereia, o mesmo que tentou engodar Ulisses, na famosa *Odisseia* de Homero²²⁴. De tão irresistível e atraente como um canto, a dignidade exerce mesmo esse fascínio aos que dela ouvem falar, fazendo-os consideravelmente perder a racionalidade, ignorar os perigos de seu chamado, esquecendo-se das precauções devidas quando evidentes as dissonâncias melodiosas. E é justamente nesse quesito que aparece o problema da banalização do conteúdo da dignidade²²⁵.

Especificamente na seara jurídica, isso acontece em face de que o recurso muitas vezes à principiologia ou seu apelo inflacionário para solucionar demandas, cujas respostas quase sempre são diametralmente antagônicas ou contribuem senão para justificar quase sempre

²²³ Sobre a questão, BITTAR, op. cit., p. 304, deixa claro que a dignidade serve mesmo a toda sorte de regulamentação, funcionando como: “diretriz básica de políticas públicas; orientações teleológica para ações sociais e intervenções públicas na economia; núcleo de sentido hermenêutico para interpretação dos demais dispositivos constitucionais; sede básica dos direitos humanos; guia para legislação infraconstitucional, determinando o sentido da cultura jurídica legislada; fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana; palavra-chave para a criação da ordem conceptual e deontológica dos direitos constitucionais; princípio primeiro de todos os demais princípios da Constituição”.

²²⁴ HOMERO. *Odisseia*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, vide Canto XII, sobre a travessia de Ulisses pelo canto das sereias.

²²⁵ Nesse sentido, “o teor do discurso constitucional, ao deixar ambíguo, vago ou mesmo apagado e esquecido o conteúdo significativo da dignidade da pessoa humana, pretende conferir exatamente, pela sua própria índole, de uma cruel e proposital espécie de desconsideração ao citado valor, permitindo assim, com isto, não cumprir seu compromisso com tal valor que é deixado a vagar pelas malhas da rede constitucional como se fosse a expressão da dignidade humana mera figura da retórica”. In: LÖENTAL, Ana Maria Valiengo. **Exame da expressão ‘a dignidade da pessoa humana’ sob o ângulo de uma semiótica jurídica**. Revista da Universidade Ibirapuera, v. 1, m. 3, p. 21-30, dez. 2000, p. 28.

medidas paliativas ou que resultam em subjetivismos, empenhos e idealismos pessoais no trato da dignidade. Nada obstante, no geral, por ser uma expressão demasiado genérica, a dignidade acaba suscitando uma série de dissensões semânticas, teóricas e práticas, decorrendo dela mesma um argumento *ad populum*, usado mais para persuadir, para tentar convencer alguém de algo, fazendo com que se mude de ponto de vista ou de maneira de agir.

Nada obstante, pior, o postulado da dignidade geralmente é trabalhado como um instrumento de *merchandising*, com forte apelo comocional, muito mal empregado por contingenciais privatistas e arbitrários os quais a ela recorrem para tergiversar da complexa e árdua empreitada de perfilhar argumentos mais plausíveis para uma casualista não consumação de direitos e deveres ou deslegitimá-los em igual densidade com que se conclama referido princípio à alçada da intangibilidade.

No mínimo, aqui pende problemático o fato de que o recorro contemporâneo do discurso do Direito ao seu manancial valorativo seja devido, em parte, à sua linguagem demasiado aberta e polissêmica, que se tomou tão extensa e abstrata, a ponto de querer conglomerar tudo e de poder ser manejada em todos os tipos de buchichos políticos e sociais para proporcionar legitimidade moral a qualquer interesse e reivindicação, do mais sério ao mais banal.

Essa propagação da inflação da linguagem do Direito por um multifacetado conteúdo principiológico, contudo, encara o risco de volver o discurso e a prática jurídicas em um todo sem sentido, na medida em que potencialmente, sequer minimizadas as desventuras da insegurança e da incerteza do decisionismo, ao mesmo tempo, esse apelo principiológico não contribui para resolver coisa nenhuma²²⁶.

Ou seja, noutras palavras, embora a linguagem jurídica liberal (atual) seja abstrata e formalista (de conteúdo aberto e indeterminado, mesmo o sistema sendo deveras teleológico e fechado), a individuação de um valor imanente como a dignidade, nas especificidades da situação que tende a reger ou no contexto que se aloja, jaz tão alongada e complexa, que, concretizando premissas idênticas, podem justificar resultados totalmente opostos.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o princípio da dignidade é utilizado para fundamentar celeumas as mais controversas, tais quais o direito à retificação do nome, a ilegalidade constitucional da transformação dos motoristas particulares, livres e independentes, em permissionários, a impossibilidade de prática de análise de DNA compulsória, o óbice à prisão de oficial militar por consumo de drogas ilícitas²²⁷, situações tais que só têm gerado

²²⁶ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 259.

²²⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193. O autor elenca especialmente uma série de casos verificados, através do mecanismo de

inúmeros problemas no discurso jurídico, embora a doutrina quase que unissonamente sequer deles conheça, reconheça ou os admita.

É como se em todos os casos acima elencados, a dignidade, enquanto adjetivo, fosse um dado construído jurídico, usado à moda *kantiana* para separar pessoas daquilo que pode ser quantificado em torno de seu viés patrimonial ou institucional, o que não necessariamente implica uma salvaguarda da humanidade que cada ser carrega em si mesmo, ontologicamente considerado, nas suas particularidades²²⁸.

Por tais motivos explorados, de maneira extremamente cética, vigorosa e enérgica, o Ministro (atualmente do STF) Luís Roberto Barroso chegou certa feita a asseverar, inclusive, que “a dignidade da pessoa humana é uma expressão tão vaga, tão metafórica, que, embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica”²²⁹. Ora, não é de se estranhar totalmente a posição do Ministro Luís Roberto Barroso vinculada acima, no sentido de que, sendo um argumento da moda, a dignidade é verdadeiramente artilosa.

As questões até aqui analisadas quanto à sua concepção e ao conteúdo, quando combinadas, muito embora tenham a dignidade humana como valor fundamental – pedra angular dos direitos fundamentais e singular parâmetro interpretativo do sistema normativo – amiúde, ora tem contribuído decisivamente para uma superdifusão desse princípio no processo de concretização de direitos que ora tem levado à proliferação de um punhado de decisões judiciais estribadas majoritariamente na sua menção terminológica (sem qualquer

busca de jurisprudência do *site* do STF, atentando para o fato de que houve uso inadequado do princípio da dignidade da pessoa humana para resolver uma série de hipóteses jurídicas. Esse uso inflacionário do princípio da dignidade para fundamentar decisões acabou em algum momento por resultar também em sua própria violação. Na maioria das decisões averiguadas, a dignidade da pessoa humana foi tratada e solucionada quase sempre em sede de *habeas corpus*. A título de exemplificação, citam-se os seguintes acórdãos: HC 85.988, HC 97.346, HC 97.579, HC 98.067, HC 98.103, HC 98.575, HC 98.579, HC 98.621, HC 98.816, HC 98.966, HC 100.745, HC 100.872, HC 102.923, HC 103.833, HC 103.854, e isso sem considerar as decisões que negaram a existência de violação postulada por uma das partes. No mesmo sentido está a jurisprudência do STJ. Cf., por exemplo: REsp 807.849, REsp 1.025.665, REsp 1.083.061, REsp 1.161.830, REsp 1.200.708, RMS 24.197, HC 88.448, HC 117.466, HC 170.503, AgRg no REsp 1.056.333, AgRg no REsp 1.201.283, AgRg no Ag 1.122.035, AgRg no REsp 1.136.549 e CC 108.442.

²²⁸ Na linguagem jurídica, em sua origem, a noção em torno do termo “dignidade” foi arquitetada para designar o encargo ou título que poderia ser conferido a uma pessoa e, por extensão, acentuar o respeito que essa pessoa deve ao mandato ou a função que exerce. Sobre o tema, PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário Jurídico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 72: “Dignidade. Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se estende à qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Mas, em sentido jurídico, também se estende à distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No direito canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa decorrente de um cargo eclesiástico”. Afirmar-se que em todas essas conceituações supra, o termo dignidade, histórica e culturalmente, significa algo externo à humanidade da pessoa. É um conceito que não prescinde da ideia de instituição pública, isto é, o direito – e apenas ele – confere ou atribui dignidade ao sujeito.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, o. 296. O autor mais tarde reconheceu a potencialidade do princípio em questão, a qual não era tanto possível se vislumbrar anos atrás, à época em que a obra fora publicada.

fundamentação) ou na censura à sua violação, sem maiores ponderações críticas sobre a abrangência de seu exato conteúdo normativo, limitando-se a argumentar que a dignidade serve à proteção de direitos e garantias individuais.

Essa faceta manifestadamente não é particular da dogmática jurídica, de sorte que tem se espalhado também no campo da zetética (teoria). A título de exemplo, no direito tributário, por exemplo, impede-se cabalmente a injunção de uma alta carga tributária que ponha em arrojo o mínimo existencial; ao passo que, no âmbito do direito ambiental, vislumbra-se a dignidade como pressuposto de uma existência com sustentabilidade, convindo de alicerce para eventuais ações ambientais de proteção.

Inobstante, essa superpulverização do princípio em questão mais o desvaloriza que o tem em estima, na medida em que é usado para açambarcar o máximo de questões jurídicas possíveis, sem quaisquer reservas críticas, resultando, como já alinhavado outrora, no seu enfraquecimento ou banalização. Luís Virgílio A. da Silva aponta que, no Brasil:

Em decorrência da banalização do uso da garantia da dignidade da pessoa humana, muitos casos de restrição a direitos fundamentais - às vezes em risco - tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme guarda-chuva, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção²³⁰.

Em igual sentido, Manuel Gomes da Silva assevera que, quando a dignidade é utilizada para fundamentar tudo e ao mesmo tempo nada, perde-se o sentido da pessoa e o Direito perde sua essência, manifestando-se torto:

Nesse diapasão, não pode ter-se em vista a pessoa humana como uma realidade abstrata, mas sim como ser real e concreto – tudo o que venha a negar essa verdade não é direito, mas torto. O que está em causa não são os meios, os fins, os interesses ou as qualidades, mas a pessoa humana concreta e viva, cuja realização o direito tem e precisa de assegurar. Na base de toda ordem jurídica encontra-se, portanto, a pessoa, como ente individual, dotado de razão e de liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário, cuja realização ao direito compete assegurar. Essas questões suprimem o voluntarismo jacobino, o conceitualismo pandectista e o pragmatismo interessista para dar lugar a centralidade de cada uma das pessoas, concretas e vivas, no direito, como seu fundamento radical, como sua finalidade legitimadora e como sua orientação concretizadora²³¹.

²³⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular em Direito Constitucional). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 225.

²³¹ GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. **Esboço de Uma Concepção Personalista do Direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 1965, Vol. XVII, p. 134-137.

Vê-se, portanto, que a tese em torno da concepção e do conteúdo da dignidade não é puramente das mais singelas, porque afeta à complexidade dos conflitos constitucionais contemporâneos. Ressalve-se, ademais, que a conjuntura querelada não deixa também de ser um problema típico do sistema ou de uma tirania de valores²³², do quais não se pode prescindir da ponderação de interesses.

Quando se passa a considerar que a dignidade da pessoa humana funciona como parâmetro objetivo de interpretação de sistemas jurídicos com forte carga constitucional, o que ressaltava seu caráter instrumental, acaba-se por remeter o intérprete à noção de tal princípio como uma ordem objetiva de valores, que descamba para um subjetivismo irracionalista e que não considera a pessoa exatamente por aquilo que ela é em essência, mas certamente pelo conjunto de predicados da moda que ela externa no mundo aparente para ser honrada, promovida, protegida e digna de direitos. Segundo Costas Douzinas:

Conforme observa Louis Dumont, “este mundo carente de valores, para o qual valores são supra-agregados pela escolha humana, é um mundo subumano, um mundo de objetos, de coisas (...) E um mundo sem homem, um mundo do qual o homem deliberadamente retirou-se e no qual ele se toma, assim, capaz de impor sua vontade”. Os únicos valores que sobraram são o processo e o avanço inexoráveis da tecnologia e os desejos do homem. Os desejos altamente disciplinados e ordenados da humanidade tornam-se a derradeira característica definidora transiente da natureza humana e inescapavelmente fazem pressão para serem reconhecidos como direitos legais. O significado dessa crítica para o humanismo (jurídico) não pode ser superestimado. Heidegger identificou a metafísica do sujeito com o humanismo e alegava que devemos abandonar o humanismo a fim de respeitar o humano: as determinações mais elevadas da essência do homem no humanismo ainda não compreendem a verdadeira dignidade do homem. Nessa medida, a conjectura em Ser e Tempo está contra o humanismo. Porém, essa oposição não significa que tal conjectura se alinhe contra o humano e defenda o inumano, que ela promova o inumano e deprecie a dignidade do homem. O humanismo é contrariado porque não enaltece suficientemente a humanitas do homem. Obviamente o valor essencial do homem não consiste em ser a substância dos seres, como o “Sujeito” entre eles, de forma que como o tirano do Ser ele pode dignar-se a lançar a qualidade de ser dos Seres em uma “objetividade” totalmente tosca e altamente celebrada²³³.

No geral, até aqui se percebe que, ao contrário do que se poderia pensar, o uso indiscriminado do princípio da dignidade da pessoa humana, dada a sua ausência de justificação

²³² A expressão “tirania de valores” foi cunhada por Eros Grau no julgamento da ADPF 153/DF, sobre a lei da anistia, quando teceu considerações sobre a dignidade, assim se expressando: “estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arrogue a tanto] É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então, o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor se apodera de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos”. In: STF, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-04-2010, Tribunal Pleno, DJe de 06-08-2010.

²³³ DOUZINAS, op. cit., p. 218-219

teórica, é tão duvidoso e aventureiro para seu próprio prestígio quanto para prática e para o discurso jurídicos. Se por um lado, há sua própria vulgarização, além da prejudicialidade de seus contornos e o amortecimento de sua energia normativa; de outro, a posição elevada que rotineiramente se lhe atribui termina por resguardar tal princípio de uma apreciação de fundo mais intensa sobre seu teor, sobre suas inferências e, nomeadamente, sobre os seus possíveis usos linguísticos e retóricos, suscitando a ampliação da insegurança jurídica, bem como representando um estorvo ao reconhecimento e à proteção dos direitos personalíssimos, que, ao menos em tese, deveriam ser a expressão e concretização mor de tal princípio.

Noutra senda, do ponto de vista de uma ciência do Direito normativa, frise-se, o mero reconhecimento e a mera institucionalização não são critérios bastantes o suficiente de validade de uma dada norma, valor ou princípio. Um fundamento puramente axiológico, utilitarista ou pragmático, que gire em torno de acordos jurídica ou tacitamente existentes faz remanescer o dever de submeter um dado preceito normativo, qualquer que seja sua modalidade, a um exame crítico, sem que recaia na fraqueza estrutural do mero consenso, que amanhã mesmo poderá deixar de existir e não mais haver razões para a sua manutenção.

Nesse tocante, talvez mesmo, o desafio encarado pelos sistemas jurídicos, ainda hoje, seja o de, ao acoplar a compreensão da dignidade aos particularismos socioculturais, estar-se renunciando às possibilidade de embasamento teórico de um preceito geral que não necessariamente tem sobrepujado o pedantismo e o subjetivismo, que levam comumente a uma espécie de imutabilidade ou uniformidade universal, que, em última instância, significa a possibilidade de uma padronização cultural e imperialista de homogeneização social.

Esta, sem dúvida, é a questão mais decisiva que a aplicabilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana suscita no âmbito do Estado Democrático de Direito hodiernamente, ou seja, justamente o risco de sua banalização ou de perda do mínimo de seu conteúdo teórico em face dos decisionismos e particularismos.

Sem dúvida, é praticamente inegável, tendo-se analisado a modernidade clássica até a contemporaneidade, perpassando a crítica do ideário de completude do positivismo jurídico, assim como a ascensão do valor da dignidade humana à categoria de super-princípio, inclusive, equivalendo a uma norma jurídica dotada de validade, que exista uma série de problemas óbvios com todas essas teorias reminiscências da modernidade clássica com base numa estrutura subjetiva imanente, tanto em termos de propositura da argumentação quanto de aplicação efetiva na sociedade que tentam representar.

Tais teoria, outrossim, exigem, a certo modo, uma consistência de princípios irreal na discussão, porém, pressupõem suas conclusões, a saber, de modo inteiramente válido à

sociedade, quando muitas vezes não o são, mais funcionando tais postulados, a exemplo da ideia de uma suposta dignidade imanente, enquanto construtos altamente artificiais, ou um acidente na história intelectual e política, que foram assumidos, simplificados e moralizados de forma não estável e não unitária, assumindo posição epistemológica fragmentada e insuficiente ao Direito, em uma dada conjuntura da história.

Obviamente que, nesta pesquisa, como antes mesmo já asseverado, não se pretende justificar racionalmente a dignidade, mas tão somente criticá-la no escopo de validar um suporte jurídico axiológico de validade e eficácia mais calcado na pessoa e na sua personalidade que em qualquer outro fundamento, como se perceberá mais adiante. Desde já, assevere-se que essa postura crítica aqui ensejada, calcada na quebra da densidade, da importância normativa, da universalidade de princípios como o da dignidade da pessoa humana, tomado atualmente como super-princípio, apenas reflete uma mudança de eixo na discussão dos problemas a tais espécies normativas correlatos, o que muitas vezes vai do mero plano retórico da justificação para o plano da real (e não ideal) efetividade.

2.2.2 A necessidade de controle judicial mais rigoroso e de concretização dos conceitos jurídicos abstratos e indeterminados

No atual estágio do positivismo, de textura mais aberta, o que não implica dizer que o sistema ou ordenamento jurídicos denotem um espaço eminentemente vazio em seu bojo de formulações normativas, haja vista seu ideal de completude e coesão positiva, o fato de que o Direito forma um sistema faz com que o significado de cada uma de suas normas derive também de outras partes do ordenamento jurídico.

Ainda que não se cogite da negação geral da capacidade de comunicação do legislador através de conceitos linguístico inseridos nos textos normativos, essa situação faz surgir, por escolha do órgão incumbido da atividade legislativa, uma série de preceitos abertos e indeterminados, isto é, plurissignificativos, fluídos ou vagos, para os quais, sem perder de vista o papel da lei, o trabalho do juiz não poderá ser inutilizado ou desmerecido.

A adoção de cláusulas gerais pelo ordenamento jurídico brasileiro, pela doutrina, é considerada um notável avanço, uma vez que referida técnica legislativa consiste numa:

Disposição normativa que utiliza no seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida, vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato ou competência para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar

fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.²³⁴

Não raro, é nesse contexto que a concepção moderna de dignidade resvala para o viés de que é igualmente um princípio aberto, calcado na fresta de normas constitucionais, com certo caráter indeterminado²³⁵, ainda que situado num plano de verticalidade, o que ressalta sua polissemia ou plurissignificação, dando margem a conceituações desvinculadas de seu real significado histórico-cultural, traduzindo uma dificuldade extra à harmonia que o Direito escrito prometeu promover, gerando o que se poderia denominar de antinomias²³⁶.

Conquanto seja perfeitamente compreensível e utilitarista essa postura de abertura conteudista do atual movimento positivista constitucional, em estima da posição privilegiada dos princípios e valores em relação à outras normas jurídicas, o princípio da dignidade – pela sua plasticidade e flexibilidade e capacidade de adaptação facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade – acaba desvanecendo em um postulado praticamente intuitivo e autoevidente, sem qualquer contestação, carecendo de demonstração ou de justificação teórica, precisando tão somente ser protegido ou efetivado.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, ponderando sobre essa contextura, critica a atual conjuntura da ciência jurídica no sentido de que o Direito se ampara muitas vezes em diversas categorias jurídicas abertas e indeterminadas, tais quais “pessoa”, “relação jurídica”, “sujeito”, etc., que por si sós representam juízos de exclusão e inclusão realizados no âmbito do sistema jurídico²³⁷.

Na mesma baila, em *Tû-Tû*, Alf Ross tece uma crítica à clássica configuração até a modernidade contemporânea do direito subjetivo, que, fazendo uso arbitrário da linguagem, operacionaliza com certa perfeição e maestria da retórica, porém mínima contenção de esforço, o discurso jurídico diuturnamente manejado em contornos técnicos, valendo-se de palavras sem

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: o sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

²³⁵ Sobre o tema, ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983, p. 208, o qual leciona “por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. No mesmo sentido, HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2009, p. 141 e 148, que apregoava que o direito possui uma textura aberta, e que existem áreas de conduta que continuarão a ser desenvolvidas pelos juízes, de acordo com os elementos factuais.

²³⁶ Cf. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.12. O termo antinomia aqui é encarado no seu sentido filosófico, como “o fenômeno de oscilação da tese à antítese, a razão se encontrando diante de um enunciado de duas demonstrações contrárias, mas cada uma sendo coerente consigo mesma”, e não necessariamente no jurídico.

²³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Lamentavelmente, o direito legitimou esses modelos formulando juízos de segregação a partir da categoria jurídica “pessoa”.

qualquer significado, sem referência semântica alguma, as quais convêm tão somente à apresentação do Direito enquanto ferramenta de controle e poder:

Tû-tû não é nada, supõe-se, ou uma palavra desprovida de qualquer significado. [...] O discurso acerca de tû-tû é puramente destituído de sentido. Todavia, o que é notável, [...] é que parece que essa palavra, a despeito de sua carência de significado, possui uma função a ser cumprida na linguagem cotidiana do povo: [...] expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre os fatos²³⁸.

Verifica-se a partir do excerto acima que muitas normas, princípios e valores jurídicos, tendo passado pelo crivo do movimento da positivação, há muito, cunharam-se de uma terminologia do tipo ideal *tû-tû*, de sorte que, reduzidos a uma ordem sistemática, são capazes de oferecer uma versão do Direito vigente que seja a mais tangível e conveniente possível.

Ao mesmo tempo, esse modelo de linguagem, de forma arbitrária, astuciosa e pragmática, pode ter inúmeras finalidades e formas de utilização. Costas Douzinas, nessa mesma linha de argumento, afirma que, partir de uma perspectiva semiótica, referidas regras, princípios ou valores jurídicos são construtos altamente artificiais, um acidente na história intelectual e política, que foram assumidos, simplificados e moralizados, e, em sua nova forma, repassados ao mundo como meio de subsistência da moralidade jurídica, arrematando ser:

O conceito de direitos é flexível e não estável, fragmentado e não unitário e difuso e não determinante. Pertence à ordem simbólica da linguagem e da lei, que determina o escopo e o alcance dos direitos com insuficiente consideração a categorias ontologicamente sólidas. Como construtos simbólicos, os direitos não se referem a coisas ou outras entidades materiais no mundo. Direitos são combinações puras de signos jurídicos e linguísticos e se referem a mais signos, palavras e imagens, símbolos e fantasias. Nenhuma pessoa, coisa ou relação está, em princípio, fechada à lógica dos direitos, uma vez que sua organização semiótica não tem um referente sólido no mundo. Qualquer entidade aberta à substituição semiótica pode tonar-se o sujeito ou objeto dos direitos, qualquer direito pode ser estendido a novas áreas e pessoas ou, inversamente, retirado das já existentes. Nada na ontologia dos sujeitos em potencial ou na natureza dos objetos inerentemente os impedem de inscreverem-se no espaço sagrado dos direitos. A elasticidade retórica da linguagem não "encontra fronteiras fixadas para sua criatividade e sua capacidade de colonizar o mundo. Os únicos limites à expansão ou contração dos direitos são convencionais: o sucesso ou fracasso das lutas políticas, ou os efeitos da limitada e limitadora lógica da lei²³⁹.

Aplicando-se nesta parte do trabalho a semiótica, pode-se alegar que a terminologia em face do vocábulo “dignidade”, por exemplo, funciona como um significante flutuante, explica-se: com a capacidade de se adequar às circunstâncias ou contingências do momento.

²³⁸ ROSS, Alf. *Tû-tû*. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 14-15. Nesta obra, o filósofo dinamarquês relata a experiência do antropólogo Ilírio Meugin, que, em visita às ilhas Oasuli, no pacífico sul, conheceu a tribo Aisat-naf, considerado um dos povos mais primitivos do mundo, e percebeu que ela se vale de um código de conduta chamado *tû-tû*, aplicado indistintamente seja de forma descritiva ou prescritiva quando determinado tabu é violado.

²³⁹ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 260-261.

Como significante, a dignidade é simplesmente uma palavra, um elemento discursivo que não está automática ou necessariamente vinculado a qualquer significado ou conceito específico. Ao contrário, a palavra dignidade, por si só, às vezes soa até vazia de sentido e pode ser atrelada a um número infinito de significados.

Com isso, ela não pode ser total e finalmente identificada com nenhuma concepção particular, pois transcende e sobredetermina todas elas²⁴⁰. Esse fetichismo flutuante – beirando, como já denunciado antes, à quase banalização em torno do vocábulo dignidade, vinculado primariamente ao momento de abertura da retórica cognitiva do Direito, sobretudo, mais funciona como uma panaceia para os problemas de lacuna e de solução dos casos concretos e leva como já anteriormente sustentado:

a um certo subjetivismo e, com isso, à eliminação do caráter heterolegitimador do Direito, que, por não oferecer critérios intersubjetivamente controláveis para a execução da ponderação, ao dar prevalência à justiça geral, em detrimento da justiça particular, promoveria senão a incerteza e a arbitrariedade do judiciário numa sociedade complexa e plural²⁴¹.

E é aí que jaz um problema de formulação teórico-jurídica em torno do conteúdo de regras, princípios e valores jurídicos arrolados e condicionados aberta, indeterminada e historicamente. Dito isso de outro modo, a determinação bem-sucedida de um significado retórico parcial a um significante flutuante, como o princípio da dignidade, funciona, portanto, de duas maneiras: antes, referida tentativa de determinação de significado do princípio da dignidade o dota de valor simbólico, mas, em segundo lugar, detém temporariamente seu voo de sentido ao preencher um direito abstrato com determinações empíricas e predicados históricos, resultando em certa hipertrofia²⁴².

Isso acontece porque terminologias como a dignidade, por exemplo, ou quaisquer princípios e valores jurídicos alhures – abertos e indeterminados –, não são conceitos que se apresentam uniformes, sendo, além de um dado construído, portanto, dotados de certo viés relativo. Entretanto, esse mesmo relativismo em torno de sua gênese, promoção e proteção, edificado em torno de uma perspectiva decisional e histórica, dá margem para soluções contraditórias entre si, que apontam para a conclusão de que a dignidade, por exemplo, revela-se insuficiente para efetivar uma certa tutela jurisdicional, que, espera-se, seja satisfatória.

Ainda que princípios e valores sejam geralmente conceitos universais – abstratos e indeterminados, por sua própria natureza – não postos, mas pressupostos, eles decaem para uma

²⁴⁰ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 262.

²⁴¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 177.

²⁴² Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 266.

instrução ou um agir conforme um tal preceito, o que significa afirmar que a concepção a seu respeito é modificável e pode ser utilizado a qualquer tempo e espaço, resultando a fixação de seu sentido e alcance apenas em vista dos casos circunstanciais ou históricos.

Esse nível de abertura, vagueza ou indeterminação pode variar bastante de um grau máximo a um coeficiente zero de incerteza, além de envolver consensos generalizados ou nenhum consenso de generalização sobre quaisquer de seus elementos. Consonante Karl Engisch, o referencial substancial de tais preceitos é, em razão de sua própria nomenclatura, elevado incerto. Todavia, esse nível de incerteza não chega a ser necessariamente um defeito, mas um atributo-problema que permite maior mobilidade ao ordenamento jurídico para determinar-se ou adequar-se a cada hipótese, ponderadas as dificuldades da correta apreensão do sentido jurídico ou da devida aplicação ao lume dos casos concretos²⁴³.

Daí que, na fase hodierna do positivismo constitucional normativo, são necessárias maiores ressalvas quanto à determinação das regras, dos princípios e dos valores jurídicos, evitados de conceitos vagos e indefinidos, como os que encetam o princípio da dignidade ou os direitos fundamentais, ou termos como idoneidade moral, ordem pública, mulher honesta, conduta reta, hombridade, imparcialidade, dentre outros.

Menciona-se esse cuidado tendo em vista que, dada a alta dose de discricionariedade na interpretação de tais terminologias jurídicas, num ato de fixação de sentido e alcance, perde-se frequentemente de vista a racionalidade ou a objetividade da atividade jurisdicional, sem embargo de também ocorrer a usurpação da competência legislativa pelos tribunais.

Especialmente, é imprescindível ter em conta que a magnitude topográfica atribuída atualmente aos direitos fundamentais, princípios e valores (abstratos e indeterminados) não deve operar mecanicamente ao menosprezo das regras jurídicas. Esse argumento explicita a opinião de que é supérfluo utilizar-se de expedientes dispensáveis e não exigíveis para a consumação de um dado fim, sobretudo o hermenêutico²⁴⁴, porque, conquanto a lei haja sucumbido à ausência da glória que desfrutara em tempos passados, ainda é obra de um poder legislativo, que rezinga da legitimidade popular.

²⁴³ ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983, p. 208.

²⁴⁴ Nesse sentido, ALEXY, op. cit., p. 181-183, para quem as regras se aplicam na base do tudo ou nada, e os princípios caracterizam-se por determinarem que algo seja realizado na maior medida possível, então as regras serviriam como uma espécie de limite jurídico capaz de restringir a otimização de um princípio. A partir desse pressuposto, emerge a ideia de que quanto mais regras existirem no ordenamento jurídico, maior será o grau de segurança, estabilidade e previsibilidade do sistema, porém maior será a sua dificuldade de adaptar-se a situações novas. Enquanto que quanto maior for o número de princípios, maior será a capacidade de o sistema adaptar-se às situações inusitadas, no entanto, maior será o risco de conviver-se com decisões imprevisíveis, com prejuízos para a instituição e a isonomia.

Aliás, pelo fato de sua maior determinação semântica contribuir para a minimização do arbítrio do intérprete, consequentemente maximizando a segurança jurídica, daí que as regras existem, seja para enviesar o mínimo de responsabilidade democrática, seja para garantir o mínimo de dignidade. A esta inflexão, cumpre controverter se, mesmo ao lume de todo o exposto, ainda é deveras apropriado o recurso direto ao princípio da dignidade da pessoa humana para deliberar acerca de qualquer problema jurídico.

Este questionamento corresponde senão a relação que exsurge entre a atual fase do positivismo constitucionalista e democracia, pois o auxílio direto e irrestrito à dignidade em todas as injunções jurídicas aparenta ocasionar prejuízos a esta última (democracia), maiormente o fato de que a justificação da dignidade situar-se-ia cingida ao domínio da competência autocrática do juiz, ensaiando decisionismos e voluntarismos de toda sorte, como já ponderado outrora, imperando o risco de perda de sua força persuasiva.

Daí que um acertado bom emprego do princípio da dignidade implica também um adequado traquejo da atividade de interpretação jurídica, que, na medida dos freios e contrapesos, deve pautar-se também pela lógica da relação harmoniosa entre os poderes da República. Nesse diapasão, assevere-se que os juízes, quando chamados a ponderar sobre a dignidade, ou quaisquer outros valores ou princípios, fixando-lhes o sentido e o alcance, não devem atravancar o povo de conduzir-se a si próprio, ainda que tal reger-se (no Brasil, por exemplo) seja operacionalizado indiretamente pela via do poder legislativo representativo.

Aliás, crítica transversal, nesse sentido, diz respeito ao fato de que, num contexto democrático, a atuação do juiz não pode ser nivelada à do rei-filósofo, onipresente e onipotente, mas à de um apanhador das pretensões populares, legitimando as suas decisões por meio da argumentação racional controlada pela fresta do diálogo com a sociedade.

Com efeito, no exercício da atividade jurisdicional, deve-se reconhecer que sozinha “a corte não é a Constituição”²⁴⁵, tampouco que um juiz solitário é o herói ou *Hércules* da pátria, assim como não deve ser enxergado como o personagem principal dos movimentos solenes ou revolucionários por mudanças, embora também exerçam função social nesse escopo.

Enfim, na atividade jurisdicional contemporânea, exercendo um importante *múnus* da decidibilidade, necessário se faz que os juízes tenham menos soberba e mais cautela quando chamados a preencher espaços de ineficácia legal, a fim de que, como numa utopia platônica, não sejam postas todas as expectativas na atividade jurisdicional, em que pese patente a desesperança da comunidade pública em face do poder catalizador e transformador das urnas.

²⁴⁵ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 276, no original: *the court is not the Constitution*.

Ademais, nunca é demais lembrar que, mesmo o princípio da inafastabilidade da jurisdição conclamando a vedação do *non liquet*, o judiciário não pode fazer as vezes do legislativo acossado por um ativismo judicial, por sinal, bastante criticado na contemporaneidade. Mais que pá de pedra e cal, o judiciário não deve servir a tampar buracos de qualquer forma, mas prevalecer como também garantidor da autoridade pública, da segurança do Estado e de suas instituições próprias, equilibrando o acesso do cidadão à justiça.

Na realidade, queda a atividade jurisdicional sempre salutar no desenvolvimento de soluções as mais diversas para problemas factuais, resolvendo-se assim as inseguranças e as incertezas da lei, seja requalificando-as, seja desenvolvendo as normas comunicadas com certa discricionariedade, consonante padrões consistentes de razoabilidade e sustentabilidade “quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”²⁴⁶.

Em verdade, o que se espera de uma decisão que abarque regras, princípios ou valores de cunho aberto, abstrato ou indeterminado, é que ela seja tão bem justificada ou fundamentada a ponto de evidenciar não só às partes emaranhadas no caso concreto, mas à comunidade em geral, a ponto de deliberação desencadeada a partir do procedimento hermenêutico ser a que mais se ajuste à ordem jurídica democrática e às peculiaridades não só do intérprete, mas de todo o público eventual destinatário da mesma decisão num momento futuro.

Nesse sentido, embora manter coeso um sistema aberto possa parecer difícil, não é impossível mesmo diante dos milhares de processos em curso, da escassez de juízes proporcionalmente ao número da população ou das estruturas judiciárias burocráticas e enferrujadas para a dinâmica jurídica atual. Em que pese tal esquematismo, ainda assim o judiciário é o real legitimado para cumprir com as funções de hermenêutica insculpidas na Constituição, que deve assegurar um consenso mínimo dignamente existencial às pessoas destinatárias das normas, além do pluralismo democrático²⁴⁷.

Nesta perspectiva, por mais que se esteja diante de uma realidade hermética e corrosiva no atual momento do positivismo jurídico de cariz constitucional, que tem gerado profundas dificuldades de aplicação da justiça, com tendências jurisprudenciais conflitantes e decisões ineficazes, não se pode negar aplicabilidade à condição de validade normativa dos princípios ou dos valores constitucionais, afinal, a dignidade, por exemplo, só pode ser estabelecida dentro

²⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

²⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 249-250.

de um universo jurídico ditado pelas regras, conquanto permanente a zona cinzenta de sua indeterminação terminológica²⁴⁸.

Feitas tais considerações até aqui, cumpre observar, portanto, que o princípio da dignidade, na mesma esteira de outros preceitos abertos e indeterminados, apesar dos muitos retrocessos históricos envoltos em sua concepção e conteúdo, ainda vive no mundo contemporâneo uma fase de inovadora, porém de problemática elaboração teórica, jurídica e doutrinária, cujos contornos exigem maior densidade teórica e normativa, à qual se agrega novas e diuturnas preocupações.

Logo, impende necessário, na atual conjuntura, estabelecer as cercanias de uma objetividade jurídica possível para referido princípio a fim de que ele se amolde a um apropriado rigor e controle de não só racionalidade, mas de legalidade, que deve, inobstante, atravessar os desembaraços judiciais.

Em síntese apertada, nessa atividade hermenêutica de modificação de consciência e de necessidade reformista, o operador jurídico deverá fixar a exata significação de um dado preceito flutuante a par da raiz jurídica em que se encontra, sem que para isso lhe seja superestimada quaisquer razões de conveniência ou oportunidade.

Consequentemente, por ocasião da subsunção, ao situar a conexão entre conduta e padrões jurídicos, à luz dos pressupostos fáticos e jurídicos, toda essa operação deve ser cristalina e com inteirada dependência à pretensão do legislador no escopo de positivamente possibilitar o que é e o que não é válido numa única solução justa para a situação concreta. Noutras palavras, o aplicador precisa catalisar o significado prático de normas vagas ou imprecisas utilizando-se do próprio texto analisado não só como parâmetro, mas também limite da atividade interpretativa.

Além do mais, é imprescindível também percorrer outros contextos legais válidos e persuasivos, ainda que não-textuais, de sorte que, à indeterminação do enunciado normativo, muito embora se resguarde certa liberalidade à atividade jurisdicional, não deve satisfazer uma indeterminação da atividade de interpretação de tal conceito²⁴⁹. Afinal, uma atividade jurisdicional legítima só poderá ir até as fronteiras de que dispõe, porque é vinculada senão a apontar uma realidade normativa que já existe²⁵⁰.

²⁴⁸ Idem, p. 235.

²⁴⁹ SOUZA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 189-195.

²⁵⁰ Idem, p. 44-45. Antônio Francisco de Souza, sobre o tema, alude para o fato de que o ex-ministro do STF, Eros Grau, enfatizou repetidas vezes que "comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do Direito. [...] Insisto que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos

Nesse quadrante, quando, por exemplo, dois princípios colidem, a tensão precisa ser resolvida de forma a preservar a unidade da Constituição sem prejuízo do sistema, que deve ser, no afã positivista, no mínimo, íntegro, além de coerente, coeso e harmonioso, a despeito de atualmente não mais necessariamente completo, porque impossível prever todos os comportamentos ou injunções sociais a serem canalizados por uma enunciação normativa.

Ademais, o problema de conceitos abstratos e indeterminados ou juridicamente abertos se relaciona com o perigo de uma leitura (ou releitura) abusiva das normas de um modo geral ou dos princípios jurídicos, que maiormente decorre da probabilidade de que, em certos contextos, eles sirvam retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiem a autopoiese de respectiva ordem jurídica: ora dissolvendo-a amorfamente em seu ambiente, ora subordinando-a imediatamente às intrusões particularistas do poder, dos moralismos intolerantes e dos valores excludentes, o que acarreta uma inadequação social do Direito, que deve servir precipuamente à sociedade, e não o contrário.

Parece evidente que a flexibilização ou banalização corriqueira do disposto pelas regras, princípios ou valores de conteúdo incerto, possam fragilizar o esqueleto do Estado de Direito, além de patrocinar o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas. Porém, se a dignidade humana, dentre outras terminologias jurídicas abertas e indeterminadas, tem como origem e destinatários os membros da sociedade, deve-se dar maior crédito à soberania popular na formulação dos conteúdos preliminares que informam o seu espaço de maior indeterminação.

Noutras palavras, a observância fiel das regras, ainda que elas possam gerar incidências injustas ocasionais, é um meio de fortalecer o respeito institucional pela ordem jurídica. Com efeito, se cada aplicador puder afastar uma regra porque a considera injusta no caso concreto, fazendo prevalecer um princípio, como, por exemplo, o da dignidade ou outro qualquer, cujo conteúdo não se adequa necessariamente ao caso analisado e passível de decisão, servindo apenas de retórica judicial para fins de deslinde de causa, nessa encruzilhada, pouco valor terão as regras e o ofício do legislador ou do juiz. E, com isso, só tem a perder o jogo democrático.

usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas” (STF-RMS 24.699-9 DF, rel. Min. E. Grau, j. 30.11.2004, fl. 230).

3 SOBRE A NECESSIDADE DE UMA REPACTUAÇÃO SEMÂNTICA E PARADIGMÁTICA DO DIREITO PELO INSTITUTO JURÍDICO DA PERSONALIDADE

Numa perspectiva dialética até, vislumbrando-se uma síntese, para além da mera verborragia, de quaisquer tipos de simbolismos ou do carnaval festivo dos aforismos e das elucubrações retóricas com que uns festejam algumas das supostas conquistas do Direito, ainda que nessa pesquisa se tenha aparentemente uma impressão nefasta e catastrófica da história da humanidade, assim como igualmente do fenómeno moderno, deles quase nada remanescendo em contornos de otimismo, não foi bem isso que se conjecturou até aqui.

Atualmente, averiguada a crise dos grandes paradigmas jusfilosóficos da Modernidade, procura-se fincar nesta ocasião a ideia de que a possibilidade de um conhecimento da subjetividade radicalmente transcendente, como pressuposto do acesso ao verdadeiro perene e incondicional da existência ontológica, simplesmente não é realizada pelo convite à imediatez da prática irrefletida. As fronteiras das contradições circunstanciais só podem ser ultrapassadas se as questões da subjetividade forem levadas a sério, assumindo-se a importância das categorias ontológicas anteriormente pressupostas, o que implica a aceitação da incondicionalidade simbólica da pessoa e da personalidade humana, como portadoras de alicerces significativos para a sociedade e para positividade normativa, sem os riscos da objetivação empírica pura das ciências racionais.

Nesse escopo, considerando-se os diversos enfoques e os sistemas teóricos da subjetividade em meio a uma base mais crítica para a compreensão da pessoa humana e de sua existência, se a pessoa real é o ser humano em seus propósitos, a personalidade propriamente dita começa quando o sujeito compreende e age na realidade que o circunda e a aplica no reconhecimento do outro em iguais condições, outro este que é anterioridade e medida de todas as coisas, sem a qual seria impossível a constituição da identidade de si próprio.

Dessa forma, a personalidade emerge no plano da vida ou na relação existencial que a pessoa detém consigo mesma e com os outros e para os outros. O substrato ôntico último dessa reivindicação reflexiva do si mesmo – que parte da desconstrução de teorias cuja base crítica é do particular-pessoal para o universal-coletivo, só poderá ser a proteção e a promoção especificamente da pessoa humana real e pluriversal no anseio da circularidade de uma personalidade livre ou da vida encadeada plenamente na felicidade existencial e sustentável.

Essa existência personalíssima presume concretude e interações diversas, respectivamente, pela institucionalidade e pela intersubjetividade – não importando, em regra,

as diferenças de *status* ou a determinação de predicados personalíssimos conforme os reconhecimentos meritórios (dignos) ou pelos deméritos (indignos) de desaprovação cultural. Ao definir-se como moralmente iguais ou racionais apenas os seres dotados de certas habilidades, tidas como qualificativas da autonomia da vontade, a filosofia tradicional ofereceu à violência os flancos desses mesmos sujeitos. A consequência nefasta muitas vezes deste tipo de postura – levada a cabo pelos umbrais da Modernidade e pelo fenômeno jurídico posteriormente, é a legitimação de todo ato de violência praticado contra quaisquer sujeitos, quando esses não se encontram em condições de defender seus interesses, tão somente fazendo uso de um comportamento racional.

Desse modo, quando se tentou reduzir a modernidade e o fenômeno jurídico contemporâneo às suas imperfeições, na perspectiva do método husserliano e heideggeriano, procurou-se em verdade compreender suas vicissitudes na mesma baila que as buscou transcender. A denúncia da crise da Modernidade e, por consequência da humanidade, atravessada também pelo Direito, a todo custo e a todo tempo aqui realizada, por mais crua e demonizada que possa parecer, cumpre o papel de reflexão crítica, a partir das indeléveis reminiscências do passado, com sua contextualização diluída no tempo presente, para então planejar em direção a um talvez amanhã, o qual não se realiza na tragédia da humanidade sobre sua própria condição, mas na superação da tensão que esta condição assume.

No trato desta pesquisa, em especial, acaso se ignora, ao revés, ou se deslembra que o Direito, de maneira acrítica, se imbrica na sucessão de mudanças ou de alternâncias ocorridas nos idos históricos, ou não se pondera sobre os rumos e as opções que diariamente se assumem ao venturo, tamanha a perigosa indiferença dos juristas, o fenômeno jurídico atual pende, afinal, a repetir um tempo não tão remoto assim da pior forma possível, conquanto não perceba quando o faz. E é, pois, por meio da transubstanciação e ressignificação fenomenológicas, justamente a reincidência infausta dessa narrativa que se perfilha evitar aqui.

Assim sendo, apontados nos dois capítulos anteriores movimentos que se complementam entre si, consubstanciados no prestígio do sujeito como construção e conquista histórica, atravessando sua própria crise e apagamento, e na crítica do sistema jurídico atual que retroalimenta, por vezes, essa conjuntura na medida em que insiste na convicção de impor-se legítima e legalmente absoluto, intangível e, por isso mesmo, insensível à pessoa humana jurídica descrita na lei, a proposta deste terceiro capítulo é apontar um arranque para estas zonas de tensão. E, nesse direcionamento da presente pesquisa, consequentemente abordar-se-á transversalmente o lento fenômeno da repersonalização em que tem se ancorado o Direito.

Nessa intentada, se a pessoa humana, a despeito do sujeito e do indivíduo ou do ser dotado de racionalidade, é hodiernamente fim capital e não meio, nada mais salutar que lhe promover e salvaguardar um predicado que se afigure intrínseco, sopesados critérios e expressões culturais, indicadores de ontológica pessoalidade ou subjetividade. Desse modo, diante da necessidade de uma repactuação semântica e paradigmática, que ressignifique o próprio Direito, enquanto implicação humanizadora, é em torno da pessoa e de sua personalidade, campo este pouco teoricamente transitado pela doutrina jurídica, mas de suma relevância, que deságua, então, o cerne e objeto principal desta pesquisa, já que dos seres humanos a expressão mais íntima, máxima e última, na medida em que não adquirimos tampouco temos uma personalidade, somos, decerto, a expressão real da nossa existência e, portanto, de nossa personalidade.

Noutras palavras, ao apontar neste terceiro capítulo um arranque ao Direito pela personalidade, mesmo que a ordem jurídica inobstante lance sobre a pessoa o olhar ideologicamente positivado da titularidade ou da capacidade ou da personalidade jurídica, isto é, de que ser pessoa é pura, mecânica e simplistamente tão somente adquirir direitos e obrigações, todo o conjunto de múltiplas emanações em que, por vezes, resume-se a personalidade, assim se espera, deverá ser visto como próprio da substância, da essência ou da estrutura fundamental da pessoa humana, na qual se assenta toda sua humanidade, subjetividade e identidade, autodefinidoras e autodeterminantes de que o ser enquanto categoria ontológica é titular por excelência, e da qual não pode ser extirpado, sob pena de nada ou um simples objeto ser considerado.

3.1 A emergência de um direito geral de personalidade ao lume da pessoa humana

Em uma perspectiva estritamente negativista, pode-se entender as linhas de raciocínio traçadas anteriormente de forma pessimista, no sentido de que a humanidade quiçá não tenha dado muito certo, nem mesmo o Direito, haja vista terem ignorado em maior ou menor grau, sejam lá por que razões ou das piores formas, a importância substancial da própria figura típica que lhe (deu ou) dá suporte, qual seja a pessoa humana.

Nesse mesmo aspecto incrédulo, é até inegável que o racionalismo normativo igualmente cometera alguns variados excessos, absolutizando a razão individual e acabando por fechar amiúde demasiadamente o humano sobre si mesmo. Esse mesmo homem, rente a um espelho, extremamente vaidoso, tal qual no romance de Oscar Wilde, perdeu a si mesmo de vista, bem como o outro que se lhe assemelhasse. Para o jurídico, reflexo deste ser humano

reificado, o amanhã estaria, então, anulado. Do naufrágio da política, da arrogância dos poderosos, dos cataclismos da indústria, da miséria galopante, da exploração nua, do apocalipse ecológico; de absolutamente tudo a que tentou tocar o Direito, no afã de regulamentação, em nada a humanidade pareceu ter sido poupada.

O Direito vigente, embora tentasse abocanhar tudo e a todos, como o tenta fazer ainda hoje, ignorou às avessas o mundo exterior. Não por uma ignorância que tangenciava o conhecido, mas por uma ignorância absoluta que negligencia os próprios problemas de base. Nesta quadratura, enquanto a imperícia do ato de absolutização se voltava contra o fim buscado, restava, como antes denunciado ao final do primeiro capítulo deste trabalho, tão somente a fábula trágica das confabulações, isto é, do caráter puramente utilitário da sensibilidade sobre a relatividade radical do dado sensível ao jurídico, inviabilizando precisamente a claridade que poderia abrir novos horizontes ao Direito.

Foi assim que, instrumentalizando problemáticamente as instâncias do poder, aqui chegamos. De maneira tal, a proeza do jurídico aparentemente beirou mais às letras e às boas intenções dos que mordiam a realidade dura e complexa das relações humanas, a um só tempo em que essa conjuntura discorria mais sobre a história e a utopia do que pensava a dura faina dos mortais no jogo construtivo de uma sociedade justa e universal. Numa formulação deveras lógico-racional, perdia-se de vista a humanidade, na mesma guarida em que se cunhava a pessoa humana de mero aporte para configuração de relações jurídicas. Para o Direito, aliás, as pessoas, durante muito, constituíram artifícios técnicos ou unidades de sujeitos, súditos, sujeitados, competentes, capazes ou não, que se adequavam em molduras normativas.

O próprio sentido de normas cunhado pelo Direito, qualificando imperativamente os comportamentos a que se referia, atribuindo responsabilidades, conferindo poderes ou interditando condutas, foi no sentido de realizar uma interferência na ordem natural dos comportamentos sociais, regulados por normas. Aliás, a validade formal das normas foi o elemento integrador desse aspecto de desumanização das relações subjetivas, com base em critérios de honra ou de respeito ou em diferentes graus de dignidade, ainda que nas bases legais mais mezinhas se reconhecesse, além dos costumes e da moral, as tradicionais formas de expressão da igualdade na diferença, sem a ingenuidade da total supressão dos papéis jurídico-sociais, que eram destinados e reconhecidos apenas a alguns.

Essa contextura, típica ao intervencionismo jurídico, é também consequência da Modernidade clássica, que acabou também contribuindo para a adoção pelas pessoas de uma vida cada vez mais íntima ou privatizada. Hoje, em razão do modelo liberal-econômico, toda nossa circulação é privada, inclusive a nossa existência. O trabalho, diga-se de passagem,

talvez, seja uma das poucas instituições da vida atual que nos insira em espaços públicos ou produza algo capaz de ser auferido publicamente. A existência hodierna é muito pouco política ou social em suas ações. Aliás, inclusive, as pessoas têm pouco interesse em participar coletivamente daquilo que diz respeito à vida pública, que é muito pouco nas ruas, de sorte que a própria sociedade de consumo incentiva isso, porque tende a fazer da casa um lugar cada vez mais seguro e autossuficiente. Mais que isso, o ideal de biografia atual – liberal, por excelência – é que a pessoa viva fechada, porque no conforto do lar e de sua intimidade e privacidade, tem-se tudo o que precisa ao alcance de alguns cliques.

Desse modo, civil e privatizado, a pessoa doméstica, que geralmente é o homem e a mulher, burgueses, há muitos anos, perdeu um pouco da referência acerca do que tem de humanidade em alteridade. Em sociedades pré-modernas, como visto antes, o ser era perfilhado pelo que se fazia nos espaços públicos e políticos. Na existência quotidiana, que é uma vida muito mais confortável, que exige da subjetividade muito pouco, sobretudo, em termos de coragem, existe esta domesticação da mundividência, que se torna cada vez mais íntima. A prova dos nove acontece, quando muito, na capacidade superar as angústias e as inseguranças diante da vil possibilidade de falha.

Porém, em via contrária a esse processo de privatização da vida, no mote da hodierna leitura conjuntural do Direito, é inegável que o sistema positivo normativo tenha experimentado uma disseminação da Constituição por todos os seus ramos, ramificação esta que se imiscuiu inclusive no espaço doméstico, ainda que tenha se garantido certa setorização da privacidade à civilidade, na qual não poderia intervir, ao menos em tese, nem mesmo o Estado nem mesmo a lei. Mais precisamente, esse fenômeno de irradiação da constituição por todas as esferas da vida humana decorre, vide antes visto em Konrad Hesse, contemporaneamente, de um modelo de bem-estar social, intervencionista, calcado no princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas não podem ser aplicadas isoladamente – servindo sempre ao coletivo homogeneizado – porque formam elas um conjunto ou um todo unitário²⁵¹.

No final, deve-se preservar a sua totalidade e irradiação (a da Constituição e do Estado) igualmente na vida privada, no mesmo passo da concordância prática em torno da interpretação sistemática de seus preceitos. Nesse tocante, muito embora se presuma certa autonomia dos vários âmbitos em que o Direito se espraia, mesmo se assegurando a liberdade privada dos destinatários da norma, essa opção legalista dos últimos tempos denota multiplicação e proliferação dos direitos constitucionais fundamentais nas relações entre particulares,

²⁵¹ HESSE, op. cit., p. 45.

rompendo-se com a tônica estritamente liberal de que tais direitos enquanto eminentemente subjetivos e públicos apenas visassem a defender a pessoa perante a força invasiva do Estado.

Na realidade, quando hoje se argui acerca de uma eventual eficácia horizontal ou aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais constitucionais na contemporaneidade do Direito, estar-se a arregimentar uma função específica de proteger a pessoa não apenas da intervenção destemperada do Estado na vida doméstica, mas também em face dos poderes existentes de um modo geral na esfera pública da sociedade como um todo, sendo também desta esfera que provenham diuturnamente as ameaças a direitos os mais diversos.

Há quem sopesse e ressalve atualmente a necessidade de não se cometer os erros de outrora, isto é, de não promover uma rigidificação e uma inflexibilidade da vida jurídico-privada resultante de uma verdadeira substituição de dada ramificação do Direito pelo recurso intangível e sistemático – no escopo de completude – ao direito público ou de viés constitucional²⁵².

Na sede desse argumento, em contrapartida, poder-se-ia conjecturar um campo próprio para a liberdade de ação na cosmovisão individual, que não fosse regrada exclusivamente pela aplicação direta da legislação constitucional, em tais casos, delimitando-se, pois, um campo de incidência da autonomia privada, que seria resguardada, garantindo-se, pois, o livre trânsito das questões afetas ao nível de decidibilidade existencial pessoal do quotidiano. Entretanto, conquanto haja-se feito referida ressalva, ou seja, quanto aos perigos do ideal de completude e de disseminação do Direito (hodiernamente de cariz constitucional) para a vida privada, já devidamente analisado nas linhas anteriores, não seja decerto ingênua, ainda assim, uma tônica menos intervencionista do Direito não é a corrente majoritária que atualmente prevalece.

O caminho hoje parece ser realmente o inverso, mais precisamente o da insistência jurídica em tentar regular o máximo de situações pessoais que pode alcançar. Dado que o esplendor positivista do Direito foi realmente capaz de se imiscuir também nas esferas da vida privada, conduzindo o homem para a plenitude de seu destino doméstico liberal, teóricos os mais diversos insistem na tônica de redução do Direito a um conjunto cerrado de normas, como se fosse uma dimensão objetiva da sociedade, com eficácia e aplicabilidade irradiante sobre a esfera privada, escancarando essa construção uma moldura, que se irrompe a inúmeras possibilidades de intervenção e tentativas de controle ou de pacificação social. Ou seja, se na

²⁵² Nesse sentido, Jörg Neuner e C.W Canaris, cf. PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Separata de Portugal-Brasil. Studia Iuridica. n.º 40. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246.

Modernidade, deu-se liberdade demais ao indivíduo, agora, mais do que nunca, é chegada, no Direito, a hora de amarrar novamente esta autonomia da vontade.

A postura não deixa de ser uma novel forma de racionalismo, de corporativismo, de nacionalismo e de outras tentativas já experimentadas em eras pregressas de fechamento societário, de que se vale (e continua se valendo o Direito) no afã de controle e de pacificação social. A respeito desse tema, restando cada vez mais assente uma repactuação sistemática dos ramos do Direito, sobretudo do Direito privado, a par das normas públicas cogentes, no exato turbilhão dessa travessia, ainda enquanto narrativa ou genealogia do poder, mesmo o positivismo estrito negando descaradamente essa façanha, o Direito – quer na sua veia legislativa, quer na sua concretização jurídica – insiste não querer enfrentar suas próprias vicissitudes ou problemas do passado, seja repetindo contextos, seja obliterando mudanças.

E, geralmente, faz isso endossado por setores conservadores da sociedade, que o próprio Direito busca ora regulamentar ora conformar, contribuindo para a desumanização das subjetividades, mesmo que em um dado momento da história tenha positivado inúmeros direitos de liberdade ou valores humanísticos os mais variados de forma meramente alegórica, mas cuja finalidade não foi capaz de obtemperar a crise das individualidades a que chegamos.

Desse processo de individuação da vida de antes ao de hoje, não mais solipsista e um tanto mais responsável, apesar das tentativas jurídicas de interferências reguladoras da existência particular, o processo de domesticação privada persiste, em contrapartida, assim, como alternativa cívica e privada àqueles que não conseguem mais simplesmente se satisfazer com a dominação e com a fruição do gozo da vida a qualquer preço e veem, na difícil tarefa de encontrar-se e de afirmar-se a partir do outro livremente, a destinação de sua própria liberdade.

Isso implica, em igual medida, compreender quais opções a humanidade hodierna dispõe para reconhecer seus erros e para se adaptar aos sutis mecanismos de funcionamento de suas próprias estruturas, justo porque a vida não nos aparece como uma realidade estática, acabada, mas antes como um projeto, um desafio a ser mais, a se tornar aquilo que se é.

Nesse mote contextual, ao se conjecturar que papel detém a pessoa humana, enquanto síntese e arremate da contemporaneidade, não se perfilha aqui uma ideia ou um critério eminentemente naturalista de pessoa, que a submete a um reducionismo de determinações naturais como as utilizadas pela história para referir-se aos demais animais ou que fora muito comum outrora para produzir concepções eugenistas do ser ontológico, enquanto um dado animalesco político, social, histórica e racionalmente determinado, o que gerou toda sorte de distinções, exclusões e hierarquizações. Também não se toma aqui a pessoa como fruto da lógica racional, à qual poderia ser subsumida a casos particulares, via certos critérios lógicos

de subsunção aos estreitos da ciência. Pensa-se agora da pessoa – e, em especial, de sua personalidade, bem como dos direitos a ela afetos – exatamente no contrário.

Esse retorno às indagações de consciência da subjetividade ontológica, especialmente neste capítulo do presente trabalho, dá-se mais nas regras que põem a pessoa na condição plenipotenciária de realização de sua humanidade e do próprio Direito em torno de seu conteúdo ôntico, e não como uma espécie de instrumento neutro de controle social, ou de monopólio da produção normativa ou como aparato da sobrevalorização de fontes do Direito, autorreferenciado em si mesmo, ainda que feito por e para pessoas.

Nesse diapasão, é que a concepção de ser ontologicamente pessoa, ou de resgatar-se ao menos essa ideia precípua, neste trabalho, procura conformar algo além do que semanticamente lhe imbuiu de conotação instrumentalizada a tônica do Direito. Inobstante, ademais, a obra da justiça, ainda que, às vezes, seja um empreendimento determinado pelas contingências de uma história que acabou mal, pode articular relações e buscar na pessoa humana seu próprio substrato, em uma totalidade feita de relações entre singularidades não subsumíveis sob um dado conceito. Essa proposição, aliás, traz não só a ideia de permanência e de solidez, para além do processo de liquidez em que se diluiu a Modernidade na realidade vigente, mas de polarização da experiência e de domínio exercido pelo substrato e pela substância do ser (a pessoa real) sobre os atributos e as ações do ente (a personalidade existente).

Assim, o ser-pessoa-continuamente hoje, mesmo que se encontre em mundos incertos, é ao mesmo tempo um projeto existencialmente inacabado, que não detém todas as variáveis da vida e, conquanto alguma vez as tenha possuído, elas nunca funcionaram a todo tempo e espaço. De sorte tal, ainda que os muitos questionamentos já realizados ao longo desta pesquisa, pareçam ser eternos ou nos infantilize pelo medo e pela necessidade de proteção, mesmo após mais de dois milênios de avanços e recuos da humanidade, o tema da intersubjetividade – ou mais exatamente da personalidade humana – é bastante caro e urgente no tempo presente de contemporaneidade jurídica.

Esse redimensionamento puro e retilíneo da pessoa humana enquanto princípio ético universal, assim como também jurídico, afinando-se, pois, com as querelas do mundo atual, na medida em que não se idealiza o real objeto da proteção jurídica desconhecendo a realidade ontológica do ser-humano, visa senão a conceber a real importância da humanidade, imbuída em aspectos adjetivos da personalidade.

E é, então, por este caminho tão insólito, quanto decerto paradoxal, que vamos enveredando e conduzindo agora a presente pesquisa, no trato de pensar a personalidade jurídica

ou um eventual direito geral de personalidade, a começar pelo movimento de recontextualização – em face da Constituição – por que passou o Direito Privado.

Vejamos.

3.1.1 Recontextualização da tímida disciplina personalista do Código Civil de 2002: ou sobre a lenta trajetória do fenômeno de humanização do Direito Brasileiro

A investigação sobre a afinidade assente entre direito público e direito privado, manifesta como divisão fundamental ou *summa divisio*, apesar de ultrapassada, ainda é de boa relevância para a análise da temática que aqui se principia, qual seja a do estudo da pessoa e de sua personalidade, no sentido de que pode oferecer subsídios que aconselhem tanto o sobrepujamento de referida dicotomia como a superação de referida distinção em certas esferas em que se expande a autonomia jurídica individual-existencial.

Noutros dizeres, ainda que sobreviva de forma suavizada, o assunto é de grande relevância para a análise da suscetibilidade do livre desenvolvimento da personalidade humana, sem embargo da discussão de outros temas atinentes à teoria geral do Direito, quais sejam o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, assim como de sua descentralização e de sua recodificação, em face do processo de salvaguarda e de promoção da pessoa humana e seus aspectos existenciais mais inseparáveis e essenciais.

Os critérios para fazer essa divisão são discutidos há muito, mais precisamente desde o direito romano, com o *jus communes civiles*, ainda que sem fundamentação ou concatenação suficiente, sobremaneira para encampar situações jurídicas por meio das quais os cidadãos romanos tinham a acesso aos bens, à reparação dos danos, à propriedade privada, aos contratos e à realização da própria existência em coletividade.

A diferenciação (entre estes dois grandes ramos do Direito) ficou inobstante mais nítida durante o período absolutista rumando ao Estado Liberal, na medida em que se demarcava os espaços de intervenção estatal em contraposição aos de autonomia da atuação privada. Maiormente, tendo em vista que a pessoa de um modo geral exercia funções ora públicas, ora privadas no âmbito social, a separação em campos do Direito também se daria em face dessa setorização social realizada mediante respectivamente relações de subordinação ou de coordenação, muito embora globalmente não se pudesse excluir as influências recíprocas ou compenetrações entre tais distinções.

No Brasil, as fontes históricas do Direito Privado são o direito romano, o direito canônico, o código civil francês (1804) e código civil alemão (1896). Esse movimento de

Codificação à brasileira, em geral, foi tardio e as primeiras tentativas nesse escopo civilista remontam mesmo ao período imperial, marcado por forte insegurança jurídica, em virtude da invocação no terreno interno de normas de diversas fontes, sem nenhuma hierarquia, portanto, incapazes de delimitar um sistema ou ordenamento jurídico brasileiro à época.

Mesmo após a Independência (1822), todo o sistema normativo adotado em Portugal era também o aqui abraçado e aplicado, sem embargo da influência dos direitos romano e canônico, em função do processo de catequização por que passou o país nos idos da Colonização. Curioso notar, apesar disso, que Portugal revogou muitas de suas Ordenações Manuelinas, em 1867, com o advento de seu próprio Código Civil.

Todavia, elas continuaram a vigor no Brasil, dada a dificuldade de se editar, da noite para o dia e vice-versa, toda uma nova legislação civilista, passando a Codificação civil brasileira por uma longa *via cruxis*, a despeito de já terem sido, inclusive, editados à época os Códigos Criminal (1830) e Comercial (1850). A solução para essa lacuna legislativa só veio em 1899 com a tentativa de elaboração de uma legislação que organizasse, de forma única, a sociedade brasileira, afastando-se a multiplicidade de regras de diversas naturezas que se sobrepujavam, desordenadamente, às relações sociais.

O primeiro Código Civil Brasileiro apenas foi aprovado após mais de 15 anos de sua apresentação original, emendas e muitas remendas, em 1916, com vigência a partir de 1917. Delineada essa linha temporal, o Código Civil de Beviláqua, como conhecido, já nascera velho e eminentemente forjado em tons patriarcais, patrimonialistas e hierarquizados, com bastante influência do individualismo jurídico, do liberalismo econômico e dos *standards* da revolução francesa, mais de 200 anos depois de sua ocorrência.

E explica-se essa ideologia por meio de uma brevíssima análise do processo europeu de codificação, sobretudo o francês. A título de recapitulação, o movimento de Codificação por que passou a Europa em meados do século XVIII e XIX, pós-experiência do Código de Napoleão (1804), assentou os ideais iluministas, procurando, assim, fincar o Direito de guisa ocidental em alicerces sólidos e seguros²⁵³.

A situação jurídica pré-codificação na França napoleônica era a mesma do Brasil anos depois: em ambos os casos, subsistiam diversos micro-ordenamentos, regras próprias de cada feudo, influências do direito romano e canônico, instabilidade das relações sociais e insegurança jurídica, ou seja, um empilhamento de leis profusas, sem qualquer coerência metodológica²⁵⁴.

²⁵³ Cf. SARMENTO. **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 67.

²⁵⁴ Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. v. 1 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

Após essa fase, uma das grandes conquistas do Iluminismo, embora de forma paradoxal, foi a descoberta da historicidade do Direito, o que não aconteceu necessariamente de forma dissociada do processo de secularização²⁵⁵. Numa análise mais acurada, embora a proposta da Codificação fosse a separação do político, do jurídico e do teológico ou de poderes sem que um pudesse intervir no outro, muito do viés teológico e social daquele período apenas se metamorfoseou para servir de instrumento legitimador da ordem estatal, agora sob o forte controle e a condescendência da burguesia, em ascensão, que construiu por meio da Codificação sua própria forma de organização social e de Estado, fulcrado em leis adequadas a garantir o livre trânsito das relações burguesas contratuais.

Conferia-se, assim, garantia legal à circulação comercial, imprescindível ao desenvolvimento do capitalismo. Vivia-se a era da segurança. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o aspecto patrimonial, cujo principal protagonista seria o burguês proprietário, sujeito de direitos e pai de família, ainda que, ao menos, perante os Códigos, todos fossem iguais e autônomos formalmente²⁵⁶.

Aliás, foi nessa mesma época que se verificou a mais acirrada dicotomia entre o Direito público e o privado, sobretudo com o primado deste último. Na mesma senda, isso se refletia nas Constituições mais antigas, as quais se limitavam a cartas políticas, cuidando apenas da organização administrativa do Estado, sem se voltar para quaisquer disposições a respeito das relações particulares dos membros da sociedade.

Noutros dizeres, o movimento Constitucionalista, de rompimento com o *Anciën Regime*, muitas vezes, deu não só guarida a esta sistemática, como igualmente traduziu mais as posições de alguns extratos sociais, adquiridas perante o poder emergente, que uma verdadeira preocupação personalística.

No final das contas, não era de se conjecturar que a tentativa de constitucionalização dos institutos civilistas extrapolasse o sentido das iniciais declarações de direitos dos cidadãos. Os direitos afiançados nas primeiras Constituições, assim, eram políticos e bastavam com a

²⁵⁵ Cf. STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. 2008, Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 86, para quem "a escola histórica, capitaneada por Savigny, foi, em certa medida, uma reação ao mecanicismo imposto pelo legislador solipsista que atuava com base na razão centrada no sujeito ou na razão autoritária. As grandes codificações redundaram num monopólio do direito natural. A escola histórica reivindicava o direito como busca de uma justiça viva, presente em cada povo e mutável segundo circunstâncias históricas diversas [...] ocorrendo a inabalável imbricação entre norma jurídica e realidade social".

²⁵⁶ Cf. VILLELA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos**. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra, a. XX, n. 2-3-4, abr-dez. 1975, p. 318, para quem "o homem que no jusnaturalismo racionalista detinha a potestade de prerrogativas inalienáveis era abstrato e impalpável. Pode-se dizer que existia na razão de seus criadores, mas não era achado jamais andando pelas ruas, bebendo nas tavernas ou padecendo fome, miséria e doenças".

democracia formal, inexistindo, a nível satisfatório, a sensibilidade para estimar a pessoa, propriamente, pelo que ela era em si, em detrimento do aspecto financeiro. Nesse sentido, a pessoa só o era se possuía, como bem frisou Francisco Amaral:

Na parte do direito de Família, sancionava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos de filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político social do país e assegurou a ampla liberdade contratual na forma mais pura do liberalismo econômico. O Código Civil Brasileiro era, assim, produto da sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduzia o sistema normativo de um regime capitalista colonial²⁵⁷.

O posicionamento dominante nas linhas inspiradoras do fenômeno da Codificação no Brasil, assim, não fugiu à moldura legal que atravessou os quatro cantos do mundo, mesmo tempos depois. Aliás, como dito, de forma bastante atrasada. A ideia central na narrativa civilista brasileira não deixava de considerar a posição econômica como critérios dimensionais da noção de sujeito de direitos e deveres. No texto codificado de 1916, havia sequer referência à pessoa humana, seus direitos e à sua personalidade, muito embora a doutrina já ensiasse considerações sobre a disciplina destes institutos anos depois.

A posição econômica, de tal modo, era a dimensão da personalidade jurídica, que era bastante confundida com o instituto jurídico da capacidade, isto é, titularidade de quem pode mais ou menos no direito subjetivo e objetivo. Seguiu assim, durante longos anos, a tônica legislativo-jurídica nacional – conservadora, arcaica e retrógrada, sem problematizar a realidade na qual se assentava, conformando um núcleo político e social quase sempre inalterável ou intangível. Para Orlando Gomes:

O mundo dos códigos foi o mundo da segurança, na feliz observação de Natalino Irti, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa sequência ordenada de artigos, para proteção das liberdades civis dos indivíduos na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político. Desta necessidade de garantia – assinala o autor citado – nasceu a ideia de imutabilidade da legislação civil e da perenidade dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje, a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habitualmente elaboradas no século passado, mas comprometidos com uma realidade já extinta²⁵⁸.

Decerto, a situação não mais poderia prevalecer. O encadeamento das relações sociais, as improbabilidades do setor econômico, o desmazelo generalizado dos negócios e a

²⁵⁷ Cf. Francisco Amaral, in: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. v.1 São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

²⁵⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 71.

publicitação do Direito brasileiro principiariam o amolecer do gesso das normas codificadas, melindrando, passo a passo, importantes regras que ambicionavam ser inabaláveis e perenes.

Com o surgimento de ramificações alhures do Direito, sobretudo com o Estado de Bem-Estar Social, a exemplo do Direito do Trabalho, do Consumidor, entre outros, sustentar referida separação entre Direito Público e Privado tornava-se cada vez mais difícil, sobretudo quando o Direito Civil passou a sofrer influência mais forte da ordem econômica e social, após as destruições provocadas pelas I e II Guerras Mundiais, diante da necessidade de reconstrução da sociedade, com ajuda e intervenção do Estado e forte reação à cultura do individualismo jurídico que impregnou os Códigos Civis.

Atenta e antagônica aos amuos civis, focados apenas no trato dos interesses patrimoniais do indivíduo, a contemporânea Carta Constitucional brasileira assumiu (como ainda assume) um compromisso ético e político de respaldada reverência não mais ao mero indivíduo, mas à pessoa humana, cujo conceito é mais simbolicamente amplo e cuidadoso, seguindo-se aos ideais solidários e humanitários que se alastravam em todo o mundo no período pós II Guerra Mundial.

Se o Direito no afã de uma ciência acabou se desumanizando num dado momento histórico, o papel constitucional procurou alegoricamente restituir-lhe (ao Direito) seu viés de instrumento de interesses coletivos, conferindo constantemente os mecanismos jurídicos com os escopos humanos da tutela legal, no mesmo tráfego da unificação do direito infraconstitucional. É o que acentua Rafael Garcia Rodrigues:

Assume-se então uma postura de reconhecimento da pessoa como centro nuclear de todo o direito, em especial o civil. Mas não qualquer pessoa ou aquele conceito formulado pelas escolas formalistas, mas sim como sinônimo de ser humano. O Direito, assim, encontra seu fundamento e sua razão de existir como meio de proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa, que agora não mais pode ser concebida como um dado formulado e construído pela ordem jurídica, mas preexistente. Por conseguinte, um dado pré-normativo, que é composto do valor em si mesmo²⁵⁹.

Esse acontecimento é o que tem se chamado de humanização ou personalização ou repersonalização do Direito, que viria posteriormente a regulamentar as relações não só entre sujeito e Estado, como também as contratuais e econômicas entre particulares, no âmbito do Direito Privado, movimento este que, no Brasil, ficou mais densamente assinalado após o advento da Constituição de 1988 e a posição topográfica de relevo assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, essa repersonalização do Direito Privado, mesmo que tardia, no Brasil, não se ateve ao vago humanismo que permeava o Direito Civil de outrora,

²⁵⁹ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva-civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32.

mas, ao menos em tese, ao humanismo decerto concreto, que serviria de fundamento para a composição de interesses num contexto mais social, humanizado e, portanto, axiológico.

Não obstante, segundo José de Oliveira Ascensão, esse movimento de completude a par do fenômeno positivista de releitura do Direito em face da Constitucionalização, como já visto antes, se por um momento pressagiu alguns problemas de base, com certa hipertrofia do sistema jurídico, ignorando certa autonomia didática e epistemológica dos mais variados ramos do ordenamento legal, a tônica da repersonalização de seus ramos e institutos, veio a calhar uma tendência louvável de uma teoria fincada na pessoa, como motor primeiro de regulamentação jurídica; ou seja, uma teoria de intervenção nos interesses, concebendo o Direito como a serviço da vida, decerto diferenciado de outros processos de atuação (ética, estética, técnica, política), mas não recluso em si mesmo como saber especulativo.

Dessa forma, esse feito esteve maiormente marcado pelas seguintes características:

Com isso a Constituição torna-se prolixa e regulamentar, cria empecilhos à evolução normal do Direito e abala a estabilidade que deveria caracterizar um texto constitucional. A tendência é louvável, enquanto leva a um aprofundamento das bases constitucionais deste ramo do Direito e favorece estudos interdisciplinares, que são sempre indispensáveis²⁶⁰.

Do excerto acima, como já afirmado no início deste capítulo, há uma sólida corrente doutrinária que se insurge contra a possibilidade de irradiação dos efeitos constitucionais ao campo das relações privadas ou que apenas a admite em casos extremos, com grandes reservas. Argumenta-se que a eficácia direta da Constituição no Direito Privado, além de marginalizar o legislador, degrada o princípio da autonomia privada e dissolve a certeza da letra impressa na lei numa nebulosa de valores com conseqüente sacrifício da segurança jurídica, até consagrar uma espécie de totalitarismo dos valores constitucionais aos quais deverão se submeter os particulares em todas as suas decisões privadas juridicamente relevantes.

Noutras palavras, dentre as maiores preocupações a par desse fenômeno de constitucionalização dos demais ramos do Direito, avulta o temor de que a aplicação direta da Constituição nas relações privadas possa acarretar um ativismo judicial exagerado, tendo em vista a maior vagueza das normas constitucionais em relação às clássicas regras do Direito Civil. Essa indeterminação, cuja concretização estaria mais a cabo do legislador soberano que do juiz, seria prejudicial ao tráfico jurídico, pois aumentaria a dose de insegurança na aplicação do direito para além dos limites do tolerável²⁶¹.

²⁶⁰ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 29.

²⁶¹ Nesse sentido, os seguintes autores: SARMENTO, Daniel, em **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 80; BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT, 1988, p. 21; PINTO,

Como já deveras analisado no início deste capítulo, essa não é a posição que atualmente prevalece na doutrina sobre o assunto da constitucionalização do Direito, não havendo que se falar em impossibilidade de o Judiciário aplicar diretamente a Constituição em casos concretos de Direito privado. Constatando-se para posição majoritária que, diante da concretude dos fatos, em que restem esgrimida as subjetividades, deve-se, então, impor a eficaz aplicação dos direitos fundamentais (sociais) personalíssimos.

Trata-se, atualmente, essa dinâmica mais de um compromisso ético que jurídico, tutelado e promovido pelas diretrizes público-constitucionais atuais no afã de se evitar um individualismo exacerbado dos tempos de outrora. Aliás, essa mudança de tônica não se deu apenas por razões de coesão sistêmica. A realidade aventou, sobretudo, um movimento cogente para quem aspirava pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais publicizados, mais coletivos e, assim, mais justos²⁶².

Aliás, a transformação salutar atravessada pelo Direito Privado de viés constitucional surgiu igualmente diante da necessidade de regulamentar novos fatos, novas realidades, que, antes, sequer eram imaginadas e, se o foram, restaram, pois, ignoradas. E isso, no Brasil, foi feito inicialmente pela via de micro-estatutos ou micro-ordenamentos ou de legislações extravagantes, todos voltados para temas mais particulares, de sorte que o próprio Código Civil de 1916 foi perdendo sua posição de intangibilidade ou de onipresença capaz de regulamentar todos as situações da vida civil.

Na medida em que revisitado por um processo de descodificação, cuja premissa era a leitura do Direito a partir da Constituição, nesse contexto, possível foi, inclusive, falar-se em uma revolta dos fatos contra os Códigos, já que, nas fórmulas neutras e abstratas inscritas nos Códigos Civis, já não cabia a realidade social como um todo na sua sempre crescente complexidade e conflitualidade. Sobre o tema, segundo Orlando Gomes:

(...) as transformações econômicas e políticas ocorridas alteraram consideravelmente a consciência jurídica dos povos cultos, suscitando ideias de valor diferente, e não raro oposto, às que se consubstanciaram nos Códigos oitocentistas e do primeiro quartel do século XX (...). O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada²⁶³.

Ainda, acerca do mesmo assunto, a preleção de Gustavo Tepedino:

Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 72; NEGREIROS, Teresa. **Teoria geral do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁶² Cf. SARMENTO, Daniel, em **Direitos fundamentais e relações privadas**, p 57.

²⁶³ Cf. GOMES, Orlando, in: CANTALLI, Fernanda Borghetti, op. cit., p. 65.

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do Direito Civil, com o deslocamento do centro de gravidade do Direito Privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes, o Código Civil perdeu qualquer capacidade influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto de leis, tidas como centros de gravidade autônomos, e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas²⁶⁴.

Para Orlando de Carvalho, julgou-se, além de louvável, oportuna a repersonalização do Direito Privado - seja qual for o invólucro em que esse Direito se contenha - isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e com seus direitos. Sem essa raiz um tal Direito hoje é inteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apela ainda para autonomia da vontade, mas principalmente porque o civismo ou civilismo é uma ideia ou que já não tem qualquer nexos ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa.

Sem dúvida que esta diretriz personalista pendeu a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, quer contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o personalismo ético, por vezes, alimentou (do Estado, da Nação, da raça, etc.), o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, jaz, todavia, atualmente enquanto uma sistema axiológico, um sistema a que a pessoa humana preside como primeiro e mais imprescritível dos valores²⁶⁵.

Diante desse quadro, a promulgação do Código Civil de 2002, que, tal qual o de 1916 veio ao mundo com um pé fincado nas ideias do passado, mesmo seguindo a linha da Codificação e já estando em vigor a Constituição de 1988, merece ser reconhecido com certo louvor, haja vista ter se proposto a um melhor trato da pessoa humana, além de tentado adaptar a legislação anterior às necessidades posteriores da fase de mutação constitucional por que passava todo o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Nesta senda, apesar dos descompassos e da insistência em, ainda, valer-se da previsão dos institutos legais em Códigos especiais ou legislações extravagantes específicas, Pietro Perlingieri chegou a aduzir que:

O código civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos micro-ordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo,

²⁶⁴ Cf. Gustavo Tepedino, *in*: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 90-91.

²⁶⁵ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90.

deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. [...] A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais rigorosas e mais fragmentadas²⁶⁶.

Mesmo diante de todas as vicissitudes apontadas, não deixou a atual legislação brasileira Civil, sob a configuração de um Código, de, paulatinamente, encerrar fórmulas antigas que remontavam às raízes ideológicas do Código de 1916.

Porém, relido a par de uma contextura constitucional, além de sinalizar uma saída do conforto da armadura jurídica, envereda uma travessia que galgou o horto das coisas e dos objetos e alcançou o palco das praças, revelando os dramas e as interrogações da cronologia ideológica dos sistemas, despontando, assim, como uma teoria crítica, construída por um modo diverso de ver o Direito, agora, à luz de do primado Constitucional Social e focado nas premências da pessoa humana²⁶⁷.

Essa atual postura do Direito Privado, na verdade, busca catalisar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica, que se projeta da pessoa para a pessoa, sem que a norma tenha reduzida sua força à mera aplicação mecânica. Mais precisamente, o momento atual do Direito calca-se na coexistência harmônica de um polissistema formado não apenas pelos Códigos, mas também pelos estatutos jurídicos, princípios e leis especiais, subsumidos a um eixo constitucional unificado.

Em suma, “pluralismo das fontes, força criativa dos fatos e a afirmação dos espaços de não direitos”²⁶⁸, como ensejadores de transformação social e jurídica, emergiram como características fundamentais dessa nova conjuntura legal. Desse modo, a antiga *summa divisio* tem atualmente função senão didática, não mais se sustentando na contemporaneidade, em vistas da confluência entre os diversos ramos jurídicos da atualidade.

Noutras palavras, mais que isso, a clássica divisão do Direito, expressada entre duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade, então, não mais permanece ancorada às prévias confabulações conceituais, permeadas de puro fetichismo formalista. Com esta afirmação, hoje, as diretrizes legais tentam convergir para uma mesma desembocadura e abrem possibilidades antes negadas, valendo-se de uma inexorável releitura das categorias de direitos e interesses tutelados, com fulcro, presentemente, na personalização

²⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5-6.

²⁶⁷ Cf. SARMENTO, Daniel, em **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 57

²⁶⁸ Cf. FACHIN, Luiz Edson, em **Teoria crítica do direito civil**, p. 15.

do ordenamento jurídico e na tutela imperativa da autonomia privada existencial, contraposta à autonomia da vontade de antigamente.

No mais, como já exaustivamente afirmado até aqui, não mais se apresenta plausível a demarcação dos campos do Direito, haja vista a confusão, cada vez mais assente, existente entre os interesses privados e coletivos e públicos na atualidade, a ponto de não ser possível desvencilhar exatamente tanto uma quanto outra seara.

Ademais, em consequência, há clara transformação, ao menos, do Direito Civil, que, sem apoiar-se em desigualdades injustas de toda sorte ou sem afiançar solipsismos éticos de outrora, passa da mera solidificação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para harmonização da vida social, em dessemelhanças, em famílias, em associações, em grupos comunitários, onde quer que as possibilidades da pessoa humana melhor se desenvolvam e sua personalidade seja mais amplamente tutelada. Eis, então, a nova faceta do Direito contemporâneo.

3.1.2 Considerações sobre o conceito e a relevância da pessoa humana na atualidade: em busca de um substrato jurídico-filosófico sobre o tema da personalidade versus o instituto da capacidade jurídica

Como analisado acima, a constitucionalização do Direito Privado não significou apenas o deslocamento geográfico de seu centro. Mais que isso, referido processo denotou senão uma transformação substantiva na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais ele se fundou há milênios, desde suas mais remotas gêneses lá no direito romano e canônico.

No Brasil, como dito, essa conjuntura ficou mais nítida pós-advento da Constituição de 1988, cuja relevante dimensão simbólica, não só marcou o reencontro da sociedade brasileira com a democracia, como procurou proteger valores sociais, solidários e humanísticos em seu bojo conceitual. Assim, subsumiu-se todo seu conteúdo ao pátio do princípio da dignidade, sem embargo de um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, em plena consonância com a tendência internacional de promoção e de proteção da pessoa humana, que é atualmente deveras verdadeiro epicentro axiológico de toda ordem constitucional, onde quer que ela se apresente.

Muito embora falte à constituição brasileira um artigo específico que privilegie a pessoa humana e a sua personalidade²⁶⁹, ainda que reste prevista em seu corpo uma terminologia referente à dignidade da pessoa humana, cujos defeitos de concepção e de conteúdo terminológicos deram margem a toda sorte de banalizações e perdas de sentido, a pessoa humana, mesmo assim, é atualmente arremate ou fim de todo percurso da análise das instâncias da subjetividade moderna realizado até aqui.

Em verdade, a Constituição Brasileira, como ponderado outrora, se funda numa cláusula aberta (dignidade da pessoa humana) para assentar o reconhecimento de direitos fundamentais e personalíssimos, consubstanciados em fontes indicadas na própria Constituição ou como princípio reator da operação de identificação de direitos fora da lei fundamental, mas consubstanciados nesta mesma cláusula.

Essa indeterminação jurídica, todavia, apesar de seus problemas antes analisados²⁷⁰, cumpre importante papel para revelar a magnitude de novos direitos, não inscritos no catálogo legal escrito, que poderão ser exigidos sempre que se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva se revela vital para garantia da vida humana.

Aliás, a pessoa humana de que trata hoje os variados documentos jurídicos, enquanto síntese, é distinta daquele sujeito racional radical do individualismo antropocentrismo ou humanista, que era uma realidade abstrata, insular, desenraizada e impalpável, um reles titular de direitos e deveres, ao qual correspondia-se uma vontade, que ele empenhava livremente.

Esse tipo ideal de subjetividade técnico-jurídica desfrutava de direitos civis e políticos assegurados pelo Estado e desempenhava as obrigações que, nesta condição, eram-lhes atribuídas. Por essa conceituação, tinha-se o sujeito titular constrangido em uma pessoalidade atribuída legalmente pelo Estado, a qual se confundia com instituto da capacidade política e processual-jurídica, isto é, nada mais figurando que a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos os mais diversos, tão somente pela incidência de regras jurídicas.

Basicamente, a ideia de pessoa jurídica instalada em alicerces da capacidade jurídica seria decerto sobre quem poderia agir em nome da lei ou por que alguns estariam autorizados a fazer mais que outros na ordem normativa. Daí porque frequentemente a personalidade jurídica

²⁶⁹ Em países como Portugal, no entanto, cujo Direito foi fortemente influenciado pela legislação e doutrina alemãs, a revisão constitucional de 1997, veio consagrar no art. 26º, nº 1, da Constituição que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

²⁷⁰ Cf. ALVES, Pedro Delgado. **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco**. v. III. Revista de Direito da Universidade de Lisboa, 20016, p. 677, para quem “o princípio da dignidade da pessoa humana é também, sem dúvida, um elemento de abertura do sistema, mas ainda muito incipiente, carecido de densificação e labor interpretativo”.

e pessoas jurídicas serem, por assim dizer, tomadas como equações matemáticas criadas com o objetivo de simplificar cálculos legais.

Essa conceituação de pessoa jurídica, fruto de uma formulação lógico-sistemática, na baila do positivismo jurídico estrito, é demasiado simplória e insuficiente aos fins a que se destina esta pesquisa, mas jaz repetida no atual Código Civil²⁷¹, logo em seu artigo primeiro. Jussara Meirelles, com acuidade, traçando uma espécie de paralelo entre o sujeito titular de direitos e deveres de outrora e o humano concreto, às vezes sequer previsto na lei, por razões de mera abstração ou tecnia formalista, aduz que:

Traçando uma espécie de paralelo tem-se, de um lado, o que pode denominar *pessoa codificada* ou *sujeito virtual*; e do lado oposto, há o sujeito real, que corresponde a pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e individualidade. O sujeito virtual é reconhecido por ter o nome de família e registro; é absolutamente livre para autorregular seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente família constituída a partir do casamento, e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta uma grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real²⁷².

Brunello Stancioli indaga-se qual o exato referencial subjetivo de pessoa mais adequado à moderna contemporaneidade jurídica, analisemos:

[...] Indivíduo humano ou pessoa humana? Primeiramente, deve-se estabelecer, de forma inequívoca, a não coincidência entre os termos: "não há coincidência entre indivíduo e pessoa. A pessoa é uma unidade interativa, centro de referência de relações sociais, e daí que sua autodeterminação e desenvolvimento se obtenha através do reconhecimento dos direitos fundamentais" (Gomes Canotilho, J.J. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 372). Nesse sentido, os direitos fundamentais, em suas dimensões objetiva e subjetiva, nada mais são que condições de possibilidade para tutela e livre desenvolvimento da pessoa. O centro de referência é a pessoa natural, em todas as suas possibilidades: individuais, subjetivas, sociais, supra-estatais. (...) Ainda que o conceito de pessoa não esteja ainda aqui plenamente desenvolvido, essa afirmação de que pessoa tem, como pressuposto, uma dimensão interativa - o que não é apresentado, necessariamente, pelo indivíduo - já é suficiente para afirmar que as categorias personalidade e pessoa são mais adequadas à complexidade fenomenológica dos dias de hoje que o conceito de indivíduo²⁷³.

²⁷¹ Vide Código Civil Brasileiro, em seu art. 1º: "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

²⁷² Cf. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-92.

²⁷³ STANCIOLI, op. cit., p. 17-18. O autor complementa, às p. 21-22-23, que "o liberalismo pós-nacional leva a um conceito de pessoa não condizente com os projetos de emancipação e vida boa, buscados pela Modernidade. [...] Participar de um mercado global, seja como consumidor, seja como produtor, é bem pouco, quando se busca a pessoa em seu sentido pleno. [...] Visto que o Estado Nacional parece ter encontrado seu ocaso, necessário se faz, assim, repensar a noção de sujeito de direitos. O conceito mais utilizado na Modernidade foi o de indivíduo humano, delimitado pelos valores liberais [...]. A noção de pessoa natural, por outro lado, abarca de forma mais precisa a complexidade dos fenômenos humanos, seja em níveis individuais, intersubjetivos ou comunitários. De fato, a individualidade se realiza, de forma máxima, através da pessoalidade, no momento em que o indivíduo é

Diogo Leite de Campos arregimenta que o ser humano individual da modernidade clássica não mais se aperfeiçoa à atualidade, haja vista ter perdido a significância de outrora:

Este ser humano é, pois, o soberano, o legislador de si mesmo, o criador de si mesmo, visionado na resposta tradicional que vinha de Kant: cada ser humano, ao reconhecer nos outros, em cada um dos outros um igual, respeitava-o pelo respeito que exigia para si próprio. Porém, a resposta hoje é negativa: os direitos do sujeito que os invoca, assentes no estado da natureza, moldado pela espontaneidade e pelo voluntarismo, tendem a sobrepor-se aos direitos dos outros: como limitar os direitos do próprio em favor de direitos de terceiros de igual dignidade? Cada pessoa aparece a si própria como naturalmente superior a todas as outras. [...] Sigamos a leitura dos direitos da personalidade realizada por um ser humano dos fins do século XX: no confronto de interesses entre duas pessoas, ganhará aquela que tomar a iniciativa, normalmente, a mais forte, que dominará a outra. [...] As relações de justiça, de direito substituíram-se as relações de poder, em que o mais forte institui, num segundo momento, a ordem das coisas à sua medida²⁷⁴.

Juan de Miguel Zaragoza, ao fazer distinção salutar entre o indivíduo de anteriormente e a pessoa concreta ou real, argumenta que:

*La distinción entre individuo y persona pertenece [...] a Maritain. En su ensayo Persona y Bien Común, dice: “No existe en mi realidad que se llama individuo y otra que se dice mi persona. Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir, que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual de la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante, son elementos individuales en la naturaleza. La raíz de la personalidad es el espíritu. Em cuanto individuo el hombre está necesariamente, naturalmente em la sociedad como una parte. Pero en cuanto persona, en cuanto un ser dotado de espíritu, la trasciende y no puede ser tratado por la sociedad, sino como un todo. Los derechos que por tanto corresponden al hombre como persona están por encima de la sociedad”*²⁷⁵.

Em igual supedâneo jaz o posicionamento de Giancarlo Rolla, para quem:

Sin embargo, debe precisarse que la persona a la que los textos constitucionales reconocen una posición de centralidad no es el individuo aislado, entendido como múnada constitutiva del Estado moderno contrapuesta a la sociedad organizada, sino la persona considerada en su proyección social. En efecto, en el constitucionalismo

levado a transcender a si mesmo, em vivências históricas, culturais, artísticas, científicas, para além de seus limites biofísicos: o que especifica nosso caráter pessoa é uma singularidade capaz de expressar em um estilo próprio [...] todo aquele conjunto de qualidades próprias que nos constituem em isso que cada um de nós somos. Ser pessoa implica em ser mais que uma unidade física. Inclui a participação em processos e percepções cujos conteúdos são históricos, psicológicos e valorativos. A personalidade é um processo, um vir-a-ser inacabado, mas que se sustenta, também, na positivação de determinados direitos pertinentes à pessoa”.

²⁷⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo. **Os Direitos da Personalidade**: categoria em reapreciação, In: Nós—Estudos sobre o Direito das Pessoas, Coimbra: Almedina, 2004, p. 14-15.

²⁷⁵ Cf. MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. **Introducción al estudio de los derechos de la persona**. Revista de Derecho Judicial, Argentina, n' 6, abril-junio de 1961, p. 77. Em tradução livre, o excerto acima afirma que: “a distinção entre indivíduo e pessoa pertence à [...] Maritain. Em seu ensaio, Pessoa e Bem Comum, ele diz: “Não existe em mim uma realidade chamada individual e outra que minha pessoa seja dita. Quando digo que um homem é uma pessoa, queremos dizer que não é apenas um pedaço de material, um elemento individual da natureza, como um átomo, uma espiga de trigo, uma mosca ou um elefante, que são elementos individuais da natureza. A raiz da personalidade é o espírito. Como indivíduos, o homem está necessariamente, é claro, na sociedade como parte. Mas como pessoa, como ser dotado de espírito, ela a transcende e não pode ser tratada pela sociedade, mas como um todo. Os direitos que, portanto, correspondem ao homem como pessoa estão acima da sociedade”.

contemporáneo el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad; los sujetos tutelados por las Constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas consideradas en su existencia histórica y material. En otros términos, se asiste al paso de una visión atomista a una visión social de la persona humana ²⁷⁶.

Dos fragmentos doutrinários lidos acima percebe-se que, algumas vezes, na extensa literatura jurídica sobre o tema, o vocábulo *pessoa* foi usado para significar um ser humano (definido de várias formas); outras vezes tratado como dispositivo legal formal para atribuir personalidade ou capacidade jurídica a entes não naturalmente humanos.

Conquanto, na formação de pessoas jurídicas empíricas, existam poderosas forças históricas, políticas, econômicas e sociais em ação, garantindo a dotação de alguns seres com *status* moral e social e, portanto, com a capacidade de agir em lei, essa configuração trata-se de uma abstração ou ficção puramente legal, um colchete vazio ou indeterminado, capaz de ser preenchido e reabastecido de qualquer maneira.

Tal espaço vazio pode ser preenchido com tudo o que pode ter direitos e deveres, com a finalidade de transmitir a disponibilidade formal de aberturas para o Direito qualificar quaisquer pessoas de seu interesse ou que se encaixem em plexos de relações ou situações jurídicas. Sobre esse assunto, é interessante a contribuição de Pedro Pais de Vasconcelos que alude para os perigos da confusão terminológico-semântica entre personalidade natural e jurídica, sobretudo, quando se aborda, neste assunto, o trato da pessoa humana:

Se se partir da suscetibilidade de direitos e obrigações para a qualificação de certo ente como pessoa, como se tem feito tradicionalmente, chegar-se-á à conclusão de que a personalidade é uma consequência da titularidade de direitos e de obrigações. Partindo desse ponto de vista, torna-se fácil admitir que a lei possa criar outras pessoas jurídicas para além das pessoas humanas, através do expediente de lhes atribuir ex lege direitos e obrigações. É o que se sucede com as pessoas jurídicas, que resultam da personalização operada pela lei de certas realidades da vida humana em sociedade. Esse ponto de vista [...] tem todavia o defeito de colocar no mesmo plano a personalidade das pessoas humanas e das pessoas coletivas o que induz por vezes a um equívoco grave que se traduz no reconhecimento ao Direito e à lei do poder de atribuir a personalidade e, consequentemente, de a excluir e condicionar, o que envolve riscos importantes, abrindo caminho para construções jurídicas que não respeitem a dignidade humana nem a centralidade da pessoa em todo o Direito ²⁷⁷.

²⁷⁶ ROLLA, Giancarlo. **Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 54, Septiembre/Diciembre, 1998, p. 69-70. “Em tradução livre, o excerto acima significa que: No entanto, deve-se especificar que a pessoa a quem os textos constitucionais reconhecem uma posição de centralidade não é o indivíduo isolado, entendido como uma mônada constitutiva do Estado moderno em oposição à sociedade organizada, mas a pessoa considerada em sua projeção social. De fato, no constitucionalismo contemporâneo, homens e mulheres são considerados pessoas historicamente determinadas, imersas na sociedade; os sujeitos protegidos pelas Constituições não são indivíduos abstratos, mas pessoas concretas consideradas em sua existência histórica e material. Em outras palavras, auxilia na passagem de uma visão atomística para uma visão social da pessoa humana”.

²⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 36.

Pode-se considerar que o espaço dito vazio da pessoa jurídica (meramente legal e processualmente capaz) frequentemente não possui um contorno específico e, portanto, pode (e talvez implicitamente) se encaixar em qualquer pessoa jurídica, humanamente considerada ou não pelo Direito. Na corporação, ou na firma, ou nas empresas, ou nas entidades de direito públicos, por exemplo, tem-se uma criação ou ficção legal que é chamada de pessoa, mas que parece não ter nenhum *status* moral clarividente, precisamente porque é uma abstração legal e não um ser humano de carne e osso, que sente, chora ou tem muitas outras emoções.

À primeira vista, analisada essa construção de tal modo, a personificação da corporação ou de outros seres animados ou não, pode dar peso à proposição de ser a personalidade jurídica divorciada da personalidade moral ou humana ou ôntica ou psíquica, típicas das pessoas humanas exclusivamente, o que é deveras verdade. Tanto na erudição doutrinária quanto na dinâmica jurídica a cargo dos tribunais, o debate sobre a responsabilidade das empresas, por exemplo, é marcado pelo uso exagerado de metáforas, contrastes, imagens que dependem de analogias entre pessoas corporativas e humanas.

Alguns juristas – inclusive os mais recentes – vão além e insistem que as empresas são literalmente pessoas jurídicas e morais, como por exemplo Flávio Tartuce, que comunga desse posicionamento²⁷⁸, o que apenas nos demonstra os modos de todo padronizados, moldais e institucionalizados pelos quais a personificação da pessoa humana geralmente ocorre. E aí se descobre que esse espaço vazio da pessoa natural ou jurídica recebe determinadas dimensões, que não são necessariamente apenas humanas.

Veja-se, igualmente, o caso dos animais, dos robôs, dos seres dotados de inteligência artificial, dentre muitas outras ficções da contemporaneidade. Há quem já defenda a atribuição de caracteres de pessoalidade a tais entes, o que lhes resulta no reconhecimento de direitos e deveres – um assunto que não tem se enquadrado nas preocupações e discussões éticas (ou bioéticas) de categorização científica.

A questão jurídica crítica que, desde logo, aparece é se direitos e deveres devem ser atribuídos a tão somente um determinado conjunto de relações ou situações jurídicas externas à humanidade, de quem e por quem o Direito se faz. Afirmar isso é ir obviamente de encontro às tentativas de humanização do Direito ao lume da pessoa humana. Inobstante, a conjuntura em si é igualmente preocupante porque tende a dotar de humanidade certas coisas, animais, a

²⁷⁸ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13º Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, pág. 243, para quem: "as pessoas legalmente jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção".

natureza ou objetos ou bens alhures, desumanizando-se em contrapartida não só a pessoa humana, como o próprio fenômeno jurídico.

Ainda que o Direito se faça entre pessoas e para pessoas, corroborar com a institucionalização deste processo de personalização de irrealidades não necessariamente humanas senão revela também uma posição de agnosticismo legal, vez que põe em celeumas presunção de existência de um sujeito de direitos e deveres tão oculto, que sua tematização ética não chega a ser uma preocupação da lei positiva, que prescinde da problematização estética e filosófica que a questão suscita. Aliás, esse agnosticismo sobre o conteúdo empírico da pessoa jurídica se vale, como já afirmado, puramente de uma irrealidade apenas lida em abstrato, que não foi criada para ter uma natureza particular, porque só assim é capaz de potencialmente encetar uma constelação subliminar de relações jurídicas as mais diversas. O contrário, sua abstração e sua utilidade jurídicas seriam perdidas.

De toda maneira, essas confabulações senão servem para ilustrar que a lei da pessoa está repleta de profunda ambiguidade e tensão significativa ou que o problema de definição da pessoa provavelmente se torna amiúde mais agudo com o progresso tecnológico e econômico. Para além disso, o assunto foi tão grosseiramente não teorizado ou pormenorizado, configurando-se uma realidade autoevidente, na teoria geral do Direito, à cuja atenção mais contundente e acoimada não poderia se furtar os vieses desta pesquisa.

Para todos os efeitos, ademais, arremata-se que, ao lume da nova reconfiguração do Direito de matriz mais personalista, imprescindível, no mais, é não confundir o instituto da personalidade jurídica com o da capacidade legal e/ou processual com conseqüente tentativas de funcionalização ou de instrumentalização do ser humano, sob pena de se perder de vista o mínimo de humanidade de que o Direito também é feito.

Em outras palavras, sem constituir uma pura ficção jurídica, a capacidade jurídica não deve ser colocada no mesmo plano da personalidade das pessoas humanas, com a qual não tem mais que uma analogia. Desse modo, quando os juízes, mais especificamente, por exemplo, são solicitados a interpretar o significado estatutário de pessoa e a considerar quem deve ser incluído no termo, resolução nodal é enxergar referida tarefa como algo mais do que a mera identificação formal da capacidade limiar de ter um direito ou um dever, ou da capacidade de entrar em uma ou mais relações legais.

O imperativo aqui assumido é justo realizar uma pergunta maior e, potencialmente, quase sempre metafísica e não necessariamente legal, acerca do que é ser uma pessoa ou mais

especificamente quem é essa pessoa que a lei procura promover e tutelar, o que vai quase sempre desaguar numa consideração do que nos define enquanto humanidade²⁷⁹.

Portanto, em que pese os argumentos contidos nas linhas acima, a concepção de pessoa humana hoje requer mais e deve conformar algo além do que semanticamente apenas titularizar direitos e deveres. Neste viés, deixando de lado o sentido puramente indicativo estrito da concepção de capacidade jurídica, o conceito filosófico de pessoa humana parece-nos mais interessante, no sentido de que se aproxima mais de seus adjetivos ontológicos, quais sejam aqueles inicialmente analisados de que a pessoa comunga uma totalidade e uma unicidade das quais não pode ser afastada.

Através deste suporte ou substrato de matriz mais ontológica, a pessoa humana seria então encarada juridicamente por sua forma e natureza exclusivamente humana, por sua posse de alma e ainda por sua responsabilidade moral e legal. Aliás, tornou-se um lugar bastante comum na literatura jurídica fazer derivar a palavra pessoa do termo grego *prósopon*.

Pessoa até hoje, consonante antes já abordado, aparece assim ligada à máscara da tragédia grega. Contudo, seja qual for a origem etimológica da palavra pessoa, o que parece certo é que o pensamento antigo, que pouco desenvolveu e aprofundou menos ainda a realidade humana, não chegou a estruturar o conceito de pessoa como categoria ôntica que explicasse o que era o homem. Em Sêneca e, especialmente em Cícero, é possível encontrar expressões que denotam esta conotação de representação teatral da pessoa.

Assim, por exemplo, à expressão *personam genere* está ligada a ideia de representante, de autor de alguma coisa. A esta expressão se opõe *sui ipse persona* que designa "em nome próprio", isto é, representando o seu próprio papel. Tem-se, a partir dessa análise, senão uma tímida construção psicológica do sujeito, enquanto o personagem que caminha a par e passo com a consciência que a liberdade transporta para a ação, com o drama da escolha e do destino,

²⁷⁹ Cf. GONÇALVES, Diego Costa. **Tutela da Personalidade e personalidade ôntica**: a juridicidade da pessoa real (Relatório de Mestrado 2004/2005 - Direito Civil I). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 4, para quem: "quando o jurista decide abordar a matéria referente à pessoa, é de imediato confrontado com um enorme desafio: saber o que é o Homem, saber o que é a pessoa humana, saber, no fundo, o que é a personalidade. Esse enorme desafio é incontornável numa investigação sobre a matéria. Na verdade, tal interrogação é a verdadeira questão prévia desta temática jurídica. Sem conhecer a realidade ontológica, sem conhecer o real objecto da tutela do Direito, como pode o jurista aspirar a qualquer desenvolvimento normativo da tutela e dos direitos da personalidade? Sem saber o que é a pessoa, como podemos determinar a sua tutela? Conhecer, pois, a realidade ontológica da pessoa humana, definir a visão antropológica com a qual nos comprometemos, é o primeiro passo metodológico a ser dado para poder determinar o conteúdo normativo acerca do tema. Essa questão prévia [...] pode reconduzir-se a uma única questão: o que é ser pessoa para o Direito? Todavia, esta questão está longe de ser unívoca.

que é tão mais evidenciado na narrativa²⁸⁰. Tempos depois, Boécio consolidou o vocabulário acerca da pessoa (*prósopon*) e reafirmou sua existência a partir de várias naturezas.

Dessa forma, a pessoa, de acordo com Boécio, constituir-se-ia basicamente de *ousía* (*essentia* / essência), portanto, existindo; de *ousiósisis* (*subsistentia* / subsistência), isto é que existe na generalidade; de *hipóstasis* (*substantia* / substância), que seria equivalente ao seu corpo ou que existe na particularidade; e de *prósopon* (*persona* / liberdade) sendo dotada, pois, de autonomia²⁸¹. A partir desses insumos, chega-se à célebre definição de pessoa, qual seja a de "substância individual de natureza livre"²⁸². Logo, o existente humano (*ousía, ousiósisis*) seria, pois, uma substância individual (*hipóstasis*) com capacidade de autodeterminação pessoal-existencial (*prósopon*).

Avançando-se um pouco mais na temática, todos os filósofos a seguir, já outrora analisados sob a ótica da subjetividade clássica ou moderna, no primeiro capítulo, buscaram de alguma maneira invalidar as noções metafísicas/ontológicas ou teológicas de uma concepção personalística, a partir daquela ideia da racionalidade ou de rompimento com qualquer posição transcendental ou natural que condicionasse o pensamento cognoscente e as ciências científicas clássicas no trato da pessoa.

Neste compasso, de antemão, é preciso relembrar que antes existia o sujeito, o ser pensante, o indivíduo, o racional, mas não necessariamente uma ideia de pessoa dotada de predicados ônticos, totais, indivisíveis e únicos, tal qual a enxergamos hoje.

Nesse sentido, com visto, Descartes identificou a realidade do indivíduo com a autoconsciência do sujeito cognoscente. O eu-pessoa seria estritamente psicológico²⁸³. Para Locke, o ser/being não designava qualquer realidade substancial, ser não era mais que consciência²⁸⁴. Hume chegou mesmo a afirmar ser impossível falar filosoficamente de pessoa cuja existência não conseguia sequer fundamentar. O eu-pessoa, para este autor, seria a

²⁸⁰ Cf. SANTOS, J.T, op. cit., p. 44 a 46.

²⁸¹ Cf. BOÉCIO. **Escritos (*Opuscula Sacra*)**. Trad. Juvenal Savian Filhos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 165. Note-se que a evolução semântica verificada é particularmente significativa. O conceito de pessoa ganha, com Boécio, um conteúdo ontológico, torna-se capaz de designar uma realidade ôntica, um *ens a se*, capacidade essa que nunca, nem mesmo em Aristóteles, o pensamento clássico logrou dar ao conceito.

²⁸² Idem, p. 168.

²⁸³ Cf. DESCARTES, op. cit. p., 54-55: "Disto conheci ser uma substância cuja essência ou natureza era apenas e inteiramente pensar e que, para existir, não precisa de qualquer lugar nem depende de qualquer coisa material".

²⁸⁴ Cf. AURÉLIO, Diogo Pires. Locke e o individualismo possessivo. In: MALAFAIA, Teresa de Ataíde; FERREIRA, J. Carlos Viana. (Orgs.) **A herança de Locke**: homenagem para comemorar os 300 anos do falecimento de John Locke. Lisboa: Centro de Estudos Anglisticos da Universidade de Lisboa, 2004, p. 81: "Personal identity consists, we must consider what persons stands for; which I think is thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thing in different times and places; which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking, and, as it seems to me, essential to it".

consciência de si, mas a consciência humana nada mais é, na sua opinião, que um aglomerado de sensações e percepções²⁸⁵.

Como antes já analisado, para Kant, a tônica da realidade individual é posta, essencialmente, na consciência moral, na medida em que o *eu* aparece como o sujeito do dever-ser. Para Hegel, a individualidade humana não é mais que manifestação da razão, da ideia, do espírito. Acrescente-se ainda que a unidade do concreto é o movimento, o ser em si como momentos da atividade, sendo impossível nesse contexto falar em pessoa em sentido ôntico²⁸⁶.

Contra estas construções, demasiado racionalistas, insurgiu-se Kierkegaard, que deu primazia ao indivíduo humano e não à coletividade, à fé e não à razão, à ética e não à lógica. A liberdade é central na noção de individualidade, mas não uma liberdade autônoma de quem é fim em si mesmo, como em Kant e Hegel, mas antes uma liberdade falível e limitada a Deus. A autossuficiência humana (autonomia), em Kierkegaard, não existia.

Já em Nietzsche, por último, o homem é um ser totalmente indeterminado, ou por outras palavras, o homem não é. Esta indeterminação niilista e extremista na estrutura humana acarreta não só a incoerência de considerar qualquer sentido ôntico do conceito de pessoa, mas sobretudo a impossibilidade de qualquer colocação do problema da humanidade em termos de questão filosófica²⁸⁷.

À luz dessas contribuições filosóficas acima, a evolução do pensamento teórico acerca da subjetividade humana na história do pensamento, conforme já adiantado no primeiro capítulo deste trabalho, serviu para perder de vista os adjetivos (ou construtos ontológicos) da totalidade e da indivisibilidade da pessoa humana, o que nos leva à conclusão de que a noção semântica de pessoa, muito embora seja uma conquista da contemporaneidade, passou por uma longa delimitação de seu conteúdo a cargo da proposta racional.

Sob a fórmula da racionalidade ou de uma suposta dignidade intrínseca, isto é, de que o homem é um fim em si mesmo, acabava-se por negar qualquer realidade final ou integralidade ao ser humano das épocas passadas, enclausurado e solitário em si mesmo, diante da clássica máscara da liberdade e da autonomia da vontade, tidas como dogmas ou sacramentos de um

²⁸⁵ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 300-301: "Quanto a mim, quando penetro mais intimamente naquilo a que chamo de eu próprio, tropeço sempre numa ou outra percepção particular (...). Nunca consigo apanhar-me a mim próprio, em qualquer momento, sem uma percepção e nada posso observar sem ser a percepção"

²⁸⁶ HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. 2. ed. Trad. Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. XXXVI: "O que é racional é real e o que é real é racional".

²⁸⁷ GONÇALVES, Diego Costa. **Tutela da Personalidade e personalidade ôntica**: a juridicidade da pessoa real (Relatório de Mestrado 2004/2005 - Direito Civil I). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 21-22.

latente liberalismo. Daí que, hodiernamente, a pessoa humana, com já adiantando, não se confunde com sua concepção técnico-jurídica (enquanto centro de imputação de poderes e deveres) ou com sua racionalidade moral.

Não de outro modo, a pessoa não é, nem sozinha nem racionalmente, a medida exclusiva de seus fins. Há, na verdade, em sua configuração, uma dimensão subjetiva da realização humana que se torna conhecida quando se percebe sua realidade ontológica.

E esta dimensão – objetivada na ordem do ser – é a que identificamos como categorias existenciais de realização de sua subjetividade. Desse modo, se as conjecturas teóricas sobre a subjetividade, por um lado, viram-se desapossadas de qualquer conteúdo ôntico, por outro, tornaram-se praticamente improfícuas para a elucidar a afinidade da humanidade com o mundo que a circundava.

Inobstante, mais que uma ideia de racionalidade ou de dignidade/*status*, de moralidade ou de cultura, supostamente atribuídas aos seres como qualidades naturais, as pessoas são mais que meramente isso. De carne e osso, com amor e ódio, alegria e tristeza, prazer e dor, bondade e maldade, solidez e fragilidade, concepção e morte, é-se pessoa porque se é humano, é-se biológico e se teme a morte.

As pessoas o são porque se comunicam de alguma forma ou comungam de uma linguagem única e também porque têm a capacidade de viver e conviver com outros sistemas e coisas, de não só ser racional ao bel prazer das conjunturas e circunstâncias, mas de ponderar e também decidir pelo bem comum. Não se trata mais de ser a pessoa humana algo abstrato ou uma construção meramente da dogmática jurídica, decorrentes, por exemplo, de pronunciados morais ou jurídicos visivelmente apodícticos.

É-se, em geral, pessoa porque nela vige uma expressiva individualidade, porque nela se imiscuem espaço corporal e uma certa duração e singularidade que a fazem ser diferente de qualquer outro ser considerado individual ou coletivamente.

Logo, é a pessoa, além de síntese, um fundamento ontológico. Se o que marca a diferença específica na realidade da pessoa está no próprio ato de ser (dimensão constitutiva), então, uma qualquer pessoa que exista é, necessariamente, pessoa, será sempre pessoa, permanecerá pessoa, independentemente do seu estado, circunstância ou aparência (verdadeiros acidentes).

Só se deixará de ser pessoa quando pura e simplesmente deixar de ser, isto é, quando se morre²⁸⁸. Aliás, é essa a noção que o jurista contemporâneo deve se ater para não ceder a

²⁸⁸ A pessoa é desse modo *ens subsistens* porque aparece face aos demais entes como um todo individual que subsiste num único ato de ser. Algo que existe em si mesmo, e por isso distinto de qualquer outra realidade. Sendo

gradualismos personalistas, os quais, invocando uma pretensa diferenciação predicativa na humanidade, anseiam afirmar momentos ontológicos que fundamentem valorações sociais e jurídicas distintas para cada pessoa, em que pese a clausura de sua estrutura ôntica, marcada pela totalidade do ser, que não impede transversalmente a possibilidade de sua abertura relacional e convivência com outros seres em igual pessoalidade e individualidade.

Dessa forma, par das considerações supra, pode-se então indagar que conceito de pessoa, em viés real e concreto, ampara os desígnios desta pesquisa. Obviamente, que sem ambicionar aqui qualquer singularismo ou ineditismo, temos por eficaz e idônea qualquer acepção de pessoa que conglome excelentemente os seus atributos distintivos mais basilares, quais sejam aqueles em que se sobressaiam indicações atinentes à particular intensidade do ato de ser, ao fundamento da ipseidade²⁸⁹, à perspectividade ôntica ou à fresta relacional-constitutiva e à extensão inventiva da própria unidade ontológica.

Logo, com base em tais predicados, os quais reportamos essencialíssimos, salvo melhor formulação, a pessoa humanamente considerada e concreta e real é decerto o ente existencial que, em virtude da específica magnitude do seu ato de ser, autodetém sua própria realidade ontológica em desabrochar relacional constitutivo e em dimensão realizacional unitiva.

Desse modo, quando hoje se fala mais da pessoa concreta, não fruto de uma abstração, não se estar a adotar o sujeito cidadão da pólis grega ou da cidade romana, nem mesmo o suserano ou o vassalo da era medieval, e muito menos o súdito ou indivíduos puramente racionais, morais e dignos de honrarias da modernidade clássica.

Aliás, se essa premissa de validade ou de categorização personalista fosse verdadeira, ou melhor, se tivéssemos apenas o direito e o dever de respeito somente para com seres dotados de racionalidade ou de dignidade, de riqueza patrimonial ou para com aqueles que, por serem iguais a nós, não devem ser usados como engenhos, pontes, guindastes, trampolins, moeda de troca, para que alcancemos mais eficientemente nossos próprios fins, então, o círculo de abrangência desse direito-dever de respeito se fecharia em torno de uma minoria simplista de seres humanos, além de excluir a totalidade existencial de outros seres capazes de não serem usados como meros meios ou de sofrerem danos procedentes de nossas escolhas e ações.

Na realidade, o estudo crítico inicial da evolução das categorias de subjetividade anteriormente estudadas até chegar no entendimento presente possuiu aqui a virtude de não

subsistens, a pessoa também é *distinctum*, porque o ato de ser no Homem está marcado pela auto-posseção, pela imanência, pela ipseidade, em suma, por uma radical intimidade ontológica que só toda densidade semântica do “eu sou” é capaz de expressar.

²⁸⁹ Ou seja, aquilo que é determinante para diferenciar um ser de outro.

esvaziar o conceito ôntico de pessoa de sua dimensão e de seu substrato substancial²⁹⁰. Desse modo, a pessoa humana, elemento inclusive pré-jurídico, tem um caráter natural, que inevitavelmente se caracteriza por sua humanidade essencial, que a torna moralmente considerável, exigindo-se para ela certo respeito da lei ou por parte de terceiros.

Ao se presumir esse mínimo de humanidade como elemento da subjetividade, pode-se inferir a existência de um ser humano que nasceu vivo e ainda não morreu legalmente e que, portanto, satisfaz os requisitos de alegação humana concreta e real.

Refere-se a essa pessoa como qualquer criatura humanamente razoável em relação à natureza que existe. Segundo Michel Renaud, essa pessoa humana, de considerável relevância axiológica e elemento topográfico referenciador do Direito, compõe-se de algumas bases essenciais, a saber:

A primeira é genérica, vinculada à substância, de ser o mesmo ser no tempo - o eu e o outro, humanos vinculados a uma estrutura. Mediante esta dimensão, todos os seres são iguais enquanto únicos, enquanto marcados por esta característica geral que os diferencia. Por outro lado, a unicidade de cada ser humano encarada como singularidade efetiva subjaz à dimensão do existencial, desvinculada daquela natureza e estruturas genéricas primeiras em especificidade. Nessa outra parte da identidade humana, o eu próprio é alteridade, pois, na medida em que se diferencia dos outros, o ser humano ao mesmo tempo com eles se relaciona. Trata-se da narrativa da própria existência não a partir de processos miméticos do modelo, mas via abertura ética ao futuro da pessoa. A identidade ou realidade humana, isto é, o que atualmente as distingue, comunga de uma dimensão ontológica e uma dimensão moral. O agir nesse sentido é mais que um corolário que provém do ser do homem, na verdade, é parte de um projeto constitutivo de autorrealização²⁹¹.

Para Diogo de Leite Campos, a pessoa em muito também se aproxima de sua premissa ôntica, independentemente de qualquer atributo social ou político de via aristotélica, vejamos:

O ser não é, pois, realidade inalcançável, mas êxodo imanente. O Eu-tu-eles são palavras base, expressivas de realidade. Não são palavras isoladas, mas um casal de termos, recolhendo a realidade como encontro. (...) O ser é a pessoa humana, sede de valores, irreduzível a qualquer outra e a si mesma. É a afirmação de que o ser humano não é o elemento da natureza, o animal social e político de Aristóteles, sujeito às leis da natureza, com a sua dignidade única de sede de valores e de criatura auto-criadora. Subjetividade que se configura e se define através das suas próprias escolhas. Ser é subsistir, ser em si e por si. Aqui está o conhecimento de sua subjetividade e de sua individualidade²⁹².

²⁹⁰ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 48, para quem atualmente “a ordem jurídica e social deve servir de realização do homem, e não o inverso. Mas também aí reside o seu limite. Nada no mundo pode ser hipostasiado, disputando lugar à pessoa. Assim aconteceu de fato com certos coletivismos históricos, concebidos como absolutos – nação, raça, Estado, classe. Mas o seu significado, se o tem, é estarem ao serviço dos fins da pessoa”.

²⁹¹ RENAUD, Michel. **A intimidade e a alteridade da pessoa**. Cadernos de Bioética, Coimbra: Ed. CEB, n°7, dez., 1994, p. 17, 18 e 21.

²⁹² LEITE DE CAMPOS, Diogo. Os Direitos da Personalidade: categoria em reapreciação. In: **Nós—Estudos sobre o Direito das Pessoas**, Coimbra: Almedina, 2004, p. 88-89

Para José de Oliveira Ascensão, a pessoa não se divide, sendo, portanto, uma substância completa, muito embora possa ser caracterizada por alguns predicados mais específicos, como a possibilidade de autodefesa e de autossuficiência:

Cada pessoa é uma substância completa. [...] O que caracteriza a pessoa? Em primeiro lugar, a possibilidade se contrapor ao mundo, tendo dele consciência e dominando-o. Em vez de se esgotar num conjunto de ações e reações com a realidade exterior, como acontece com os animais, o homem impõe a esta os seus fins próprios, fora dos instintos, e determina-se com liberdade. Integra-se no mundo, mas não se reduz a este. Em segundo lugar, a pessoa é o único ser capaz de se autopossuir. [...] Sobretudo, o homem tem os seus fins, e a capacidade de prosseguir fins, que ultrapassam o condicionamento biológico. Este último aspecto abre-nos a um campo fundamental, onde encontramos a caracterização da pessoa como entidade ética, mais que biológica. [...] Esta dimensão permite-lhe que o mundo seja enquadrável numa visão de dever-ser. Surge-nos aqui o aspecto dinâmico da personalidade, pois o homem é um projeto a se realizar²⁹³.

Todas as concepções últimas de pessoa humana analisadas até aqui são as que mais se aproximam da que buscamos cunhar nesta pesquisa, qual seja, a de que as pessoas humanas se perfilham, ontológica e intersubjetivamente, no domínio existencial²⁹⁴.

Aliás, resumidamente, todas as posições filosóficas e doutrinárias últimas supracitadas em face da pessoa humana comungam dessa mesma ideia, a despeito da análise teórica dos autores clássicos modernos, que a ignoraram. Essa acepção ontológica de pessoa normalmente também é compatível com as reivindicações de movimento de direitos humanos, os quais creditam a realidade de apenas uma única espécie humana, que inclui todos os seres humanos vivos em dessemelhança e em eventuais particularidades circunstanciais.

Por isso, a despeito de seu estado mental ou físico ou de seu *status* social ou político-econômico, aliás, para a maioria das teorias afetas aos direitos humanos, por exemplo, independentemente de qualquer relativismo ou postura hegemônica ou higienizadora, portanto, a pessoa adquire uma significação e um compromisso não só locais, como globais, contemplando as mais diferentes angulaturas antropológicas e normativas, não sendo nunca uma possibilidade formalmente fechada, que se esgota, nem mesmo após a morte, porque a legislação lhe resguarda, ainda assim, as honrarias póstumas.

3.1.3 Sobre a personalidade humana a cargo do Direito

²⁹³ ASCENSÃO, op. cit., p. 46-47.

²⁹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13 e 16, “para quem todos os afetados pelas decisões valorativas são chamados à fala e à participação”.

Tendo buscado traçar uma acepção de pessoa que equivalha aos escopos dessa pesquisa, missão não das mais fáceis – sendo, pois, agora desafiadora – é delimitar um conceito de personalidade em igual enviesamento. Ainda que, em verdade, as definições de pessoa abundem a literatura do gênero, seja lá quais forem a delimitação ou o alcance de sua significação semântica, em contrapartida, a noção de personalidade raramente aparece expressamente formulada na filosofia ou na doutrina jurídica sobre o assunto.

Amiúde, praticamente, na esteira do antes já mencionado, confunde-se personalidade, extensão e hipótese de realização da pessoa humana, com o instituto legal da capacidade, ou seja, com a titularidade que as pessoas e algumas ficções jurídicas possuem para se encaixar em suportes normativo-fáticos e planejar relações ou situações jurídicas a mais diversas, via atribuição e reconhecimento de direitos e deveres ou faculdades ou obrigações legais.

De antemão, como já adiantado acima, extirpa-se deste trabalho qualquer consideração jurídica clássica de personalidade nesse sentido, a quem o Professor Adriano Marteleto Godinho, faz a seguinte consideração:

Critica-se, contudo, referida noção, por fazer da pessoa um simples centro de imputação de direitos e deveres. A velha confusão entre personalidade e capacidade de direito apenas permite enxergar a pessoa natural de acordo com a sua posição no ordenamento e nas relações sociais. Por meio dela, passa-se apenas e tão somente a reconhecer aos seres humanos a prerrogativa de exercer direitos e contrair obrigações, agindo eles, dessa maneira, ora como titulares de bens, ora como componentes de relações jurídicas. Sob esse prisma, o ser humano fica reduzido a uma concepção rígida, reducionista e meramente relacional, em que figura como parte nos atos e negócios jurídicos firmados com terceiros – isto é, como ator no universo jurídico –, não se alcançando aí a pessoa e sua essência²⁹⁵.

Na maior parte das vezes, quando os autores jurídicos de escol se referem à pessoa, à personalidade e à capacidade estão a utilizar os vocábulos como equivalentes ou, quando muito, a designar perspectivas diversas de abordagem, sendo a primeira (a pessoa) mais generalizável e abstrata; ao passo que a segunda e a terceira (a personalidade e capacidade) mais concretas e individualizadas, referente a um dado ser-pessoa subsistente e determinado.

Nesta senda, consideravelmente, consonante fragmento *supra*, avulta-se, então, na extensa literatura jurídica uma visão estática de personalidade jurídica, de conotação demasiado técnica, que geralmente oblitera uma noção mais ontológica da pessoa humana e de seus traços mais essencialíssimos e essenciais. Se se perde isto de vista, corre-se o risco de colocar o ser humano única e exclusivamente subsumido à lei ou aos papéis e às relações sociais que enceta, sendo por eles manipulado, quando o que se espera deveras é exatamente o contrário.

²⁹⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014, p. 20-21.

Desse modo, a personalidade jaz, desde já, consonante esta pesquisa, como um dado não formulado e não construído pela ordem jurídica, mas a ela preexistente. Por conseguinte, se a personalidade é um dado pré-normativo ou extrajurídico, composto de um embasamento em si mesmo, ao qual o direito se limita a constatar, promover e respeitar, daí se diz que é, a partir da consequência de alguém ser uma pessoa e deter uma personalidade, que confluem direitos e deveres, e não o contrário.

Eventuais titularidade ou capacidade jurídicas, que são meramente instrumentais ou utilitaristas, procedem, pois, do ser humano, que não é consequência ou mero fruto da intervenção do Direito, e sim o oposto. Nesse sentido, Paulo Otero aduz que:

Pode-se concluir, não é a personalidade jurídica que justifica o tratamento dado pelo Direito ao ser humano, antes é a circunstância desse ter a natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça a personalidade, que é uma consequência e não uma causa da intervenção do Direito na tutela do ser humano. [...] O valor primário, superior e causal é o ser humano, garantindo-se a inviolabilidade da sua vida e o respeito pela sua dignidade, e nunca uma derivação ou consequência do momento do seu nascimento completo e com vida, isto é, a personalidade jurídica. [...] Reside no valor do homem o critério a que todos os outros valores vão referidos nas suas posições axiológicas neste mundo, o mundo humano finito e da história²⁹⁶.

Do excerto acima, presumível que não mais existam, perante o ordenamento legal, apenas situações jurídicas em que as pessoas a elas se amoldam. Diga-se de passagem, referidas tentativas estanques de outrora, aliás, não merecem restar prosperando na atualidade, haja vista, ser a personalidade anterior e muito mais do que a simples capacidade potestativa.

Neste estreito, ainda que personalidade e capacidade sejam definidas pela doutrina mais antiquada como iguais, a personalidade é condição para aquela suscetibilidade de competências jurídicas, eis que deve ser encarada como fundamento, sem a qual direitos e obrigações a ela afetos sequer poderiam subsistir.

Elucidadas estas questões preliminares acerca da personalidade, malgrado pareçam um tanto óbvias agora, sobretudo, em vistas das distinções que foram objeto de discussão nos parágrafos anteriores, é preciso ir além no esmiuçar das questões que ora se tenta descortinar, privilegiando outros contextos mais filosóficos e interdisciplinares acerca da temática da personalidade, que não necessariamente os jurídicos.

E, nessa abordagem do que venha a ser personalidade, convém chamar a atenção, desde já, para duas acepções distintas, além das anteriormente analisadas sobre o assunto (personalidade natural e jurídica *versus* capacidade). À primeira guisa de raciocínio, o sentido

²⁹⁶ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Edições Almedina, Coimbra: 1999, p. 33-34

de personalidade pode ter um viés psíquico; e, em sentido inverso, poderá assumir um caráter ôntico ou, simplesmente, de personalidade, inerente a toda e qualquer pessoa. Na primeira hipótese, uma ideia de personalidade é dada pela indagação “o que é”. Na outra, a personalidade estaria condicionada à resposta da pergunta “quem é”.

Embora referidos questionamentos, no quotidiano, aparentemente não façam sentido algum ou sequer condicionem momentos de reflexão mais apurada, quando se investiga a dinâmica da reunião dos aspectos ou das características psíquicas ou ônticas que diferenciam a pessoa, ao menos, tais questionamentos consentem críticas e contundentes tentativas de significação ou ressignificação da ideia normal que se tem da personalidade.

Aliás, é geralmente no modo como que o investigador pergunta que ele se torna capaz de captar a essência do objeto investigado. Noutras palavras, perguntar “o que” e “quem” diz respeito àquilo que chamamos de problema filosófico, ou seja, que só pode ser resolvido por meio de uma investigação mais acurada, responsável e coerente, conquanto não possa ser constatado por meio de uma experimentação científica ou através de cálculos ou da mera análise de documentos ou premissas de uma dada realidade investigada.

Mais especificamente, na filosofia, quando se investiga “o que é” coloca-se em questão uma coisa, um estado ou condição ou circunstância indeterminada, não havendo uma definição simples que consiga resolver o tema, pela própria extensão do conteúdo produzido. Em sentido oposto, quando se tenta responder ao questionamento “quem é” está-se, na verdade, a investigar o conteúdo semântico acerca de que pessoa mais especificamente a pergunta se trata ou de dar sentido a uma pessoa determinada ou individualizada. Nesse sentido, a título de exemplo, Capelo de Souza, ao refletir sobre a emergências da personalidade, tratou imediatamente de saber antes “quem” é a pessoa para o Direito, para então fixar à personalidade (“qual”) o seu conteúdo e (o “o quê” de seu) alcance:

Quem é o ser e o que é ser pessoa para o Direito? [...] A pessoa é o ser humano e este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da personalidade [...] mesmo de um ponto de vista jurídico, é dele que deve partir o pensar jurídica da tutela geral de personalidade, é nele que se deverá basear a juridicidade e o sentido de uma tutela e será para ele que se preordenará a regulamentação jurídica da tutela geral de personalidade. Simplesmente, o homem – e cada homem, na sua natureza, nas suas circunstâncias e no seu devir²⁹⁷.

Nessa quadratura, pontuando a personalidade aquém de sua mera concepção jurídica tradicional, quando se realiza a pergunta “o que é” em termos de personalidade, tende-se a reservar para o conceito de personalidade um conjunto de disposições de caráter ou modos de

²⁹⁷ Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A, op. cit., p. 14-15.

atuação tipificados, ou ainda um conjunto de aptidões ou disposições naturais ou acidentes extrínsecos e indeterminados ocorrentes no passo da existência humana, que não afetam a pessoa em si mesma, mas tão somente sua realidade externa.

Essa primeira indagação corresponde à primeira acepção de personalidade, ou seja, à personalidade psíquica. Identifica-se, assim, à luz deste viés psicológico, a personalidade de alguém com o modo como a pessoa adquire significação externamente, alheia, portanto, à sua interioridade mais basilar. Diz-se nesta acepção que um sujeito é bom, ético, digno, justo, irascível, magnânimo, laborioso, preguiçoso, ruim, ordenado, persistente, insociável, dentre muitas outras qualificações, que não fazem parte peremptoriamente da natureza da pessoa, mas que nisto (ainda que parcialmente também) consiste sua personalidade.

Apesar das muitas controvérsias em torno da temática, dentro de uma proposta interdisciplinar, não incorrendo aqui nos perigos de um positivismo eminentemente estrito, alheio aos dramas da contemporaneidade (ainda que neste trabalho já se tenha dito que o positivismo jurídico – mais crítico – é uma luz no fim do túnel), a biopsicologia, em especial, é a seara que mais tem avançado na enunciação de caracteres da estrutura da psíquica ou psicológica da personalidade.

W. S. Bernardes, por exemplo, analisa a personalidade enquanto "o caráter ou qualidade do que é pessoal [...] o que determina a individualidade duma pessoa moral"²⁹⁸. Esse mesmo autor dá a personalidade um sentido tríplice, de sorte que a personalidade seria um experimento corriqueiro, que alude para a síntese, a intencionalidade e a responsabilidade como atributos; a personalidade, com base na metafísica tradicional, comina à essência da pessoa um significado de espectro substancial; e, por último, mas não menos importante, a personalidade tem como viés um incremento bio-psico-histórico e insinua ideais ético-sociais²⁹⁹.

H. Sullivan define a personalidade como “um padrão, relativamente constante, de situações interpessoais periódicas, que caracterizam a vida humana”³⁰⁰. Já G. Allport especifica a personalidade como “a organização dinâmica no quadro do indivíduo, de sistemas psicofísicos que determinam seu comportamento característico e seus pensamentos”³⁰¹.

Eysenck contextualiza a personalidade enquanto a “organização mais ou menos estável e persistente do caráter, do temperamento, como sendo a parte intelectual e física do indivíduo

²⁹⁸ Cf. BERNARDES, Wagner Siqueira. **A concepção freudiana do caráter**. 2005. 196 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Psicologia, Rio de Janeiro, 2005, p. 19

²⁹⁹ LACAN apud BERNARDES, op. cit., 2005, p. 25-27.

³⁰⁰ HALL, Calvin S. e LINDZEY, Gardner. **Teorias da personalidade**. Tradução de Lauro Bretones e Aidyl Macedo Queiroz. 4. ed. São Paulo: EPU: USP, 1973, p. 158.

³⁰¹ Cf. CAPELO DE SOUZA, op. cit., p. 110.

que permite seu ajustamento único ao ambiente”³⁰²; ao passo que Carl Rogers descreve o ser humano como o recinto em que se realiza e projeta a personalidade. Ele teria “uma tendência quase natural para desenvolver todas as suas capacidades destinadas a manter ou a melhorar seu organismo, que abrange a pessoa total, a sua mente, o seu espírito e o seu corpo”³⁰³.

A propósito, no vestígio de tudo que já fora abordado até aqui, não temos por razões praticamente óbvias as significações acima da personalidade psíquica ou biopsicológica como a mais correta, muito embora ela não seja de todo refutável nesta pesquisa (mas complementar à personalidade propriamente dita – ôntica), porquanto se revela profundamente redutora, além de perigosamente, muitas vezes, limitada a eventuais gradualismos transpersonalistas, como *status*, honra, dignidade, capacidade, racionalidade, bonança, justiça, racionalidade, dentre muitos outros predicados, que supostamente servem senão para desumanizar a pessoa de sua estrutura basilar, noutros dizeres, total e unitariamente ontológica.

Demais disso, com o devido respeito aos estudos da biopsicologia e outros teóricos da psicologia, psicanálise e psiquiatria, referidas valorações frequentemente não têm o condão de revelar todos os vetores que devem estar presentes no conceito de personalidade, sendo, enquanto tais, mais acidentes ou fortuitos externos à existência humana, e não essencialmente naturais às pessoas, mas as elas se amoldando em razão de determinações circunstanciais.

Diego Costa Gonçalves, tendo realizado um importante estudo no seu curso de mestrado acerca da tutela da personalidade e da personalidade ôntica, formula uma crítica salutar ao tratamento meramente biopsíquico da personalidade, aduzindo convenientemente que:

Muitas vezes, o tratamento psíquico da personalidade está diretamente ligado com noções de pessoa que aqui foram rejeitadas. A consideração da personalidade em sentido psíquico é fruto da desconstrução do conceito de pessoa, naquele entendimento que denominamos Antropologia da Subjetividade. Quando a noção de pessoa deixa de designar uma realidade ôntica para passar a identificar uma realidade psicológica e exclusivamente subjetiva, a personalidade mais não pode ser que disposições do sujeito. Tais disposições, ainda que possam coincidir nominal e descritivamente com as qualidades do ente, não são subsumíveis às categorias filosóficas com que tratamos esta matéria. Em conclusão, sempre que subjacente à acepção de personalidade psíquica esteja a rejeição da construção da pessoa em sentido real, tal acepção é a de ser rejeitada liminarmente. No entanto, quando tal acepção na colida com o conceito de pessoa, como já o definimos, e permita identificar as qualidades do ente em causa, tal acepção é de considerar³⁰⁴.

Essa insuficiência do traço meramente biopsíquico da personalidade (que, como dito, não é de todo perdida, mas complementar, ao lume de uma proposta interdisciplinar à

³⁰² Idem, p. 111.

³⁰³ ROGERS, Carl R. e WOOD, John K. Teoria centrada no cliente. In: BURTON, Arthur (org.). **Teorias operacionais da personalidade**. Tradução Carlos Alberto Pavanelli. Rio de Janeiro: Imago, 1978, p. 194.

³⁰⁴ GONÇALVES, Diego Costa. **Tutela da Personalidade e personalidade Ôntica**: a juridicidade da pessoa real (Relatório de Mestrado 2004/2005 - Direito Civil I). Fac. de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 53-54.

conceituação da personalidade propriamente dita) conduz para que, neste trabalho, analise-se a personalidade ôntica ou ontológica, nos mesmos rastros com os quais se sopesou a noção de pessoa humana, que se adequam à finalidade desta pesquisa.

Na verdade, ao tentar responder aquela pergunta acerca de “quem é” que nos revela como é a pessoa ou “quem” é o humano catedrático investigado na matriz jusfilosófica da personalidade, chega-se à noção de personalidade humana analisada nesta pesquisa.

Essa personalidade ontológica reside nas características que definem quem é a pessoa em termos de delimitação ou de fixação ôntica, isto é, intrinsecamente ou internamente, sem embargo da frecha relacional ou jurídica com que se expõe externamente (personalidade psíquica) alguns dos atributos da personalidade.

Oportunamente, sobre este aspecto substancial da personalidade, de sorte que é a pessoa um ser em construção, é na imanência de sua realidade interior e espiritual que ela constrói, em vivência, a si própria verdadeiramente.

Nesta medida, pode afirmar-se que a pessoa, em termos de personalidade humana propriamente dita, é aquilo que realiza interinamente em si própria em termos de significação substancial. A par desta repercussão ontológica, do realizar-se personalissimamente, isso quase sempre acontece em meio a disposições naturais, ou seja, não acidentais, de maneira que uma pessoa, naturalmente, terá sempre uma personalidade e com ela permanecerá, independentemente do seu estado, circunstância ou aparência (verdadeiros acidentes extrínsecos alheios a substância do que é pessoal).

Sobre esse aspecto, ao considerar na pessoa uma natureza imanente, que é-lhe a expressão mais íntima, máxima e última da essência, a personalidade, assim, surge intangível enquanto realidade ontológica, sendo, justo por isso, um ponto da própria subjetividade, na medida em que quem se conhece a si próprio só nesta instância é capaz de reconhecer o outro em alteridade. Conforme Jussara Meirelles, pessoa e personalidade inclusive se confundem, na esteira de uma realidade ontológica, que lhes dão totalidade, unicidade e indivisibilidade:

(...) é preciso analisar a personalidade [...] e todas as suas emanações sob enfoque diverso. O ser humano não tem uma personalidade, ele é expressão viva da sua própria personalidade. Assim, ainda que a ordem jurídica lance sobre o homem o olhar ideologizado da titularidade, todo o conjunto de múltiplas emanações em que se resume a personalidade humana deve ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular.³⁰⁵

³⁰⁵ Cf. Jussara Meirelles *apud* CANTALLI, op. cit., p. 63.

Novamente, é valioso o contributo do Professor Adriano Marteleto Godinho, sobre a temática da personalidade ontológica, vejamos:

Recusar a imanência da personalidade humana seria rejeitar a própria concepção das pessoas naturais enquanto seres dotados de uma dimensão individual, da qual emanam os direitos à vida, à liberdade e ao seu desenvolvimento da personalidade, entre outros, e igualmente de uma dimensão social, que pressupõe sua comunicação com os demais membros da comunidade, e de onde derivam os valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Prostrar a pessoa humana – cuja existência não é meramente biológica e extrinsecamente fundada, mas dotada de uma dignidade ontológica e de um valor intrínseco – diante do império da lei é recusar sua primazia enquanto ser dotado de individualidade, fruto do personalismo ético que marca a sua existência; é tratar a pessoa como nada mais que uma unidade numérica, e não como uma realidade que se impõe existencial e cronologicamente ao ordenamento jurídico³⁰⁶.

Noutras palavras, ambos os fragmentos doutrinários citados acima expõem que o primeiro aspecto da realidade ontológica da pessoa é, justamente, o fato de ela ser uma unidade e uma totalidade e, por isso mesmo, com capacidade para simplesmente ser o que é o seu próprio ser, que lhe pertence naturalmente.

A pessoa humana – e, conseqüentemente, a personalidade – aparece-nos, assim, como algo *sui juris*, cuja pertença ontológica não é, em si, jurídica, apenas abrolhando ao Direito quando trespassados na realidade pessoal a alteridade, a exterioridade e o conteúdo ético, que são a manifestação do plano valorativo e exterior da pessoa³⁰⁷.

Isto é, só tem relevância jurídica os elementos da pessoa e de sua personalidade quando condicionados à sua absoluta realização e concretização finais, para quem o Direito dá guarida ou promove positivamente, determinando obrigações que as desenvolvem e condicionam-nas, ou cominando posturas negativas ou sanções, que as limitam.

Apesar das tentativas de diferenciação da personalidade realizadas, extremamente complexas e objeto de múltiplas celeumas, mesmo sobre elas imperando marcas históricas, culturais e ideológicas de nosso tempo e espaço, em suma, pode-se afirmar sem nenhuma dúvida, a par de todo o exposto, que hoje, justo por também fazer parte da organização natural do ser humano, consagra-se a personalidade como característica própria do que é da pessoa, aí se incluindo os traços naturais, físicos, psíquicos e emocionais e, sobretudo, os existenciais, formadores também da totalidade que é o ser humano, que os projeta externamente.

A personalidade, dessa forma, existe porque detém-se na pessoa humana, que ora é eminentemente natural (ontológica), ora se desenvolve e é determinada em concatenações diversas do devir, isto é, em alteridade, sopesados critérios de exterioridade e de liberdade ou

³⁰⁶ Cf. GODINHO, op. cit., p. 25.

³⁰⁷ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Reserva da intimidade e da vida privada**. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Volume XLIII, nº 1, 2002, p. 9-10.

éticos, os quais interessam à tutela perpetrada pelo Direito, que não pode se imiscuir meramente na consciência dos indivíduos nem dela se apoiar nem mesmo tentar adivinhar.

Esta interação entre essência/meio no trato da personalidade não perde de vista que a pessoa, mesmo comungando uma substância ôntica mínima que a individualize perante todos os demais, também vive na realidade concreta e objetiva das condições materiais orientadoras de valores personalíssimos, partes igualmente de uma historicidade dinâmica das determinações da subjetividade, capazes de engendrar novas dialéticas.

Portanto, como se pôde notar até aqui, na noção jusfilosófica de personalidade, não prevalece a clássica noção de que abusou a velha teoria do Direito para debruçar-se sobre a temática³⁰⁸, qual seja a propositura do normativismo positivo de que o Estado empresta ao homem certa personalidade. A personalidade, ao contrário da ideia de “dignidade” ou qualquer outro valor externo à pessoa, não funciona como uma construção da dogmática jurídica no vácuo, não seria ela um bem jurídico, um pretexto ou uma presa fácil em que a estrutura do poder dominante subalterniza o ser em face de seus desígnios.

Pelo contrário, a condição de ser pessoa – ou de deter uma personalidade ontológica ou intrínseca, sem embargo do *ethos* que questão em si envolve, conforma algo além do que semanticamente encaixar-se em plexos da clássica visão do Direito, calcada num sujeito compreendido e afirmado a partir de uma ética que lhe foi principalmente externa ou acidental; que aquiesceu todo um ideal moderno da individualidade, antropocêntrica e alegórico da humanidade; e que concorreu ao longo da história para não só perder das pessoas a razão de ser humanista, como também para lhes retirar a essência.

Mais precisamente, conforme foi possível perceber até aqui, a personalidade humana assenta-se como caractere inerente ao seu titular, que é a própria pessoa, considerada nos seus aspectos mais essenciais, pertinentes à sua integridade física, moral e existencial, de modo que, ressalte-se, o vínculo existente entre pessoa e personalidade é, além de ôntico, orgânico. Personalidade e capacidade, embora sejam conceitos conexos e interpenetrados, não podem ser confundidos³⁰⁹, o que significa afirmar que a personalidade de ser sujeito de direito deve ser encarada como um predicado apenas juridicamente relevante.

Noutras palavras, o fato de o instituto da capacidade (jurídica) traduzir-se enquanto alcance normativo da personalidade e miragem de entendimento rigoroso da técnica jurídica

³⁰⁸ Nesse sentido, a teoria kelseniana já abordada outrora, que afirmara que o Estado seria o árbitro da personalidade, no sentido de qualidade da pessoa que titulariza direitos e deveres, ideia esta que denota pura e simplesmente noção de capacidade processual para vivenciar relações jurídicas as mais diversas.

³⁰⁹ CAPELO DE SOUZA, op. cit., p.106.

não pode diminuir a esta monta a própria personalidade, sob pena de ser retirado desta (bem como da própria pessoa humana) a magnitude que a faz ser merecedora de tutela jurídica e de respeito pelos demais em comunidade.

Feitas essas considerações, tem-se, pois, por último, que a personalidade engloba alguns dos conceitos anteriores e os estabelece num só. É um instituto básico da ordem jurídica, estendendo-se a todos os seres humanos e “consagrando-se, como conquista da civilização jurídica, na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”, como Maria Helena Diniz lecionou a respeito³¹⁰.

Ou seja, além de ser característica do que é pessoal, estão aí (na personalidade) incluídos os traços psíquicos e emocionais, bem como morais e intelectuais, internos e formadores também da totalidade de uma pessoa, que os projeta externamente. Portanto, a personalidade nasce com a vida e morre juntamente com a pessoa.

Enxerga a pessoa humana tal qual existe, tendo sua razão de ser até no recém-nascido, nos menores, nos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento necessário para a prática dos atos civis, escapando ao enquadramento da personalidade tão somente as coisas e os objetos assim como as entidades místicas ou metafísicas, os entes morais, como as sociedades, as associações e as fundações, por não serem dotados de vida humana.

Aliás, reforce-se, a noção de personalidade está indissolúvelmente ligada à pessoa humana e é, por isso, inseparável da intangibilidade singular desta. O seu alargamento às pessoas coletivas é um equívoco positivista, que nasceu da errada equiparação e confusão entre pessoas singulares e as pessoas coletivas num macro-conceito geral abstrato de personalidade normativa, cujas as bases se fincam na clássica ideia de capacidade jurídica.

Essa equiparação entre pessoas físicas e jurídicas, quando acontece, nunca pode ser feita pela via direta, mas apenas por analogia, quando a semelhança das situações, em concreto, justifique-as, e sempre com a adaptação, até porque o fito da tutela geral personalíssima é sempre a pessoa humana, que é capaz de reconhecer o outro como igual, de usar a linguagem, de dialogar, sem embargo da capacidade de entrega-se espiritualmente a outrem, experiências estas reveladoras do ser humano, o que não se percebe nas demais coisas, objetos, ficções ou abstrações jurídicas e animais.

E, com efeito, ademais, a falta de uniformidade conceitual que, por vezes, o termo personalidade possa apresentar não deve enganar o pesquisador-observador (ou até mesmo o leitor deste trabalho). Apesar da inconstância de se valer do manancial teórico de outros campos

³¹⁰ Cf. DINIZ, op. cit., p. 116.

do saber, o foco da personalidade, ao menos aqui, toma como base de sua estrutura e de seu ambiente sempre a pessoa humana real e concretamente considerada, com sua própria dinâmica, de que confluem, desde já, os desígnios de ordenação social e do arcabouço jurídico, diferenciada de outras pessoas fictícias ou coletivas, criadas e chanceladas pela lei, a quem o Direito apenas emprestou abstrata e ficticiamente um ideia titularidade jurídica.

3.2 Sobre os limites aos espaços de decisão pessoal: à procura da essência da personalidade

Averiguados outrora no atual momento do Direito aspectos relativos à pessoa humana ontológica e à sua intrínseca humanidade, passa-se agora a contextualizar a dinâmica jurídica da personalidade. É aqui onde reside justamente o ponto de chegada e objeto fulcral da presente pesquisa, cuja matéria pressupõe uma exigência indelével, incondicional e volátil de proteção e de promoção da pessoa e de seus predicativos mais essenciais, encaixados em feixes nos quais se espalha a personalidade ou aqueles pressupostos próprios da intangibilidade da vida humana.

Pondera-se esse posicionamento, inicialmente, desde já, haja vista que a personalidade, embora garantida ou às vezes execrada, não é evento acabado. A pessoa, como já afiançado, é um projeto, com fins próprios: tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se.

E esse aprimoramento é, em via complementar, um direito de cada um, que deve ser assegurado e respeitado. A garantia desse espaço de atuação de cada qual só é possível acaso se concentre essencialmente na tenra ideia de liberdade, porque só sem subserviência ou com o mínimo de condições existenciais dignas a pessoa humana pode desenvolver-se por inteiro.

Logicamente, não se está aqui a calhar aquela ideia de liberdade desmedida dos tempos pregressos, mas outra condicionada aos dilemas para os quais suplica arrego a contemporaneidade. Com efeito, Aurelia María Romero Coloma aponta que:

[... la personalidad] es un bien que no se puede menoscabar su plena realización y desenvolvimiento. La facultad de pedir su protección debe serle reconocida. Es un valor que se contrapone, em cierta medida, a la idea de sociabilidad, inherente a la especie humana, ya que es forzoso que el ser humano se comunique con los demás y exteriorice su modo de ser, de pensar y de obrar por medio de actos, bien por el lenguaje, rompiendo esta exteriorización la intimidad, sin que ello quiera decir que por esto ya no exista la misma, ya que siempre habrá una esfera reservada de pensamiento y de acción. [...] Es el respeto a la individualidade de la persona³¹¹.

³¹¹ COLOMA, Aurelia María Romero. **Introducción al estudio jurídico de los bienes y derechos de la persona.** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidade Complutense, Madrid, N.º. 76, p. 193-200, 1989-1990, p. 196. Em tradução livre: “[... personalidade] é um bem que não pode comprometer sua plena realização e desenvolvimento. O poder de solicitar sua proteção deve ser reconhecido. É um valor que contrasta, em certa medida, com a idéia de sociabilidade inerente à espécie humana, pois é forçado que o ser humano se comunique com os outros e exteriorize seu modo de ser, pensar e agir através de atos, seja pela linguagem, rompendo essa

Essa tarefa de promover uma identificação adequada entre pessoa e sua personalidade e liberdade ou autonomia existencial, no passo de uma relativa proteção em face de direitos materialmente objetivos, faz pressupor a figura do outro que se nos assemelha como um espelho de nossa própria realidade.

O ser (pessoa humana), ainda que individualizado, não é um dado isolado ou insular, mas, em permanente relação com os outros, assumindo especial relevo no mundo valorativo a que aderiu, a ponto de estruturar, moldar e ressignificar a sua razão de ser. De acordo com Carlos Fernández Sessarego:

A pessoa, é estruturalmente, um ser coexistencial. Não foi criada para viver constantemente em solidão, senão para conviver necessariamente com os outros seres humanos em seu habitat natural, que não é outro que a sociedade. Daí que não é possível conceber o ser humano como um ente isolado, incomunicável, voltado sobre si mesmo, ignorando o “tu” e o “nós”. Existe com os outros. O ser humano precisa dos demais para realizar-se, simplesmente, para viver. Viver é conviver ou, se preferir, a existência é coexistência.³¹²

Advirta-se, no entanto, embora tenha conteúdo aberto e indeterminado, subsumível a diversos mecanismos de concretização (como técnica de direitos implícitos, princípio da dignidade, cláusula geral do Estado Democrático de Direito, elenco de fontes do direito internacional, etc.), face ao caráter ilimitado e muitas vezes desconhecido das manifestações integrantes da natureza humana, a personalidade não poder ser confundida com o arbítrio, já que o próprio exercício de uma eventual liberdade ou mera liberalidade é exercido, mesmo minimamente, por coordenadas gerais.

Ao falar-se da personalidade, embora dimensão fundamental e ontológica da pessoa humana, não se pode perder de vista sua dimensão social. Uma sociedade depende, para existir, de um certo sistema de sentimentos através dos quais a conduta de cada indivíduo é regulada de acordo com as necessidades comunitárias. Na sociedade humana, em especial, tais sentimentos não são inatos, mas são desenvolvidos nos indivíduos pela ação daquela sobre estes, isto é, sem um conjunto de sentimentos sociais de coesão, que se manifestam singularmente na autodeterminação da própria vida, não há sociedade, só indivíduos³¹³.

exteriorização da intimidade, sem que isso signifique que não é mais o mesmo, pois sempre haverá uma esfera reservada de pensamento e ação. [...] É o respeito pela individualidade da pessoa”.

³¹² SERRASEGO, Carlos Fernández. **Persona y Derecho**. In: Alberto José Bueres; Aída Kemelmajer de Calucci (orgs.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al profesor doctor Atílio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 873.

³¹³ Cf. TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Acerca dos direitos de personalidade**. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000, p. 25.

Nesse sentido, é possível e até mesmo natural todo e qualquer direito ou dever em face da tutela da pessoa sofrer, em maior ou menor escala, limitações com vistas na proteção deste viés de solidariedade, que também configura substrato extrínseco da personalidade, a partir de uma intersubjetividade, sem a qual todas as pessoas de modo geral restariam por violadas em comunidade, beirando muitas vezes as catástrofes já experimentadas no desenrolar-se da humanidade.

Este mínimo de alteridade aqui não é considerado entrave à aptidão substancial que possuímos para gerir a vida em convivência, sem influência de outros aspectos exteriores, mas, em verdade, congenitamente, agrega ou intensifica a personalidade. Quer-se dizer, decerto, mesmo diante da intangibilidade da matriz ontológica da pessoa humana, na atualidade com que se entrelaçam relações sociais ao jurídico e ao político e vice-versa, a dinâmica da personalidade não pode ser resolvida na base do mero individualismo ou do tudo ou nada.

Na lei do duplo frenesi, não há que escolher entre a absolutização do social, que leva à escravidão de todos, e a absolutização do individual, que conduz também à escravidão de todos, inclusive, do próprio super-homem dominador³¹⁴. Há que se determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser que vive com outros.

Equilíbrio e menos soberba, sem os perigos de um solipsismo jurídico ou riscos de banalização do conteúdo ou do substrato ôntico da pessoa humana, são essenciais para que se chegue a um denominador comum quanto ao trato do assunto da personalidade. Muitas vezes, conquanto se intercalem conexões nas quais é prevalente o interesse dos indivíduos, deverão não ser afetados ou diminuídos os interesses da coletividade.

Noutras circunstâncias, em que se sobressaem as premências da sociedade, estas deverão ser funcionalizadas à realização dos interesses individuais ou balizadas na exata medida dos propósitos existenciais dos cidadãos. Dito isso de outro modo, não se trata de comprovação social da utilidade de se viver uma personalidade livre de amarras, mas de ter em conta que a individualidade só é feita com equilíbrio, o qual é exigência dos tempos contemporâneos, a fim de que não repitamos os erros de antigamente, os quais encontram-se fundados a maioria na soberba individual e mecanicista que corromperam ou vilipendiaram ou, o pior, apagaram o outro relacional.

Daniel Sarmiento, inclusive, nesse aspecto, alardeia sobre os riscos de uma possível necessidade de comprovação de utilidade social para que a tutela da personalidade seja

³¹⁴ LEITE DE CAMPOS, op. cit., p. 15. Sobre a lei do duplo frenesi, o autor se vale da filosofia de Bergson, argumentando que, havendo duas situações extremas, é preciso optar pela condição imanente a cada uma dessas tendências, sob pena de sucumbir a catástrofe.

efetivada, ponderando não ser sensato limitar o tratamento da personalidade às injunções de carizes políticos e econômicos, por exemplo:

Supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas na medida em que seu exercício atender a interesses coletivos equivale, em nosso entendimento, a recair num coletivismo transpersonalista, que não leva a sério que é o homem a medida de todas as coisas. Se é verdade que a pessoa humana, a que se refere à Constituição brasileira, não é o indivíduo do liberalismo burguês, mas um ser social e enraizado, não é menos certo que essa pessoa não se reduz a uma parte no todo social. Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a humanidade! Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na [...] pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor de segundos.³¹⁵

Assim sendo, confiando na premissa de que a disposição geral de amparo e respeito à personalidade está acalcanhada no parecer (atualmente) constitucional de salvaguarda da pessoa humana, qualquer condição em que a personalidade esteja presente, esteja legalmente prevista ou não, é de ser tutelada, sob pena de transgressão deste substrato máximo do ordenamento jurídico.

Aliás, sem o mínimo de garantia e de exercício das faculdades existenciais nos escopos de realização livre da personalidade, a pessoa humana, quando ameaçada ou vilipendiada, não se realizará plenamente enquanto ser em essência e substância.

Nesta tarefa de concretização da personalidade, se a pessoa humana também é abertura relacional, em compensação, o Direito não pode suportar a construção de uma tutela da personalidade que acolha o egoísmo, o direito de estar absolutamente só, o direito a uma privacidade exacerbada, o direito alheio à realidade ou despreocupado da comunidade.

Na verdade, o discurso sobre a personalidade, na homilia do jurista e nas representações sociais, não pode ter a sua natureza adulterada, não podem transformar-se em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros.

Aliás, é aí onde vigora, por vezes, o drama episódico hodierno da hermenêutica jurídica tradicional. Explica-se: se, por um lado, o Direito funciona como garantidor e paradigma jurisdicional formal e legalmente perfeito da realização da pessoa humana e de sua personalidade ou de um mínimo de condições existenciais dignas; em descompasso, haja vista as vicissitudes sociais, parece falhar quando, a despeito da ausência de ações positivas fáticas por parte Estado, não tem cumprido com a sua tarefa de afiançar o mínimo de justiça a um povo cujo peregrinar existencial não se situa com decência.

³¹⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215.

Certamente, poderão existir conjunturas em que o custo a ser pago pelo servilismo da pessoa a fetichismos clássicos torna-se oneroso. Isso é notório. Tal submissão, em certas searas, se levada a cabo, pode pressagiar a asfixia das intersubjetividades espontâneas e a homogeneização da conduta individual a partir de inventarias tidas como social ou politicamente corretas, à custa do pluralismo e do próprio calibre libertador que caracterizam os direitos e os deveres subjetivos no trato da personalidade³¹⁶.

Contudo, como certa feita, em versos simples, mas certos, conclamou Mário Quintana, é preciso ter em conta que "se as coisas são inatingíveis... / ora! Não é motivo para não querê-las"³¹⁷. Nada obstante, é justo porque existe o drama das vivências cotidianas que o desenvolvimento do Direito positivo deverá fazer-se inafastável jurisdicionalmente no tempo e no espaço vigente, ambicionando revelar as incidências que se contêm no dado absoluto, substancial e essencial da pessoa.

Não raro, igualmente, a promoção da personalidade está, assim, orientada a proteger não só a pessoa que é, mas também a pessoa que está chamada a ser. Nesse encargo de concretização e de realização da personalidade, o intérprete terá, quando chamado a elucidar matérias afetas à pessoa humana, que apelar para o conteúdo fundamental da existência humana ou a um profundo conhecimento da realidade sócio-pessoal³¹⁸.

Em suma, na modernidade contemporânea, mais que domesticar-se no conforto do lar, tornando-se pessoas extremamente privadas e alheias à realidade, a solidariedade, a doação ao outro, a responsabilidade por todos, todos estes traços, dentre outros, típicos da vida em sociedade, enfim, aparecem como reflexos da realidade ôntica e ontológica que o Direito é chamado a considerar e tutelar.

O papel das pessoas e da ordem jurídica é, então, não olvidar que, na tutela da personalidade, há prerrogativas e manifestações da pessoa humana, cuja razão de ser encontra acolhimento no singelo fato de sê-la. A simples omissão de respeito a tais deveres ligados a um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, viola, destrói, avilta a realidade personalíssima e humanitária do ser humano, que é o primeiro e principal interessado no seu cumprimento e em cuja esfera pessoal a obrigação de respeito e amparo se inscreve.

³¹⁶ Cf. CANOTILHO *apud* SARMENTO, ibidem, p. 269.

³¹⁷ QUINTANA, Mario. Das Utopias. In: **Poesia Completa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 2005, p. 213.

³¹⁸ Cf. ROLLA, Giancarlo, op. cit., p. 69, para quem: "Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, con base en la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. Del mismo modo que se puede apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho".

3.2.1 Vigor, proteção e promoção da personalidade

No seu exato vigor, a personalidade é vigência e, portanto, realidade. Obviamente que, uma vez havendo vilipêndio, rebaixamento ou desvalorização do núcleo ético e jurídico mínimo da pessoa humana, a sua dimensão relacional, por excelência, no entanto, acolhe verdadeiramente diversas situações jurídicas passivas, que não só limitam negativamente, como antes positivamente integram e potencializam a personalidade humana. Essa interligação, interdependência ou integralidade de manifestações afetas à personalidade faz com que essas categorias, ao nosso sentir, não permitam, como dito antes, absolutizações de conteúdo *a priori*.

Adriano de Cupis ensina, inclusive, que:

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.

Consonante excerto acima, não há criação de direitos que já não existam, mas tão somente o reconhecimento de que o princípio da tutela sem lacunas da personalidade implica também a afirmação de um dado direito singular que, com vistas na unidade da pessoa humana, também salvaguarde em igual guarida a sua integridade física, psíquica, emocional e existencial. Logicamente, maior parte dessas situações, faculdades e garantias personalíssimas são encontradas no acervo de relações intersubjetivas, que é sempre, no mínimo, binária e determina-se a partir do ser por referência ao outro, isto é, sempre em alteridade.

Em linhas gerais, a tutela da personalidade tem a ver com a coletividade e com a pessoa, com o Estado e com o cidadão, com o próprio e com os outros. Nela se encontram e coexistem harmoniosamente a tutela objetiva de prerrogativas e de obrigações, assim como também o direito subjetivo. Esse relacionamento entre direito objetivo e subjetivo da personalidade está maiormente ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio. Mais especificamente, a proteção e a promoção da pessoa humana, sem embargo dos direitos fundamentais e humanos, fazem-se pela via dos direitos da personalidade.

O trato dos direitos afetos a promover e tutelar a personalidade pode decorrer ora legalmente do direito objetivo por parte do Estado de proteção dessa personalidade, ora do próprio direito subjetivo por parte das pessoas de perseguir o não esbulho das manifestações de

sua interioridade, visando-lhe à integridade e ao seu personalíssimo desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral³¹⁹.

Transpondo esta realidade para o plano jurídico, a relação em alteridade que integra uma determinada personalidade pode configurar um dever-relação, que, realizando e concretizando as instâncias mais personalíssimas de determinada pessoa, ao mesmo tempo, respeita e promove estas mesmas dimensões na esfera alheia.

Assim sendo, não de outro modo, constitui o direito objetivo da personalidade a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, cuja *ratio* se funda em ideal de ordem pública e de bem comum, o que é imposto pela salvaguarda e pelo respeito da dignidade da pessoa humana. Esta, precisamente, não é apenas um valor axiológico e topográfico da ordem jurídica contemporânea, mas decerto, consonante a doutrina majoritária sobre o tema, um direito-dever de agir perante os outros – ainda que não se concorde necessariamente este trabalho, como se perceberá no capítulo vindouro, com essa premissa, a qual pressupõe uma visão, por vezes, totalitária da ideia de dignidade, calcada na ideia de fatalidade da humanidade, que não é nada boa e, por isso, precisa de proteção.

Logo, apesar da consideração acima, esse dever seria, em tese, indisponível e se situa no campo da heteronomia. Por outro lado, embora a ideia de personalidade decorra, doutrinariamente de uma cláusula geral de proteção e de promoção da dignidade, que, como dito, é tida por um direito-dever, em especial, no que toca à defesa da personalidade, como direito subjetivo, este trato é qualitativamente diverso. E, basicamente, diz respeito a uma prerrogativa absoluta que cada um tem de defender sua própria importância como pessoa, um dever de exigir respeito e de lançar meios dos instrumentos juridicamente lícitos para defesa de tal direito, cujo exercício depende da liberdade e autonomia de cada um³²⁰.

Subjetivo, esse direito-dever da defesa da personalidade é, por outro lado, também disponível, além de exercido independentemente da atuação do Estado e se encontra no campo da autonomia privada, além de juridicamente denotar uma posição do indivíduo livre, na sua qualidade de pessoa no Direito, perante as circunstâncias que o envolvem e perante as outras pessoas que o cercam e que poder estar em contato pessoal, familiar, profissional, de vizinhança ou de outra ordem qualquer ou tessitura.

³¹⁹ Na dogmática jurídica tradicional, os direitos subjetivos (*facultas agendi*) tem a ver com defesa da pessoa de seu próprio direito, ou seja, um dever de agir perante os outros ao mesmo tempo que um dever de exigir o respeito e a lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Já o direito objetivo (*norma agendi*) diz respeito a regulação jurídica relativa à essa defesa e cujas razões se fundam em questões de ordem pública, ou seja, é um conteúdo-dever, uma vinculação, cujo garante é o Estado no seu exercício de fazer valer e respeitar a lei e o Direito.

³²⁰ VASCONCELOS, op. cit., p. 53.

Porém, uma vez que comungados, direitos objetivo e subjetivo, isso revela que eles são em verdade uma disposição pessoal concreta da esfera da personalidade e da pessoa humana, e não uma posição abstrata, como, por exemplo, a de um cidadão na sua relação para com o Estado. Ou seja, não é a posição de qualquer indivíduo, mas daquela pessoa concretamente considerada, irrepetível e infungível, que se coloca à frente na defesa e na promoção de sua personalidade perante os outros, tidos em condições paritária de armas, isto é, é de coordenação, e não de subordinação³²¹. Isso decorre do fato de que uma construção totalmente objetiva da tutela da personalidade, que prescindia completamente do direito subjetivo, é redutora e omite a centralidade e autonomia nos desígnios da personalidade na pessoa do seu próprio titular.

De fato, referidos direitos da personalidade, sejam eles objetivos, sejam eles subjetivos, conferem ao indivíduo certo domínio sobre a própria vida, dentro dos limites da lei, no interesse da tutela da identidade e da individualidade, porque são reflexos, tal qual a própria nomenclatura designa, da pessoa humana, considerada em unitotalidade. Segundo, Pedro Pais de Vasconcelos, os direitos da personalidade:

São direitos que se deduzem exclusivamente da natureza humana. [...] A primeira qualidade do homem, e que abrange todas as outras, é a de pessoa, da qual resulta a dignidade moral e jurídica: podendo exigir dos outros que o não tratem como coisa, ou mero meio para fins arbitrários, senão como ente racional e exteriormente livre, que tem um fim próprio. Desta qualidade resulta um direito absoluto ou primitivo, que o homem tem sobre si mesmo e pelo qual diante dos seus semelhantes ousa viver e conserva-se com todas as vantagens, de que a natureza dotou a sua alma e seu corpo. Este direito pode chamar-se direito da personalidade, ou da vida na luta pela existência considerado no sentido subjetivo³²².

Consonante fragmento citado supra, acerca de referidos direitos, tem-se que eles não podem ser retirados da própria pessoa do sujeito e reservados ao Estado, porque a principal iniciativa e impulso da tutela da personalidade de cada um é a defesa da pessoa – de cada pessoa – justo contra a opressão do Estado e as agressões dos outros.

Nesse tocante, o direito subjetivo, mais que o objetivo, cumpre a importante tarefa de dar à esfera da personalidade um poderosíssimo instrumento de controle pessoa da intangibilidade da existência humana. Além disso, na forma da crítica, antes já adiantada contra o trato da dignidade, que muitas vezes é um direito-dever do Estado de garanti-la, não é suficiente clamar deste último que cumpra o seu dever de proteger a dignidade de cada pessoa.

Na esfera da personalidade, pelo contrário, jaz muito mais forte e eficiente que cada um exija o respeito da sua própria personalidade por si só, sem qualquer auxílio ou interferência estatal, a partir do pressuposto da autodeterminação existencial-pessoal de cada qual.

³²¹ Cf. VASCONCELOS, op. cit. p. 56.

³²² Cf. VASCONCELOS, op. cit., p. 14.

Avançando no tema, historicamente, diz-se que não foram os romanos que cogitaram primeiramente dos direitos aptos à tutela e a promoção da personalidade, mas sim os pandectistas alemães, através de Gierke, que denominou algumas prerrogativas fundamentais da pessoa, que têm por objeto bens pessoais (de direitos de personalidade), contrariando a doutrina tradicional que atribui aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade.

É o que ensina Francisco Amaral:

A teoria dos direitos da personalidade, ou direitos personalíssimos, é produto da elaboração doutrinária que se iniciou no séc. XIX, atribuindo-se a Otto Gierke a paternidade da denominação. Já se encontram, porém, nos primórdios da civilização ocidental, principalmente a que se desenvolveu no âmbito mediterrânico, alguns marcos históricos de expressiva significação na matéria. O Código de Hamurabi já estabelecia sanções para o caso de lesões à integridade física ou moral do ser humano³²³.

Atualmente, estes direitos da personalidade ganharam maior destaque, no plano nacional, como já denunciado nas linhas anteriores, quando se analisou o fenômeno de humanização por que passou o Direito Privado, a partir do atual Código Civil, ganhando um capítulo eminentemente especial dedicado a sua matéria, coadunando-se de forma sistemática e complementar com o texto constitucional já em evidência desde os fins da década de 1980, que tratava dos direitos de personalidade (na forma de direitos fundamentais) de forma fragmentada e esparsa, sob a forma de direitos humanos e/ou fundamentais.

César Fiúza nos apresenta esta contextura da seguinte forma:

No Brasil, a sede principal dos direitos de personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer implícita a cláusula geral da tutela da personalidade, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente³²⁴.

De toda maneira, a composição do que hoje se convencionou chamar direitos da personalidade se confundiu com a história dos direitos humanos e fundamentais, diante de sua basilar caminhada até os momentos hodiernos, sendo reconhecidos, primeiramente, como direitos objetivos, protegidos pelo Estado ou a cargo deste, e, inclusive, na sua natureza subjetiva, podendo ser invocados contra o próprio Estado, o que denota encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional, contemporaneamente verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto primigênio das lutas pela tutela dos direitos personalíssimos, posicionados no centro gravitacional de qualquer ordenamento jurídico que hoje se deseja social e democrático.

³²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 250.

³²⁴ FIÚZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. 11ª ed. ver. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 168.

Além dessa finalidade intrínseca e de estreita ligação com verdadeiros direitos e deveres, a promoção e a tutela da personalidade distinguem-se ainda pelo fato de visarem sempre a pessoa no seu conjunto, isto é, em integralidade, tendo sempre em vista a sua saúde, a sua segurança, sua integralidade e a sua dignidade.

Nesses casos, ao lume do caso concreto, a defesa da personalidade interessa para se que obtenha elementos da pessoa, como tal, ou, mais ainda, tem por objeto atos de execução suscetíveis de provocar em terceiros as reações desejadas pelo titular (como sentimentos de expiação, arrependimento, regeneração, intimidação). Logo, todos estes direitos visam, por conseguinte, à personalidade em sua forma conglobante, e não aspectos limitados dela, como utilidades ou propriedades de uma coisa.

Para Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, especificamente:

Dizer que pretensos direitos da personalidade tutelam bens que integram o conteúdo da personalidade, que são esses mesmos bens que constituem a personalidade, e que esta é, por sua vez, centro de imputação e pressuposto de aquisição de direitos, pelo que aqueles direitos não fariam sentido - valendo apenas o que estas valem - parece não convencer. Noutras palavras, os pressupostos da personalidade, recebida e reconhecida pelo Direito, como centro de imputação, não obstam ao imperativo, de ordem axiológica, de reconhecimento de uma dada tutela da personalidade, que não pode ser jamais degradada a condição de objeto³²⁵.

Na verdade, a proteção e a promoção da personalidade, numa primeira aceção, destinam-se, em maior ou menos nível, a fins do sujeito passivo, na posição de titular de direito, que participa naquele objetivo como próprio, e necessita, para bem de si mesmo, de que ele seja satisfeito. Em todos os casos, essa conjuntura de proteção e de promoção da personalidade se explica pela reunião na mesma pessoa de qualidades do interessado para consecução de certo fim e do chamado a cumpri-lo, o que é sempre justificável pela solidariedade dos membros da comunidade e pelo caráter difuso do bem comum, porém indissociável da pessoa humana.

Contundo, utilizando-se este critério, poder-se-ia chegar à errada conclusão de que, às vezes, alguns dos denominados direitos da personalidade não são verdadeiros direitos, ou que a realidade jurídica que lhes serve de objeto não está compreendida na noção de personalidade, ou que, estando, não preenche o conteúdo ético exigido para a valoração do direito.

A especificidade deste problema deriva de existirem direitos que se exercem por atos materiais ou psíquicos praticados sobre pessoas ou em prol delas, independentemente ou contra sua própria vontade. Pesa sobre tais direitos eminentemente personalíssimos e sobre as relações jurídicas por eles encampadas a fusão do bem próprio de cada membro com o bem de outras

³²⁵ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. **Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. v. 76. p. 205-50, 2000, p. 208.

pessoas existencialmente amparadas sob o mesmo manto de proteção, sem possibilidade de se distinguir o que é fim de uns e de outros ou o que é favorável uns aos outros.

Essa relação entre direitos e manifestações da personalidade a serem tutelados na esfera da pessoa, além de ôntica, é assaz orgânica e, inclusive, superior à mera operação lógica de subsunção do fato à norma, haja vista encontrar-se num mesmo ponto de referência, ou seja, estando algum aspecto ou desdobramento da personalidade em jogo, estabelece-se nitidamente a prioridade de ser dada a cada pessoa humana o mesmo espectro de tratamento, em razão da estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

No que concerne a essa institucionalidade orgânica das situações subjetivas, ditas hipóteses *intuito personae*, ligadas estruturalmente ao titular da personalidade, estabelece-se um liame tão estreito com o sujeito, que encontram exclusivamente nesta ligadura sua própria razão de ser ou a sua função e utilidade.

Desse modo, conquanto existam direitos fundamentais e humanos, previstos respectivamente amiúde em Constituições ou em documentos jurídicos internacionais, a promoção e a tutela da personalidade, via direitos a ela afetos, constituem mais uma figura híbrida destinada a realizar o bem comum em que todos os membros da comunidade participam e no qual não pode discernir-se qualquer coisa de exclusivo relativamente a algum deles, a não ser a exclusivamente a própria personalidade interinamente à natureza e à pessoa humana.

Aliás, é imprescindível, desde já, igualmente, confrontar direitos afetos à personalidade com os direitos sobre as coisas ou bens, isto é, com os direitos reais – *jus in re*, ou seja, referentes ao senhorio do homem sobre o mundo exterior ou que dizem respeito ao aproveitamento da realidade puramente com fins extrínsecos –, que recaem sobre o uso, a fruição, a posse, a garantia, a transformação, dentre inúmeras outras especificidades concernentes a bens móveis e imóveis.

O que importa, nesta hipótese, é basicamente o poder ou a propriedade que um titular de direito detém sobre algo, cabendo apenas aos demais o dever de abstenção, de precaução ou de respeito ao domínio. O mesmo não se pode dizer, porém, dos direitos afetos à tutela da personalidade, que se desenvolvem quase sempre, como dito, numa estrutura orgânica, que comunga pessoas e bens dela própria, seja em interioridade (quando a pessoa pauta autonomamente a própria existencialidade sem qualquer óbice), seja em alteridade (quando a pessoa desenvolve ou protege essa mesma existencialidade conjuntamente com terceiros).

A confusão entre bens personalíssimos e os bens reais resulta, antes, daquilo a que comumente se chama caráter de imediato dos direitos reais, realidade que se traduz na

possibilidade de o titular de um dado direito o exercer independentemente da colaboração de terceiros, exceto no caso de esbulho, turbação ou ameaça.

Explica-se: embora só a pessoa possa ser titular naturalmente de sua personalidade, essa personalidade só é realizada ontologicamente ou em alteridade. Em contraposição, os direitos reais valem por si sós, tem existência própria, bastando-lhes a posse legítima. Há quem acastele, inclusive, que a tutela da personalidade não envolva obrigatoriamente bens, porque isso, enfim, poderia apor a pessoa humana na condição de mero objeto. Mas essa não necessariamente a posição mais defendida na doutrina majoritária, frise-se.

Feitas esses esclarecimentos transversais – mais doutrinários que relevantes aos percursos desta pesquisa, passa-se a averiguar como, de fato, legalmente se dá a salvaguarda da personalidade pelo Direito em vigor.

No âmbito do Direito Privado (mesmo que referida divisão fundamental hoje não mais se sustente, conforme já asseverado em momento anterior desta pesquisa), a cláusula geral de tutela e de promoção, realização e concretização da personalidade está prevista na redação do artigo 11, do Código Civil que preleciona, excetuados os casos previstos em lei específica, o personalidade não sofrer, em regra, limitação voluntária alguma, garantindo-se, pois, seu livre desenvolvimento, sem quaisquer óbices ou determinismos da vontade alheia.

Deste âmbito geral de tutela e de promoção da pessoa humana, a proteção da personalidade pode ser didática e basicamente dividida em três núcleos. O primeiro deles diz respeito à salvaguarda primária dos aspectos essenciais da personalidade, quais sejam aqueles condizentes ao próprio direito à vida e à uma existência interpessoal minimamente digna, à integridade físico-psíquica, e também o direito a uma autonomia emocional, moral e jurídica, consequências e reflexos da própria e radical estrutura ôntica de um sujeito subsistente ou substancial em si mesmo por sua própria natureza.

O segundo centro de tutela é a realidade exterior da personalidade, equivalente à personalidade psíquica, ou seja, às qualidades e às relações, presentes em ato, numa determinada realidade pessoal, elementos estes trespassados de alto conteúdo ético, porquanto sejam manifestação e concretização da realização final da pessoa humana (p. ex. direito à própria identidade ou ainda à intimidade ou à reserva da vida privada).

Por último, mas não menos importante, no domínio do terceiro núcleo de tutela da personalidade jaz a sua a realidade potencial, na medida em que a pessoa humana é um ser em realização, aparecendo-lhe a vida como uma missão, uma tarefa, um desafio a ser mais, a construir-se aquilo que se é internamente ou em exterioridade.

Tais manifestações personalíssimas da existencialidade não deixam de guardar em seu bojo particularidades própria. Tratam-se, pois, de vetores ou manifestações da personalidade distintos, porém, intrinsecamente relacionados no todo ontológico, isto é, integral e indivisível que é a pessoa humana. Basicamente, a começar pela proteção do direito personalíssimo à vida, é notório que ela se apresente hoje como o bem mais importante da pessoa humana, sendo, inclusive, anterior ao Direito e sem o qual a pretensão de proteção da personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada.

Seu reconhecimento como primeiro predicado moral de todas as pessoas humanas foi externado, aqui no Brasil, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como sendo privilégio assegurado a todos os brasileiros natos ou naturalizados, bem como aos estrangeiros, residentes e domiciliados ou não no Brasil, sem distinção de qualquer natureza, não implicando dizer com isso que o assunto não tenha sido abordado anteriormente de maneira devida nas cartas magnas que precederam a constituição cidadã.

Essa proteção é tão ampla que está igualmente respaldada no âmbito civil, segundo o qual os interesses do nascituro são resguardados desde a concepção e, igualmente, no Código Penal, punindo-se cabal e veementemente os crimes atentados contra a vida, pondo-a em risco ou ameaça ou findando com a morte. Dessa forma, só há, assim, pessoa e consequentemente personalidade, eventualmente, se houver vida vivida em todas as suas potencialidades. E, de modo geral, a vida pode ser entendida como condição da existência de alguns seres como os homens, animais e outros organismos, marcada por um ciclo certo e definido, que envolve as fases do nascimento, do desenvolvimento, do envelhecimento sustentável e, por fim, da morte.

Na verdade, aos desatinos da personalidade apenas interessa a vida, a quem o Direito protege, no sentido de que é o traço mais fundamental do gênero humano, devendo a ordem jurídica pautar-se pelo respeito que lhe é devido. Diante disso, o direito personalíssimo à vida nada mais é, na verdade, como afirma Maria Helena Diniz, um dever de respeito à existência do próprio titular e de todos os demais, acompanhando o ser humano enquanto durarem as suas vivências, somente cessando com a morte³²⁶. Assim sendo, “todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser”³²⁷.

A proteção da vida, ao mesmo tempo, parte de uma visão global que é dar a qualquer que seja a pessoa segurança para que todas as suas premências basilares sejam atendidas, quais sejam essas urgências: as de amor, de beleza, de estética, de felicidade, de sustentabilidade, de liberdade, de respeito, dentre muitas outras. Não raro, fica evidente a influência do direito à

³²⁶ Cf. DINIZ, op. cit., p. 120.

³²⁷ Cf. SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 197.

vida na formação, existência e proteção dos demais direitos. É exato isso que asseveraram os versos como “a vida vale mais que a própria vida sempre renascida” de Carlos Drummond³²⁸. Demais disso, a importância da vida é tamanha que a tutela desse bem, enquanto direito, está igualmente amparada contra as mais variadas práticas vilipendiadoras de seu substrato, como pondera Carlos Roberto Gonçalves:

O valor da vida torna extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição, defesa esta que passa pela proibição de matar, de induzir ao suicídio, cometer aborto ou eutanásia, envolvendo ainda as práticas científicas da engenharia genética, no tocante, principalmente, ao transplante de órgãos humanos, transferência de genes, reprodução assistida, esterilização e controle da natalidade, bem como cirurgias plásticas, tratamentos médicos, práticas esportivas perigosas etc.³²⁹

Consonante excerto supracitado, por conseguinte, a tutela do direito à vida implica concomitantemente o resguardo de direitos personalíssimos afeto à integridade física, inserida na proteção do primeiro, que visa a resguardar o corpo e o intelecto do indivíduo, afastando qualquer lesão que impeça o regular funcionamento da realidade carnal, mental e espiritual humana, corpo este que é ambiente onde a vida se dá e acontece, razão por que restarem proibidos cabalmente os tratamentos indignos como a tortura, as penas de caráter perpétuo ou de morte, os trabalhos forçados e cruéis, entre outros atos atentatórios a existência.

O Código Civil, em seu art. 13, ratifica tal posicionamento, na medida em que, salvo por exigência médica, é defeso todo e qualquer ato de disposição do corpo que importar prejuízo à integridade física da pessoa, podendo uma pessoa cortar o seu cabelo ou por um piercing, por exemplo, mas não amputar uma perna ou ter o braço decepado, por livre e espontânea vontade.

Em especial, a tutela da personalidade do direito à integridade física é campo jurídico permeado de polêmicas haja vista que pairam, no cerne das discussões mais apaixonadas, diversos problemas éticos e legais, sendo a eutanásia, a prostituição, o transplante de órgãos, as cirurgias plásticas, bem como as modificações do sexo, além do aborto, quiçá, as questões mais conhecidas e palpitantes a permear as discussões mais bizantinas sobre o assunto.

Essa proibição de desrespeito ao corpo humano, encetada na legislação constitucional e civilista, é polêmica, já que o conceito de amparo à integridade física pode ser interpretado, à primeira vista, como uma ingênua norma quanto ao resguardo tão somente do corpo de um indivíduo, enveredamento este extremamente impróprio e simplório, em função da complexidade da *psiqué* humana, quando confrontada muitas vezes com o ideal de liberdade

³²⁸ Cf. ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia e Prosa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1979, p. 448.

³²⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 162.

para fins de disposição do próprio corpo, por exemplo, ou com os ideais de identidade e de estéticas da contemporaneidade.

Destarte, corpo humano, ente não só físico e biológico, mas personificador dos desejos humanos, no tempo presente, afigura-se senão como zona conflituosa na trama das relações travadas entre Estado e a condição individual de uma pessoa humana. Jaz relativizado quando da negação de quaisquer laços de titularidade sobre ele pelo homem ao menos dentro de uma lógica patrimonial ou legal, tendo em vista o controle social sobre os desígnios individuais em prol da proteção de interesses maiores clivados em determinada sociedade no que concerne a tutela da integridade física, da ordem pública e dos bons costumes.

Finalizando essa verificação de alguns dos tipos especiais afetos à proteção e a promoção da personalidade em todos os seus feixes, tem-se o direito ao nome, qualificador da identidade da pessoa humana. Dar nome ou nomear algo ou alguém é prática antiga, obviamente, datando antes mesmo do advento da escrita. As civilizações pregressas já o utilizavam, além dos desenhos e dos sons e dos sinais, para expressar a realidade que lhes circundava, uma vez que o homem é gregário por natureza e tem essa necessidade de qualificar o que se lhe apresenta e representa aos olhos.

Hoje o nome pode ser compreendido precipuamente – *lato sensu* –, como toda e qualquer palavra que sofre flexão nominal, dando denominação não só a substantivos, dentre eles as próprias pessoas, os animais, os objetos diversos – mas também a adjetivos, às formas dos verbos, enfim, às palavras, designando-as ou identificando-as. Em sentido jurídico, o nome figura, ao lado da personalidade, como ente particularizador personalíssimo, por excelência, de determinada pessoa perante as demais.

Assim, só se é nomeado porque existe, razão por que o nome é dado às pessoas desde o nascer, sendo conservado e protegido, em regra, até a morte e mesmo após esta. Do contrário, existindo, mas sem nome, uma pessoa não tem identidade ou cidadania, ou possui uma personalidade, digamos, em tese, mitigada. Maria Helena Diniz segue a mesma linha de pensamento ao informar que o nome, além de integrar a personalidade, é sinal exterior pelo qual se reconhece a pessoa no seio familiar à qual pertence e na sociedade em que estabelece a vida e coexistência³³⁰.

O nome é senão hoje marca distintiva da filiação, porque proveniente do pai ou de um antecessor comum. Silvio Rodrigues afirma representar o nome, sem dúvida, um “direito

³³⁰ DINIZ, op. cit., p. 209.

inerente à pessoa humana”³³¹, daí porque a lei o protege ao vedar o uso indevido, tutelando, certa maneira, a honra objetiva, que integra o gênero do direito à integridade moral, a qual traduz a proteção atinente, além da honra, à imagem, ao recato e à liberdade, prerrogativas estas complementares entre si conjuntamente ao nome.

O texto do art. 16, do Código Civil, dispôs ter toda pessoa direito ao nome, neles compreendidos o prenome e o sobrenome. Logo, por ser direito conatural, relativos à identidade de cada pessoa, o nome é recebido pela pessoa ao nascer. Esta última conserva-o até a morte, defluindo-se daí a prerrogativa de reivindicá-lo quando da negação de tal direito durante a vida, vez que predicativo individual ou próprio da pessoa, pela qual fica formalmente conhecida e chamada, e revelador da estirpe da qual ela procedeu.

Logo, analisados alguns predicados (acidentes externos) próprios da esfera da personalidade, em suma, à luz de todo o exposto até aqui, os direitos afetos à tutela, à promoção, à realização e à concretização da pessoa humana, comumente, dizem respeito à salvaguarda da vida e do corpo, da integridade psíquica e da identidade.

Todas as demais manifestações internas ou externas da personalidade decorrem dos direitos personalíssimos acima ponderados, a exemplo de bens jurídicos como os afetos ao âmbito da privacidade, da intimidade, da própria imagem, da honra, do recato, do segredo, da autoria, do aspecto intelectual, da livre opção sexual, da livre constituição de família, além do direito de exigir de terceiros o respeito a tais aparições da personalidade, classificação esta que é meramente exemplificativa, não sendo possível esgotá-la num *numerus clausus* ou elenco ou rol eminentemente taxativo³³².

Esses direitos, vide afiançado, basicamente são manifestações extrínsecas da personalidade em sentido amplo, isto é, diz respeito à personalidade a psíquica, não necessariamente sobrepujantes da personalidade ôntica ou propriamente dita, anteriormente analisada, mas que a complementam de alguma forma e os quais, mesmo assim, precisam ser tutelados sob pena de não ser considerada a pessoa humana no seu todo ontológico, unitário e fundamental.

Segundo Antônio Chave, tais direitos “constituem o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade”³³³, isto é, referem-se basicamente à essencialidade ou ligação de um conteúdo mínimo de direitos imprescindíveis ao desenvolvimento da humanidade de cada um.

³³¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 34ª ed. atual. de acordo com novo Código Civil. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

³³² AMARAL, op. cit., 246.

³³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

O posicionamento deste autor coaduna-se, diga-se de passagem, com a premissa sustentada por larga maioria da doutrina especializada sobre o assunto, segundo a qual os direitos da personalidade são direitos inatos, inerentes à condição humana, sem os quais a pessoa não subsiste dignamente, além de impostos através da natureza das coisas e que existem antes e independentemente do direito positivo as prevê em legislações escritas.

A reparação pelo vilipêndio de tais manifestações da personalidade constitui sanção moral, de modo que não há retaliação se não houver exteriorização da personalidade e paralelamente sua transgressão seja pelo seu titular como por terceiros no mundo fático, ensejando consequências no jurídico, como assevera a redação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, ao afirmar que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O art. 12, do Código Civil, arregimenta o comando constitucional, prelecionando ser exigível que se cessem todas e quaisquer ameaças ou lesões ou perigo de lesões à personalidade, acarretando a possibilidade de se reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras punições, antevistas em lei. Desse modo, frequentemente, a despeito do dano material, enquanto prejuízo econômico, não ser indenizável independentemente da prova da lesão patrimonial, ao contrário, o dano moral³³⁴, suportado pela vítima, é *in re ipsa*, o que dispensa comprovação da existência e da extensão do dano à personalidade, sendo presumível em razão do fato danoso ou ilícito, previsto no art. 186, da legislação civilista em vigor.

Dessa maneira, não se cogita, em sendo o dano moral, então, a necessidade de o postulante comprovar o prejuízo físico ou psicológico que teria experimentado na origem, ou afetado no seu âmago ou no seu nome ou na sua imagem.

Muitas vezes, essa tutela da personalidade se dá pelo intermédio de medidas cautelares, que possuam o condão de suspender os atos que ameacem, tolham, esbulhem e, no geral, desrespeitem a integridade físico-psíquica, intelectual e moral da pessoa humana, movendo-se, processualmente, em seguida, uma ação judicial que irá declarar ou negar a existência da lesão e que poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos a fim de ressarcir os prejuízos morais e patrimoniais da esfera personalística.

Disso resulta que a toda injusta ofensa à moral deve existir a devida reparação:

³³⁴ Cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 307. Na exegese do ilustre jurista Rizzato Nunes, dano moral é "aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo".

É possível retirar três linhas de proteção dos direitos da personalidade, adequadas às circunstâncias do caso, a cargo do juiz a quem forem requeridas: a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível. A primeira tem como finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas. De outro, estão os remédios diretos: os preventivos e os atenuantes, destinados a atuar no início ou após a consumação da ofensa, destinando-se a dentro do possível reduzir os efeitos da ofensa. (...) A indenização pecuniária mesmo que tenha um valor elevado, dificilmente apaga o sofrimento da vítima ou a memória da comunidade em que se insere. A dor da alma nunca mais se cura³³⁵.

Na apuração do quantum indenizatório da reparação, quando subsumível a valor pecuniário, o juiz deve utilizar-se de critérios razoáveis e proporcionais para se aferir o dano causado à vítima titular de um direito personalíssimo, com o fim de evitar o enriquecimento indevido de uma parte em detrimento da outra. Não se trata aqui de realizar um mero cálculo matemático ou valer-se de planilhas jurisprudenciais, a exemplo das que já foram existentes no âmbito de tribunais superiores brasileiros que tentaram balizar um valor exato para a dor humana experimentadas. Contra esse tipo de postura, revolta-se inclusive o viés desta pesquisa, no sentido de que a pessoa não é apenas um rele pedaço de carne eventualmente exposto em prateleiras jurídicas ou passíveis de preço.

Na verdade, na reparação do dano à personalidade, não se trata de pecúnia *doloris*, ou *praetium doloris*, mas da satisfação de ordem moral, que não necessariamente ressarcir prejuízos e danos, abalos e tribulações irreversíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento pelo Direito do valor de importância desse bem personalíssimo afetado, o qual é a consideração moral, que se deve proteger tanto quanto senão mais do que os bens materiais e interesses alhures que a lei eventualmente protege. Daí porque a doutrina qualifica a falsamente denominada “indenização” por danos imateriais (como o moral) de “compensação”; afinal, o dano não é indenizado, mas meramente atenuado em suas consequências.

Por mais que realizar essa tarefa de quantificação da ofensa material e, sobretudo moral, seja muitas vezes difícil, o intérprete, em razão da vedação do *non liquet*, terá então que encontrar, dentro do sistema, soluções positivas e diversas reconduções dogmáticas da figura em análise, que poderão ser gênese de novas construções técnico-formais, o que não pode acontecer perdendo-se de vista a unidade ontológica da pessoa, desde que o faça fundamentadamente e com base em regras já existentes no sistema, sob pena de banalização ou enfraquecimento do conteúdo ôntico da personalidade³³⁶.

³³⁵ VASCONCELOS, op. cit., p. 127-128.

³³⁶ Cf. ROLLA, Giancarlo, op. cit., p. 77, para quem: “Una interpretación que relegue dichas fórmulas al rango de una mera expresión que resume y anticipa el catálogo de los derechos contenidos en los artículos sucesivos, se muestra como poco convincente. Por un lado, porque una interpretación rigurosamente selectiva acaba por no considerar a la persona en su unidad, tutelando los concretos perfiles de la misma más que a la persona humana en la totalidad de las manifestaciones que concurren a definir su personalidad. Por otro lado, porque dicho

Ainda, é salutar suscitar que a importância da indenização, muitas vezes, levando-se em conta o da condenação em danos, vai além do caso concreto, posto que a sentença tem alcance muito elevado, na medida em que traz consequências não só para esfera particular da vítima, mas para todo o Direito e para toda a sociedade, embora haja quem discorde e ache questionável esse caráter ou viés punitivo e/ou educativo da indenização em danos morais, mais balizando uma funcionalização compensatório acerca do instituto. Segundo Venosa:

Há função de pena privada, mais ou menos acentuada, na indenização por dano moral, como reconhece o direito comparado tradicional. Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como corre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa".³³⁷

Para Rui Stoco, a criação de uma função punitiva através da jurisprudência se apresenta como uma anormalidade da dogmática jurídica:

Seja como for, em sistemas jurídicos derivados da doutrina romano-canônica, como a nossa, apresenta-se como verdadeira anormalidade, posto caracterizar-se como um misto de pena civil e sanção penal, de natureza pecuniária, considerando que assume o objetivo precípuo de punir o sujeito causador do dano³³⁸.

Na mesma esteira, Carlos Roberto Gonçalves, arregimenta que a função punitiva por danos morais não corrobora das peculiaridades próprias do Direito brasileiro, no sentido de que a importação de uma teoria da punição, a exemplo da adotada nos países de diretriz do *common law*, não atenua, no caso da atividade de deliberação jurídica no Brasil, o cumprimento do dever ínsito à norma, na maneira como ela foi concebida, vejamos:

Não se justifica, pois, como pretendem alguns, que o julgador, depois de arbitrar o montante suficiente para compensar o dano moral sofrido pela vítima (e que, indireta e automaticamente, atuará como fator de desestímulo ao ofensor), adicione-lhe um 'plus' à título de pena civil, inspirando-se no *punitive damages* do direito norte-americano. É preciso considerar as diferenças econômicas, raízes histórias e costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes de que se acham investidos os seus juízes e ainda o sistema de seguros dos Estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte-americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislado, a qual está expressa no preceito constitucional de que

planteamiento se contradice en algunos ordenamientos con el propio dictado constitucional, el cual reconoce explícitamente la existencia de ulteriores derechos fundamentales. Por contra, una interpretación abierta de las referidas fórmulas lingüísticas se revela como demasiado incierta y abandonada a una discrecionalidad excesivamente amplia del intérprete, que puede derivar en un excesivo subjetivismo. En consecuencia, es necesario buscar un punto de equilibrio satisfactorio".

³³⁷ Cf. VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 340.

³³⁸ Cf. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10.ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 1925.

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei³³⁹.

Entretanto, em que pesem as citações acima, no sentido de crítica a função punitiva dos danos morais, no caso de ofensa à personalidade, a o posicionamento desta pesquisa é de não concordância, com tais apelos. Nesse sentido, aqui credita-se, justificável até a exacerbação do *quantum* da indenização, com vistas na gravidade da ofensa à honra do titular da personalidade, de modo que os efeitos sancionadores da sentença só alcançarão sua finalidade se esse *quantum* for suficientemente razoável a ponto de apenar a parte mais forte da relação e, assim, coibir que outros casos semelhantes aconteçam novamente.

Ou seja, se, por um lado, a paga em pecúnia deve proporcionar ao ofendido uma satisfação, uma sensação de compensação capaz de amenizar a dor sentida, em contrapartida, deverá também a indenização servir como punição ao ofensor, causador do dano, incutindo-lhe um impacto tal suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado.

No mais, quando se aborda a proteção e a promoção da personalidade, a fundamentação da dogmática da tutela geral da pessoa humana, no escopo ontológico de tudo que já fora mencionado até aqui, só pode ser reconduzida a um substrato de humanidade, que, no mínimo, requer seja sustentável. Nessa perspectiva, assim, só poderão configurar direitos personalíssimos aqueles elementos da personalidade ôntica da pessoa nos quais se encontrem igualmente a tópica de sua dimensão ética, expressa na categoria da realização e da concretização das manifestações da subjetividade, desse modo, os dados da personalidade psíquica (exteriores ou extrínsecos ou meros acidentes) complementando a propriamente dita.

Tal dimensão ética da personalidade não depende, em regra, precipuamente, da colisão, potencial ou efetiva, com direitos de terceiros, mas tão somente de verificar se as aparições da personalidade se ordenam ou não à realização do ser-pessoa. Essa plena proteção, promoção, realização e concretização da personalidade, reitere-se, não se confundem atualmente com os solipsismos ou personalismos éticos de outrora. A tutela da personalidade não serve tão somente para facultar uma realização subjetiva e autônoma do indivíduo, dependente da sua ideia e consciência de si, serve, outrossim, para permitir e assegurar ao homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização.

Por derradeiro, na atividade hermenêutica de ponderação do conceito substantivo de pessoa, arrisca-se necessariamente uma determinada visão antropológica, porém, não cabem neste interregno ecletismos, reduções simplistas, vias compromissórias por parte do magistrado

³³⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 677.

a cargo da definição de personalidade no caso concreto. A fundamentação ou justificação legal da tutela geral da personalidade e, por consequência, da própria pessoa humana exige recurso abundante por parte do jurista à *sapientia* teleológica, pois, sobre a questão do que e de quem é a pessoa humana, ele tem, necessariamente, que tomar partido.

Esta recondução dogmática e, sobretudo, hermenêutica, não nos aparece como um ponto de referência vago e longínquo. Na verdade, entre a realidade substantiva da pessoa humana e a realidade positiva da tutela da personalidade, o jurista apenas não encontra formalmente outros pontos de apoio dentro do sistema. O conceito substantivo de pessoa é, assim, chamado a intervir em cada passo da realização desta pessoa integral na disciplina jurídica, que deve incumbir-se de preservar o mínimo de humanidade nas instâncias do ser-existencial em continuidade a partir de cada preceito legal, cada exercício interpretativo, cada ponderação.

3.2.2 Normatividade relativa da indisponibilidade (dos direitos) da personalidade

São características basílicas dos direitos e deveres afetos à tutela, à promoção, à realização e à concretização da personalidade a inalienabilidade, a intransmissibilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade, dentre outras. Diz-se que tais direitos, na esteira do antes mencionado, configuram-se conaturais à pessoa humana porque adquiridos e reconhecidos no e após nascimento com vida. Ainda, eles também são *erga omnes, excluendi alios* ou absolutos já que, oponíveis contra todos, exigem um comportamento negativo da coletividade; além de vitalícios tendo em vista que valem enquanto durar toda a vida e mesmo após ela, haja vista a proteção *post-mortem* de tais direitos.

A inalienabilidade e a intransmissibilidade dos direitos personalíssimos se traduzem no fato de que os direitos de personalidade não podem ser transferidos a outrem de forma gratuita ou onerosa. Relacionada a tais aspectos, existe a irrenunciabilidade, que trata da impossibilidade ao ordenamento jurídico de reconhecer a manifestação volitiva de quem desejar abandonar o direito que lhe pertence. Carlos Roberto Gonçalves ressalta, noutros dizeres, a qualidade da indisponibilidade de tais direitos, em virtude de que não podem os titulares transmiti-los a terceiros, abandonando-os, posto serem inseparáveis ou não destacáveis, em regra, dos sujeitos que lhes dão existência³⁴⁰. Por essa mesma razão, diz-se que os direitos de personalidade são também impenhoráveis.

³⁴⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 156.

Por último, a imprescritibilidade dos direitos da personalidade, como o próprio nome dá as pistas, é qualidade do direito sobre o qual não incide prazo de prescrição, que é a perda do direito de ação em razão de um não agir processual no decurso do tempo, ou seja, o direito resta juridicamente desprotegido, em função do não uso de algum instrumento legal ou processual durante o vencimento recomendado.

No caso dos direitos de personalidade, o atributo, em questão, fica evidente, quando abaliza tais prerrogativas não se extinguirem ou se esgotarem pelo decurso do tempo tampouco pela inércia na pretensão de defendê-los. Mais precisamente, a título de exemplificação, inclusive, o artigo 20, parágrafo único, previsto no Código Civil, por exemplo, trata da proteção *post-mortem*, ao autorizar a família (o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes) a proteger e/ou proibir a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem do morto que, necessariamente, atingirem alguns dos direitos inerentes à personalidade do *de cujus*.

Com certa obviedade, as manifestações da personalidade não são totalmente absolutas. É possível destacar nos direitos e deveres a ela afetos o traço característico da relatividade. É o caso, por exemplo, dos direitos autorais e relativos à imagem, os quais a avaliação pecuniária é permitida em alguns casos. Como também o caso das disposições do corpo humano por exigência médica, desde que não importe diminuição permanente da integridade física ou contrarie a ordem pública e os bons costumes.

Entretanto, a posição ora suscitada tem orientação diversa, embora minoritária, segundo Silvio Venosa, o qual sustenta serem as situações que se amoldam à regra mencionada meramente contratual, nada tendo a ver com a cessão de direitos da personalidade³⁴¹.

Analizados os predicados acima, a complexidade das questões atinentes à irrenunciabilidade ou ilimitabilidade dos atributos intrínsecos à personalidade, a partir da consideração dos espaços de decisão pessoal de cada qual, está justamente no fato de que, reconhecendo a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade e a possibilidade de pautar os interesses existenciais, como substrato material e personalíssimo da pessoa humana, impostos a sua própria natureza e condição, emerge a questão de um suposto livre desenvolvimento da personalidade a partir da admissibilidade do poder de disposição de tais direitos, uma vez que, segundo Pontes de Miranda, “à base de todo direito de liberdade está a personalidade”:

³⁴¹ Cf. VENOSA, op. cit., p. 172

“A liberdade humana, como fato, entra no mundo jurídico (...). O campo das liberdades direitos da personalidade não é campo indiferente; a liberdade entra, como suporte fático de regras jurídicas, no mundo jurídico, aí nasce o fato jurídico da liberdade e aí se produzem os direitos da personalidade”³⁴².

Outrora, houve, neste trabalho, inúmeras tentativas de assinalar a liberdade ou poder de disponibilidade como algo aquém do ordenamento jurídico, sob o raciocínio de que o exercício da autonomia existencial por seus próprios titulares seria irrisório ou até perigoso ao Direito.

Todavia a própria distinção entre fatos ilícitos e lícitos não só põe em xeque o tentame acima detalhado, como também permite a crítica a tal premissa de delimitação da liberdade, já que os fatos lícitos e, portanto, também livres importam ao mundo jurídico.

Tanto é verdade que o livre exercício e desenvolvimento da personalidade também estão abarcados, nesse diapasão, pela tutela positiva que é lhe diuturnamente conferida pelo ordenamento jurídico, em razão de não ser ato ilícito qualquer tentativa de eliminar a violência em relação ao outro ao mesmo tempo em que se busca proteção em relação a si mesmo.

Noutras palavras, não se é livre para escolher tudo, mas se é livre para fazer tudo quanto esteja de acordo com a condição e a capacidade humanas de agir, graças ao autoconhecimento e à autonomia que toda pessoa possui de si mesma, levando-se em conta as condições e a circunstâncias de seu ser e devir:

É pela necessidade da essência ou do ser da substância que toda pessoa age e por isso sua ação flui espontânea e necessariamente dela mesma. Seu agir é uma necessidade livre ou uma liberdade necessária porque a necessidade não é um poder externo que a força a agir, mas é apenas a lei interna de sua própria ação, lei que ela dá a si mesma. (...) Em outros termos, a liberdade não é um poder incondicionado para escolher – a natureza não escolhe, a substância não escolhe, o espírito não escolhe –, mas é o poder do todo para agir em conformidade consigo mesmo, sendo necessariamente o que é e fazendo necessariamente o que faz³⁴³.

Essa liberdade de agir, de definir o próprio comportamento na vida quotidiana, de perseguir projetos existenciais, de pautar os desígnios e as manifestações da personalidade, assegurada amiúde pelo Direito, enfim, liga-se umbilicalmente com o pressuposto de que liberdade e autonomia são conceitos absolutamente conexos e integrados à personalidade, mas não são sinônimos, posto que o exercício da autonomia é uma das manifestações da liberdade, guardando entre si, qual seja, um denominador comum: a pessoa humana plenipotenciária, no seu afã de autorrealização existencial.

³⁴² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000, p. 29-30.

³⁴³ Cf. CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 335.

Caso caiba a definição da liberdade, em linhas gerais, num conceito que se filia aos desígnios deste trabalho, qual seja de relativa livre disposição de personalidade aos escopos da existencialidade, aquela, então, jaz enquanto faculdade de fazer o que a própria condição humana determina, podendo a pessoa atuar livremente na esfera da licitude.

Essa concepção de liberdade leva em estima que o possível não é apenas alguma coisa experimentada ou apreendida subjetivamente por todas as pessoas. Esse possível nem sempre é determinado nos campos em que se espalha a vida humana. Antes, é também algo inscrito objetivamente no peito da própria necessidade, sugerindo que o curso de uma situação, até mesmo, pode ser mudado em um dado momento e sob certas circunstâncias, ante a eventualidade e a angústia das escolhas quotidianas, sejam elas naturais, psíquicas, coletivas, culturais ou históricas³⁴⁴.

O que significa, porém, não estar o exercício da liberdade exato condicionado pela prescrição jurídica, haja vista a pessoa humana poder agir desprendidamente, em determinadas situações, arrolando a própria conduta em rigorosa observância a certos comandos, a despeito de outras vezes, não necessariamente.

A liberdade figura, isso sim, como sendo a habilidade para intuir as possibilidades e poder realizar ações que mudam o curso das coisas, dando-lhe outra direção ou outro sentido. Desse modo, afirma-se que o direito à liberdade – e além de todas as possibilidades existenciais daí advindas – se, juridicamente tutelado, não pode ter um conteúdo típico, sob pena de incidir na negação dele próprio. Ou seja, se a liberdade pode (e deve) ser entendida como um poder de autodeterminação existencial, que a pessoa exerce sobre si própria, autorregulamentando sua vida solidariamente, seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, suas idiossincrasias, sua vontade, tanto na ação quanto na omissão, determinando os valores que são válidos para si própria, trata-se de uma prerrogativa ou faculdade ou até, por vezes, um dever de ser chamado a ser o que se é, o qual, em sua natureza, admite direções e escolhas feitas única e exclusivamente pelo próprio titular de tal direito.

Desse modo, a liberdade, em termos de exercício e realização da personalidade é seu substrato primeiro e mais básico, além de estar relacionada a:

“Capacidade para darmos um sentido novo ao que parecia fatalidade, transformando a situação de fato numa realidade nova, criada por nossa ação. Essa força transformadora, que torna real o que era somente possível e que se achava apenas latente como possibilidade, é o que faz surgir uma obra de arte, uma obra de pensamento, uma ação heroica (...), uma resistência contra tirania e a vitória contra ela. O possível não é pura contingência ou acaso. O necessário não é fatalidade bruta. (...) Nosso desejo e nossa vontade não são incondicionados, mas os condicionamentos

³⁴⁴ Cf. CHAUI, op. cit., p. 336.

não são obstáculos à liberdade e sim o meio pelo qual ela pode exercer-se. Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade (...), direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência”³⁴⁵.

Embora não tenha conteúdo típico ou taxativo, a liberdade afeta ao exercício e à realização da personalidade é chancelada legalmente pela premissa de que ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira, bem como, diferentemente, pode o titular da personalidade praticar qualquer ato que não seja proibido e, desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrário a boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado.

Nesse sentido:

A própria ideia de personalidade suscetível de desenvolvimento assenta uma concepção de pessoa, como a de Mirandolla, em que o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser auto-constituente. A pessoa nesse sentido se desenvolve naquilo que é, naquilo que vai sendo, e naquilo que virá a ser. Essa possibilidade, quase divina, é inerente à própria natureza humana, é-lhe constituinte. Mas tal premissa só pode subsistir enquanto não colidir com os direitos dos outros, com a ordem legal e a moral (ou bons costumes).³⁴⁶

Ao lado da ideia de liberdade afeta ao desenrolar da personalidade humana ou de uma livre disposição relativa da existência, existe também espaços para legitimação da autonomia, cuja conceituação é tarefa árdua, diante das díspares concepções que desta intentada podem surgir e dos consecutivos desenrolares críticos que permeiam a temática.

Abundantemente, inclusive, utilizaram-se a teoria e a prática jurídica, durante muito, a autonomia privada e a autonomia da vontade como sinônimos, compreendendo o poder que cada um possui de autodeterminação dos seus comportamentos pessoais.

Esse poder de autoconformação ou de autodeterminação pessoal do ser humano no mundo é seqüela do tradicional reconhecimento do *status* de ser pessoa pelo meio social e, conseqüentemente, pelo fenômeno jurídico. Reconhecida aos membros de um grupo a qualidade de *persona*, iguais formalmente, perante a lei, e autônomas, a vontade, como antes analisado, passou a ser o substrato das relações negociais e da imperatividade das obrigações consorciais assumidas perante terceiros.

Essa conjuntura, obviamente, muito foi lastreada por esforços liberais, nos séculos passados em plena ascensão. Especificamente, nessa quadratura ou no âmbito de uma sociedade onde os membros se reconheciam como iguais, aliás, um ideal de heteronomia não poderia

³⁴⁵ Cf. CHAUI, op. cit., p. 339.

³⁴⁶ Cf. VASCONCELOS, op. cit., p. 75.

fundamentar ingerências na esfera individual alheia. Portanto, somente a vontade individual poderia ser concebida como fonte de direito e de dever. Nesse sentido, a ideia pura de vontade livre e sem quaisquer entraves ideológicos, nem mesmo políticos ou jurídicos, como dogma do liberalismo e princípio da moralidade, foi paradigmática.

Definitivamente, a maior influência desta concepção de vontade é de origem kantiana. Assim sendo, vontade revelaria senão “toda a faculdade de ser causa das próprias representações”, mais precisamente, “a capacidade de agir segundo os próprios princípios, a quem caberia a lei apenas assegurar”³⁴⁷:

“(Autonomia) é a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral e intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou vontade de outrem com ausência de autonomia. O heterônomo recebe do exterior as leis reguladoras de sua conduta, enquanto que o autônomo rege-se através de um regramento próprio e interno”³⁴⁸.

Em suma, como já anteriormente analisado, a filosofia de Kant compreendeu a autonomia da vontade como imperativo categórico de ordem estritamente moral, chegando-se a afirmar que a vontade individual seria a única fonte de toda a obrigação jurídica, preceito este que conformou toda uma tônica obrigacional da Modernidade.

E, até aqui, aparece-nos bastante clássica a ideia de que a autonomia da vontade era, portanto, principalmente nos idos oitocentistas, o postulado mais caro e capital do Direito liberal, pelo qual o agente tinha a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma, os valores monetários e os efeitos, sem qualquer traço de sentimento. Seu campo de atuação (da vontade) foi, ademais, durante muito, por excelência, o direito obrigacional ou contratual, aquele em que o agente podia dispor como lhe aprouvesse os domínios em que se espraiava a vida.

Esse modo racionalista de pensamento é onipresente e parece ser natural e inevitável. A tradição racional, envolta de vontade e desejos que não encontram muitas vezes limites, provou igualmente ser sedutora, porque prometeu, com certo grau de certeza, aliviar as pessoas da ansiedade causada pela nebulosidade e pela dúvida. Digamos, contudo, que a posição *kantiana* é um bom exemplo dos limites da razão pura aplicada à ideia de vontade. Aliás, é um arquétipo clássico de como a falta de emoção ou de como a existência de uma racionalidade absoluta levam ao comportamento autodestrutivo e perigoso, porque pende a gerar pessoas humanas que

³⁴⁷ Cf. FERNANDEZ, Paulo Cezar. **A liberdade segundo Kant**. Marília: Jônia, 2009, p. 30.

³⁴⁸ Cf. Érico de Pina Cabral, in: RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito civil: Atualidades II** (coordenação: César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.

carecem de empatia ou de emoção, pautando suas existências em desejos ou vontades absolutas ou reguladoras, como a própria história da humanidade provou, a ponto de não viverem vidas bem planejadas e lógicas, à maneira da estética friamente racional.

No máximo, vivem vidas tolas, meramente andarilhas e desprendidas de qualquer sensibilidade ou compaixão; e, em casos extremos, tornam-se tais pessoas sociopatas, intocadas pelo barbarismo e incapazes de sentir a dor dos outros. Nesse sentido, referida esfera da tomada de decisões, que se imbrica na noção de liberdade e, sobretudo de personalidade, leva a algumas verdades essenciais, tal qual a de que razão e emoção não são separadas ou opostas, portanto, na realidade, uma se aninhando ou dependendo da outra. O resultado dessa resolução, obviamente, não derruba o senso comum.

Porém, partindo-se, por outro lado, justo dessa análise prévia que se fez, no primeiro capítulo, do colapso das principais bases como que foi edificada a Modernidade, fica mais fácil, agora, entender o porquê de atualmente não mais subsistir essa faceta intangível da vontade, que, sem dúvida, hoje, mais diz respeito a algo substancialmente diverso da compreensão que se fazia de tal instituto outrora. Viu-se exaustivamente, em vários momentos desta pesquisa, que essa pretensão de absolutidade da vontade foi responsável pelo surgimento de severas desigualdades e dos mais variados desequilíbrios sociais.

Isso porque a história mostrou bem como o exagero desse desejo de liberdade não mais se compatibilizava com as verdadeiras necessidades da humanidade, obliterando deveres de reconhecimento e respeito mútuo entre as pessoas. A consequência dessa tônica foi que o choque, entre o ideal e o concreto, entre o formal e o material, provocou a superação do dogma da vontade como o cerne da liberdade juridicamente tutelada.

Desse modo, o substrato dessa vontade, maiormente livre e desimpedida de quaisquer embaraços, passou a se assentar no reconhecimento jurídico de um ato volitivo relativamente disponível e compatível com o interesse público, a lealdade e a boa-fé e a denotar senão uma faceta positivamente reconhecida da proteção e da promoção da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade.

Destarte, malgrado o uso do dogma da vontade para fins meramente patrimoniais ou escusos durante a Modernidade clássica, atualmente, existe a possibilidade de dessemelhanças no que diz respeito a acepção jurídica de tais institutos, sobretudo em vistas do fenômeno da constitucionalização dos ramos do Direito, em especial do Direito Privado, processo este que tem impulsionado o pensamento de que o sistema jurídico é algo que se reconstrói, renasce e não reluz pronto e acabado, mas sempre se encontrando à disposição das pessoas e da sociedade, enquanto um instigante horizonte de reflexos não só jurídico, como também sociais e éticos.

Quanto a esse aspecto de transformação de tônica:

Na esteira do que se disse sobre o princípio do desenvolvimento da personalidade, emerge a autonomia privada como inarredável decorrência de uma noção mais ampla de liberdade, o que toca afinal, a dignidade humana. Se a cada indivíduo se reconhece a prerrogativa de ser e de tornar-se o que bem entender, a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de facultar a cada pessoa modelar o sentido de sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios. A autonomia, assim, assume a função de consagrar e impulsionar a individualidade de cada pessoa.³⁴⁹

Igualmente, o professor Adriano Godinho Marteleto afirma que atualmente:

“A autonomia exprime a noção de que às pessoas se confere a liberdade de se ditarem as próprias regras. Quer isto dizer que 'a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global'. Cada qual preenche e satisfaz, à sua maneira, seus interesses, servindo os negócios jurídicos como instrumento para colimar tal fim, desde que não contrariem os ditames da lei e da ordem pública”.³⁵⁰

Não obstante, conforme posicionamentos doutrinários acima, hoje, quando autonomia se refere especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, fala-se, ao invés de autonomia da vontade, em autonomia privada, ou, mais precisamente, em autonomia privada existencial. Ou seja, a autonomia persiste como um princípio básico da ordem jurídica e, sobretudo, da ideia de liberdade, conferindo aos particulares o poder de disposição de seus interesses.

Todavia, não é mais considerada como um poder absoluto, onde a vontade, o desejo e os interesses reinam de forma perigosamente ilimitada. Substancialmente alterada em face dos influxos sociais e do reconhecimento de que o ser humano é a pedra angular da eticidade relacional, a autonomia existencial deve ser entendida para além de uma identificação exclusiva com a liberdade contratual, já que, antes, é domínio de que a pessoa humana dispõe relativamente ou possui para autorregulamentar seus interesses pessoais na concreção de um projeto espiritual-existencial afeto à própria subsistência:

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividade que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas³⁵¹.

Isso se torna indiscutível na medida em que o poder de autorregulamentação dos interesses pessoais é decorrente do próprio ideário de ser pessoa humana no Direito e de suas

³⁴⁹ Cf. GODINHO, op. cit. p. 97.

³⁵⁰ Cf. GODINHO, op. cit. p. 91.

³⁵¹ Cf. PERLINGIERI, in: RÜGER; RODRIGUES, op. cit., p. 18.

dimensões protetiva, promocional e prestacional e também do percurso andarilhado pelos domínios da atividade humana, que não são apenas econômicos. Não raro, hoje, os preceitos envoltos em torno da dinâmica da liberdade e da autonomia, existenciais e personalíssimos, por sua própria natureza, justificam a resistência da pessoa concretamente considerada à intromissão do Estado e de terceiros no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser honrada, feliz, sustentável e mais humanizada.

Daí porque a defesa da personalidade, como antes ponderado, é um direito subjetivo por excelência. E, como tal, constitui uma das principais manifestações da liberdade e consequentemente da autonomia privada existencial, que, no exercício do direito à realização e à concretização da personalidade, tem dois aspectos principais: a da iniciativa na defesa da personalidade e a da autovinculação à sua própria limitação ou compressão.

No primeiro caso, o titular da personalidade é livre para exercer o seu direito ou de abster-se de o fazer. Essa liberdade é reveladora da autonomia do titular o qual pode decidir, sozinho e livremente sobre o exercício ou não de um dado direito ou prerrogativa, sem estar vinculado a alguém heteronomamente. No segundo particular, no cumprimento da função social ou solidária, também ínsita à ideia de personalidade, o titular do direito de personalidade pode autovincular-se à limitação ou à compressão do seu direito, mas essa dedução muitas vezes acontece em vieses de alteridade ou de intersubjetividade ou de condições espaciais ou temporais, isto é, sempre em face de outros seres ontológicos relacionais.

Com frequência, nessa última hipótese, a ideia de que outro dotado de personalidade existe não só provoca a transcendência do interesse puramente individual, como potencializa essa mesma individualidade por meio do reconhecimento e da participação de todos em uma realidade intersubjetivamente compartilhada³⁵².

Noutras palavras, na realização e na concretização da pessoa humana, verifica-se uma tendência socializante, nitidamente encontrada no plano social e institucional-jurídico que lhe dá guarida, mas que é mediada não insularmente, e sim em função do outro, que também possui relevância e precisa ser protegido contra ingerências dos mais fortes, quando do exercício intersubjetivo da personalidade, dos processo de individuação ou de reconhecimento de identidades próprias e, sobretudo, das manifestações mais personalíssimas do ser humano.

Ainda que, obviamente, esse exercício da existencialidade e da humanidade sofra influências ou condicionamentos dos meios histórico, econômico, político, jurídico e cultural, neste intento, ou seja, de participação do outro que se nos assemelha na concretização da

³⁵² Cf. RÜGER; RODRIGUES, op. cit., p. 20.

personalidade, essa hipótese da alteridade não necessariamente desvaloriza a pessoa enquanto unidade e totalidade. Em verdade, a contextura abre um leque de possibilidades para as pessoas, seres gregários que são, entabulem suas relações interpessoais, inclusive jurídicas ou não, sem quaisquer engessamentos, o que sobretudo acontece através de ações humanas voluntárias.

Em última instância, no passo dessas escolhas, livremente consentidas, resta valorizada a personalidade, na medida em que convalida-se as amplas possibilidades de realização de um ser em continuidade e humanamente considerado, que assume o controle de sua própria história, promove a reforma dos acontecimentos e reconstrói, em vivências, as próprias relações, não como simples aporte ou instrumento de situações fáticas que se amoldam às assunções jurídicas, mas como o principal agente dessas transformações.

Isso é inequívoco e muito se dá diante da simples afirmação de que a pessoa humana tem o direito de exercitar cotidianamente seu poder de decisão sobre seus próprios interesses, de desenvolver-se conforme seu projeto de vida, principalmente no que toca a personalidade, a qual, garantida, não é evento prontamente acabado. Todas essas possibilidades, com certa obviedade, dão-se não irrestritamente, mas de maneira ponderada.

Se se deve respeitar as escolhas que as pessoas fazem para si mesma em relação aos seus projetos existenciais e interesses experienciais, ademais, o papel de uma personalidade vivida sem amarras, nestas situações, é ser promotora da intangibilidade da humanidade em seu núcleo essencial. Daí porque a prevalência e importância da pessoa humana não constituem apenas uma garantia negativa de que o sujeito jurídico de direitos e de obrigações não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, em sentido positivo, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Esse reconhecimento da pessoa como pedra angular do Direito não necessariamente descamba numa proposta atomista, individualista e fragmentada do sujeito, vide outrora já devidamente frisado. Em verdade, significa enxergar que a pessoa humana apenas se forma a partir de seu envolvimento individual, porém socialmente corporificado nas configurações ético-jurídicas e dialógicas daí advindas.

Com isso, tomar, em sentido contrário, a pessoa apenas a partir da ideia de um sujeito pontual, calculista e instrumental, desconectado de seu desenvolvimento encarnado e expressivo, é algo que apenas contribui para tolher a complexidade dinâmica da essencialidade da pessoa humana ou, no mínimo para perpetuar a opacidade das configurações que legitimam e estruturam tanto desigualdades quanto discriminações infundadas, com as quais não pode compactuar o Direito e nem mesmo esta pesquisa.

Desse modo, um livre desenvolvimento da personalidade garante o trânsito da autonomia nas situações existenciais e, ao mesmo tempo, limita relativamente a disposição desta mesma atuação, em prol da própria humanidade, podendo a autonomia de cada um ganhar maior relevância ou ser restringida, tudo a depender das circunstâncias ou do bem ou do mal. De qualquer forma, o âmbito das relações intersubjetivas que desponha mais contrário à incidência direta dos direitos da personalidade não é o de caráter negocial-patrimonial, mas o das experiências afetivas, quando abrangerem escolhas existenciais e personalíssimas da pessoa humana; que não podem, conseqüentemente, ser heteronomamente ditadas, sob pena de imolação cruenta do sagrado espaço de autodeterminação pessoal, abrigado no bojo do princípio de proteção e de promoção insulares da pessoa humana.

No mais, consigne-se que a pessoa deve agir, não apenas com os outros, mas para si mesma e para os outros. Em toda a sociedade deve haver uma solidariedade, a qual implique que a atuação de todos tenha reflexos positivos na ordem global. Pressupõe-se que cada um, no uso de sua autonomia, beneficiará também ao conjunto. Esta preocupação funcional é uma conquista deste século, mormente as preocupações éticas que voltaram a imperar e levaram a uma sólida corrente a exigir que cada ato também seja justificado pela sua função social.

De todo o modo, para além das recaídas e desacertos parcelares, aos quais a humanidade não está quase nunca imune quando na miríade de suas escolhas e efeitos potenciais interrelacionados, resta hoje assegurado que a autonomia não significa individualismo nem mera liberalidade ou puro arbítrio. Também jaz patente que desenvolvimento da personalidade deve corresponder, ainda que minimamente, ao respeito dos valores da convivência social, sem os riscos, obviamente, de ter que se explicar a necessidade deste utilitarismo ao alvedrio da humanidade ínsita de cada um. Ou seja, essa função social imbricada na ideia de uma personalidade relacional – como requisito para uma ideia de personalidade em alteridade – nunca pode equivaler a uma funcionalização das pessoas humanas em nome de uma suposta e eventual perfeição social, burocrática ou jurídica³⁵³. Se isso acontece, à força de ferro, desvanece barrada, reprimida e controlada a personalidade.

3.2.3 Considerações finais acerca de um eventual direito geral da personalidade

O amparo à pessoa humana, apreciada enquanto ser dotado de personalidade ontológica, realizada e concretizada na medida das manifestações existenciais exteriores as mais diversas,

³⁵³ ASCENSÃO, op. cit., p. 25-26.

sem embargo de limitações ou outros percalços neste intento relacional, ao menos em regra, face aos desmandos do poder constituído e de terceiros, impôs uma verdadeira alteração paradigmática, a partir da qual não mais se aceita relegar ao plano secundário a tutela dos interesses personalíssimos da humanidade, na seara do Direito, posto ser a pessoa humana – unidade e totalidade –, além de verdadeiro *telos* de todos os sistemas jurídicos.

Tendo em vista este escopo, hoje, a mobilidade dialética das manifestações com que se desenvolve a personalidade, ensejando na realidade externa situações ou relações passíveis de regramentos jurídicos variados, não mais se justifica absolutamente compatível com o tratamento pontual e rígido franqueado pelo positivismo normativo vigente.

Esse caráter mais aberto da personalidade não é capaz de se esgotar num rol delimitado, pois, em função da esfera garantida de espaços de liberdade e de autonomia, são admissíveis novas manifestações personalíssimas para que se acompanhe até a própria evolução do mundo contemporâneo, sob pena da configuração de um ordenamento jurídico engessado no tempo. De qualquer forma, a compreensão da personalidade reclama uma maior amplidão de tratamento que, geralmente, só a prática legislativa das disposições gerais e abertas pode concretizar, conduzida sucessivamente pelos valores da hermenêutica constitucional e pela ponderação dos interesses que despontam no caso concreto.

É essa a mobilidade, aliás, do conteúdo dos direitos da personalidade que estabelece a precisão de uma tutela mais elástica ao seu respeito, não havendo que se falar de uma delimitação conceitual rígida do bem jurídico pela personalidade tutelado, senão de aceitarmos uma eventual atipicidade a seu respeito.

Fica até claro até que jaz praticamente impossível, ao menos na atualidade, agasalhar a personalidade por meio de conjecturas normativas predeterminadas, uma vez que o resguardo da pessoa humana em toda sua potencialidade e virtualidade conduz quase sempre à abrangência de circunstâncias existenciais não previamente antecipadas por lei, porquanto tarefa hercúlea tentar açambarcar a grande porção de situações que dizem respeito ao teor movediço e dialético da vida humana.

Diante dessas considerações, conquanto tenha-se analisado anteriormente alguns dos direitos subjetivos da tutela da personalidade mais especiais, os quais, como percebido, cumprem essa função de fazer não ser esgrimida a pessoa humana e, nesta contextura, sua personalidade intrínseca, logo se abre a questão de saber como se devem conceber esses direitos: se atomisticamente, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade, na forma como anteriormente já foi analisado, ou se numa visão unitária, admitindo um conglobante direito de personalidade referido à personalidade no seu todo.

Noutras palavras, urge, então, discorrer se, no afã dessa livre realização e concretização da personalidade, é possível ou, no mínimo, crível encerrar um rol taxativo ou um elenco exemplificativo ou nenhum manancial de direitos e deveres aptos à sua tutela.

Num mundo totalmente regrado como o nosso, em que o Direito, inclusive, faz-se necessário, uma total ausência de direitos ou deveres, mesmo aqueles atinentes à personalidade, é impossível de ser imaginada, mormente a faceta com que se realiza hoje o Direito, frequentemente, regulador e justaposto nas mais diversas hipóteses em que a vida se expande. Corroborar com tal hipótese é no mínimo defender uma proposta anárquica de sociedade com vistas à destruição, ao caos e à inépcia em massa. Destarte, viu-se que, na atual conjuntura jurídica, existem direitos e obrigações especiais aptos a salvaguarda e ao engendramento da personalidade, como aqueles que resguarda à vida, à integridade físico-psíquica e a identidade.

Ora, se tais direitos e deveres já existem, na esteira do positivismo constitucional atual, não é possível negar-lhes a validade, a aplicabilidade e a eficácia técnica, a despeito de lhes faltar frequentemente eficácia social (efetividade). Portanto, ao menos, de antemão, resta posta em questionamento tão somente a hipótese de se imaginar a possibilidade de reconhecimento de um eventual direito geral ou de uma cláusula geral de personalidade ou de um direito à personalidade no seu todo, direito este que abrangeria provavelmente todas as manifestações previsíveis ou imprevisíveis da personalidade humana.

Como dito antes, é admissível desde já atestar e consignar a especificidade dos direitos e deveres-relação mais especiais ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como à sua essência, ou relativos à forma como ela se exterioriza a ponto de encampar pleitos por promoção e por proteção da pessoa humana na seara normativa.

Assim sendo, mesmo aparecendo ao Direito como um dado pré-jurídico ao qual o ordenamento legal dá guarida, a personalidade basicamente corresponderá à prerrogativa integral de um direito ou dever que cada pessoa detém no sentido de ter respeitados e promovidos os elementos, as potencialidades e as expressões de sua identidade e de sua individualidade, bem como de sua unidade psicofísica.

Pensar um direito geral de personalidade, obviamente, não exclui os direitos especiais da personalidade, antes os escolhe como naturais desenvolvimentos das áreas ou projeções da personalidade. São formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade, o que significa que não se esgotam nessa tutela, excluindo-se seu caráter taxativo. Sua gênese conceitual, sob a forma de cláusula geral (aberta/indeterminada), remonta basicamente à Lei de Bonn na Alemanha, que instituiu a personalidade com igual importância em relação à dignidade da pessoa humana. Essa ação normativa de cunho pragmático, apta sobretudo a preencher espaços

de decidibilidade, reivindica em seu bojo os direitos da pessoa e enquadra-os na moldura geral de uma tendência de recuperar o ser humano pela lei.

Esse romantismo constitucional, no ápice das reformulações legislativas acontecidas quando do pós-II Guerra Mundial ou em face dos movimentos por redemocratização ocorridos em alguns países tidos por periféricos, foi inspirando paulatinamente noutras cartas políticas e em documentos internacionais, na baila da importância da pessoa humana, tida umbilicalmente ligada à concepção de dignidade e de personalidade, o que aconteceu com maior vigor, a título de exemplo, nas últimas Constituições Espanhola e Portuguesa, ainda vigentes, que passaram a prever em seu núcleo um artigo específico para proteger a personalidade, pondo-a em mesmo nível de relevância da dignidade³⁵⁴. Aliás, a Escola de Coimbra³⁵⁵ é exponencial quando o assunto é o direito ou uma cláusula geral de personalidade.

Porém, esse movimento não foi uniforme em todos os países do mundo. É de conhecimento geral que sistemas jurídicos são refratários – ou decididamente hostis – à aceitação direta, sem mediações e adaptações às especificidades locais, da concepção ocidental da tutela da pessoa humana e de sua personalidade. É o caso de muitos países, por exemplo, sem recair aqui nos riscos de eventual preconceito com tais culturas, que tem a religião islâmica como norte político e moral com vistas numa pacificação e conformação sociais.

O processo de reconhecimento de uma personalidade à pessoa humana seguiu, em tais países, caminhos totalmente antagônicos em relação aos do constitucionalismo ocidental. Assim, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelo Conselho Islâmico, afirma a derivação divina dos direitos do homem e da soberania, cujo reconhecimento e limites não se encontram num contrato social, mas no Alcorão e, como tal, são intimamente homogêneos com a identidade muçulmana.

Resistência igualmente forte no trato da pessoa humana e de sua personalidade é verificada na África, em termos de reconhecimento de um predicado característico geral para os direitos da pessoa, pois eles são codificados em outros múltiplos contextos culturais. Neste imenso continente, duas razões fundamentais se opõem ao enraizamento de uma concepção de um direito geral de personalidade, de modo que se pode afirmar primeiramente que ali não existe tradição de direitos humanos, apesar (ou por causa) da influência da Colonialismo

³⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis María, **Sistema de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid, Thomson: Civitas, 2005, p. 65: “En cuanto al libre desarrollo de la personalidad, el discurso es algo más complejo. Se trata de una expresión que el constituyente español importó del art. 2. de La Ley Fundamental de Bonn, aunque la idea subyacente es más antigua y, desde luego, no es específicamente alemana”.

³⁵⁵ Capitanada por teóricos com Capelo de Souza, Castanheira Neves, Leite de Campos, Canotilho, Paulo da Mota Pinto, dentre outros.

ocidental e formação europeia de muitas das elites políticas nacionais. E ambas as razões tendem a limitar o alívio da pessoa entendida como indivíduo, sujeito ou apenas humano.

Os exemplos acima, ocorrentes igualmente em muitos outros países, servem para mostrar que a personalidade humana ainda é ignorada nas legislações das mais variadas culturas, que sequer têm em conta a pessoa humana como elemento topográfico de proteção de seus ordenamentos e muito menos a ideia de proteção de dignidade em seus dispositivos normativos. Dessa forma, a imagem de um direito ou cláusula geral de personalidade é recente e não plenamente difundida.

Obviamente que, quando um direito ou uma cláusula geral de personalidade tem um reconhecimento constitucional, sua virtude consiste não apenas em vincular a atividade do intérprete, mas também em impor limites ao legislador. Isso implica que este último, em especial, não desfruta de uma liberdade desmedida para restringir a liberdade e a autonomia das pessoas e, nesse sentido, restringir os projetos de vida autônomos destas últimas, bem como a maneira como elas os desenvolvem existencialmente ao longo da vida.

Pelo contrário, qualquer restrição do escopo genérico da liberdade existencial - isto é, qualquer proibição ou mandato afeto a concepção de personalidade – deve ser adaptada aos requisitos do princípio da proporcionalidade: isto é, de buscar um objetivo legítimo que não possa ser alcançado por meios menos onerosos. Essa talvez seja a principal função de um direito ou cláusula geral, juridicamente tutelados: qual seja a de cumprir as mesmas funções dos direitos fundamentais, de frear o poder desenfreado da máquina estatal, ora guiando o administrador-público nos seu afazeres, ora pautando o labor legislativo que não pode se voltar contra à pessoa humana, ora servindo de pano de fundo para a atividade hermenêutica do judiciário, que deve ter em direção no seu mister sempre a proteção das pessoas jurisdicionadas ou à coletividade de pessoas afetadas pelas decisões tomadas no âmbito deste trabalho de aplicação da norma, a partir de um perspectiva dialógica.

Capelo de Souza, porém, afirma que um direito geral de personalidade fluirá diretamente do teor naturalístico-cultural da personalidade humana de cada indivíduo, que por si mesmo se impõe ao sistema jurídico, e não de uma qualquer hipostasia moral ou jurídica da personalidade humana³⁵⁶. Esta sua concepção centra-se muito sobre a individualidade concreta de cada pessoa nas circunstâncias do caso concreto.

³⁵⁶ Cf. CAPELO DE SOUZA, op. cit., p. 561. “A unidade, a multiformidade, a complexidade, a dinâmica e o desenvolvimento da personalidade postulam uma unidade jurídica essencial no bem jurídico geral da personalidade e comportam, e comportarão sempre, zonas, elementos ou expressões não traduzíveis, mesmo juridicamente, por setoriais fórmulas abstratas, necessariamente redutoras e simplistas”.

Na verdade, tem como objeto a personalidade humana no seu todo, fundamentando-a, informando-a e servindo ela de princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade, que não se esgotam numa possível cláusula geral ou que, por traduzirem sedimentações de certos casos típicos, em igual medida, pendem para dotar a personalidade de alguma homogeneidade formal interna, a maioria das vezes, redutora ou simplista ou utilitarista.

Para Oliveira Ascensão, igualmente, a tutela geral da personalidade corresponde sem dificuldade a um direito geral de personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjetivo. Este direito subjetivo independentemente de ser ou não qualificado como um direito-fonte, ou um direito-mãe, que são expressões fundamentalmente verbalistas, só implica dificuldades conceituais para quem entender o direito subjetivo como um poder, especialmente, ao modo nominalista.

Esse direito subjetivo da personalidade teria uma unidade, e essa unidade decorre senão da pessoa e da sua dignidade. O titular do direito é uno, não havendo lugar para uma separação pragmática ou generalíssima de tal direito. Esta unidade não é contrariada nem antagonizada pela tipificação em várias leis, de uma pluralidade de direitos da personalidade. Para Ascensão, ademais, uma eventual multiplicidade de direitos da personalidade tratam-se mais de experiências reiteradas de agressões (“memórias do sistema”) à personalidade que, pela gravidade que assumiram ou e pela sistemática repetição, foram ganhando autonomia de regime. Vejamos:

O direito geral de personalidade é figura anômala. Por ele, o homem apareceria como objeto de si mesmo, o que é uma impossibilidade lógica. A lógica não é tudo no direito. (...) Para além disso, a admissão de um direito geral de personalidade oferece desvantagens específicas. Por ser um direito de desmesurada extensão, torna-se muito difícil trabalhar com ele. O direito geral de personalidade não favoreceria a tipificação de modalidades de intervenção, pois se poderia passar diretamente da figura geral à aplicação concreta. O que põe em causa a segurança jurídica. A fórmula alternativa consiste em admitir que vão se delineando novos direitos de personalidade em regime de *numerus apertus*. O fundamento do processo encontrar-se-ia [... na] emanção do princípio da tutela da dignidade humana [...]. Mas a maneira técnica de concretizar esta exigência de proteção não está na criação de um super-direito [...] mas na derivação a partir daquele princípio de concretos direitos da personalidade. Esta derivação permite igualmente chegar a todos os domínios em que a tutela da personalidade se impuser³⁵⁷.

Pedro Pais de Vasconcelos, afirma que:

Uma cláusula geral de personalidade suscita a questão da delimitação objetiva do direito da personalidade, isto é, exige um critério de delimitação que evite a sua extensão a todo o gênero de questões, o que acarretaria a sua banalização e o seu conseqüente enfraquecimento. Essa delimitação exige a ponderação e comparação *in casu* com outros direitos ou interesses ou até com a própria dignidade da pessoa

³⁵⁷ ASCENSÃO, op. cit., p. 87-88.

humana: haveria uma lesão da personalidade sempre que, sem a intervenção do direito de personalidade, uma pessoa concreta, na sua circunstância real, fosse tratada como uma não pessoa, ou fosse aviltada na sua dignidade de um modo inaceitável para uma pessoa humana³⁵⁸.

Para Paulo Mota Pinto, o um direito geral da personalidade teria dupla dimensão: a tutela da personalidade, enquanto substrato da individualidade e nos seus múltiplos aspectos; e a tutela da liberdade geral de ação pessoa humana. Essa proteção da personalidade pressuporia a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o seu próprio projeto, situação e possibilidades, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha³⁵⁹.

Apesar dos citados autores portugueses acima, no caso do Brasil, não existe uma cláusula ou um direito geral de proteção da personalidade. Viu-se ao longo de todo exposto até aqui que essa tutela muitas vezes deriva de uma leitura constitucional de todo o ordenamento jurídico, dando contornos às possibilidades e liberdades existenciais da pessoa humana, cuja guarida é o manto da dignidade, previsto constitucionalmente no topo da legislação maior do país, mas cujo conteúdo ora fica a cargo do legislador ou do magistrado intérprete, que em seu trabalho, muitas banaliza esta mesma dignidade ou a fragiliza ou enfraquece seu alcance, utilizando-a para tudo e ao mesmo tempo nada.

Frequentemente, na esteira das experiências alemã, espanhola e portuguesa, imaginar um direito geral de livre desenvolvimento da personalidade, de nuance constitucional, não consiste tanto em permitir que novos valores ou ativos legais acessem a proteção dos direitos fundamentais. Cumpre, no entanto, a missão de afirmar algo bastante óbvio do que parece à primeira vista, isto é, de que a existência de um direito ou de uma cláusula geral significa, antes, afiançar que tudo o que não é proibido ou ordenado é permitido, existindo, pois, um espaço residual de liberdade existencial, protegido legalmente.

Consonante já afirmado no capítulo anterior, de que o positivismo normativo (porque vigente, válido, aplicável e eficaz formalmente) é, a despeito de todos os seu problemas, ainda assim, uma luz no fim do túnel, a posição desta pesquisa, a fim de concluir este capítulo, é deveras humilde, fugindo das soluções fantasiosas, megalomaniacas ou sem qualquer aplicabilidade na vida concreta. Tudo aqui exposto não poderia destoar de todo antes defendido, qual seja, a importância da pessoa humana em unicidade e totalidade e por isso mesmo em sua personalidade ontológica. A tutela e a promoção da personalidade, repise-se, não encontram

³⁵⁸ VASCONCELOS, op. cit., p. 103-104.

³⁵⁹ PINTO, op. cit., p. 75.

guardada num direito geral ou cláusula geral, porque esta configuração não existe necessariamente no direito positivo brasileiro.

Dentro de uma concepção teleológica de integração sistemática do Direito, referida tutela está só e somente só indissolúvelmente ligada à pessoa humana e é, por isso, inseparável da personalidade singular, funcionando como direito-matriz ou o direito fundante de nosso ordenamento jurídico. Afirmar o contrário seria recair em inovações acadêmicas mirabolantes ou posicionamentos doutrinário devaneadores, inspirados, talvez, pelo ativismo judicial, atualmente tão criticado na comunidade jurídica, onde não pretende em hipótese alguma desaguar os vieses desta pesquisa, sob pena de sua própria insignificância.

Dessa maneira, importante que se diga, confabular um eventual direito geral de personalidade talvez sirva para colmatar lacunas que já se sentiam na tutela da personalidade, mas não necessariamente para prevenir um futuro que não pode sequer se realizar, evitando que fiquem sem proteção a novas lesões da personalidade que o avanço da técnica potencializa, nos mesmos moldes do princípio da dignidade, que, hoje é usado para exatamente tudo, mas não entrega muitas vezes um mínimo de eficácia jurisdicional, quando da fixação de seu conteúdo e alcance a cargo das esferas jurisdicionais de decidibilidade.

Como já bastante asseverado desde as primeiras linhas desta pesquisa, acaso se prefira categorizar a personalidade na forma de um direito geral (na mesma esteira como foi feito com a dignidade, repita-se) e não se reconhece razoável e livremente a pessoa humana como um ser capaz e dotado de consciência suficiente acerca de sua própria existência, ungido de necessidades, de urgências em prol de sua autorrealização e de sua felicidade ou de uma vida sustentável, com envergadura para autodeterminar seus sonhos e desejos mais íntimos, reduz-se, então, a humanidade à mesma categoria dos seres brutos, que geralmente são controlados, ordenados, tangidos, cercados como objetos, e não como sujeitos³⁶⁰.

Dito isto, podemos afirmar com segurança que não estamos mais diante de uma discussão profundamente polimorfa e permeada de muitos equívocos, acerca da necessidade de mais ou menos direitos e deveres aptos à tutela, promoção, realização e concretização da personalidade. A cesura entre o factual e o normativo não precisa cristalizar-se numa miríade de teses que encerrem irrealidades, valorações utilitaristas, interdições normativas em detrimento das premissas descritivas ou a irredutibilidade do nosso vocabulário factual a um léxico eminentemente normativo, hermético, dogmático e de difícil de aplicação.

³⁶⁰ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

A pessoa e a sua personalidade, mesmo na ordem positiva, não precisam de mais amarras ou de quaisquer tipos de manipulações ou determinismos redutores ou utilitaristas, os quais dão guarida às ingerências do jurídico, muitas vezes incapaz de sobressair-se de um estado de meio para um estado de fim, beirando à banalização ou ao enfraquecimento de seu poder catalizador da realização humana plenipotenciária. Em verdade, a personalidade só precisa ser vivida livremente em todos os seus feixes, ou melhor, ser realizada e concretizada em todas as suas facetas.

4 À GUISA DE CONCLUSÃO: A PERSONALIDADE ENQUANTO SÍNTESE

O conteúdo semântico ou terminológico do Direito, muitas vezes, poderá implicar a redução do âmbito da figura ou do objeto que se analisa. Isso, na baila do antes já argumentado, muito acontece quando se está em causa a averiguação de cláusulas gerais, abertas ou indeterminadas, que se apresentam ao fenômeno jurídico como um meio legislativamente hábil para permitir no seu ingresso uma variada gama de princípios valorativos, *standards*, máximas de conduta ou arquétipos exemplares de comportamento comissivos ou omissivos. A dinâmica da personalidade, aliás, não foge dessa faceta estratégica da trama legislativa.

Neste quesito, acaso em causa estão os elementos da personalidade que se encontram ordenados à plena realização existencial da pessoa humana, ou em maior ou menor medida, que permitem uma eventual legislatura com maior amplitude ou grau de generalizações sobre suas cercanias, fácil não seria compreender que são escassos, em iguais níveis, os elementos éticos e objetivos afetos à compreensão da personalidade, mormente a vagueza e a fluidez com que muitas vezes estes termos plurissignificativos são tomados ou analisados, ao jugo de critérios de validade e de eficácia jurídica, quando em questão a apreciação da pessoa humana.

Atualmente, ainda que pareça existir um consenso geral de que a pessoa humana não precisa fazer muito para ter uma personalidade salvaguardada e promovida³⁶¹, alocando-se muitas vezes esta responsabilidade garantidora na incumbência institucional ou pessoal de cada um, essa premissa é um tanto falaciosa, encontrando explicação no fato de que, muito embora se diga na verborragia jurídica, inclusive, com muitos festejos e pouquíssimas críticas, que a pessoa e a sua personalidade, no passo da dignidade, enquanto atributo inerente a todo ser humano³⁶², englobe um centro gravitacional que interesse ao Direito em inúmeras concretizações jurídicas, a realidade literária filosófica ou jurídica ou jurisprudencial sobre o contexto diuturnamente aponta senão para o seu mais completo desprestígio.

Convém antecipar que a inobservância quotidiana de um mínimo de respeito para com a humanidade que guarda cada uma das pessoas não precisa ser necessariamente elencada nesta pesquisa, nem mesmo todas as eventualidades em que a personalidade resta esgrimida ou

³⁶¹ Segundo RENAUD, op. cit., p. 9: “Michel Foucault afirmava que a questão do homem estava quase esgotada, que tinha constituído um parêntese na problemática do saber e que, no fim das contas, iria desaparecer por falta de relevância filosófica. [...] Poder-se-ia, aliás, perguntar se houve uma época em que foi realmente esquecida ou ameaçada”.

³⁶² Cf. VASCONCELOS, op. cit., p. 6, para quem: “a pessoa humana constitui fundamento ético-ontológico do direito [...]. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do direito [...], (que) não tem poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual, senão reconhecer a qualidade de ser humano. Não tem também legitimidade nem poder para a excluir. Direitos relativos à personalidade tem a ver com a posição das pessoas humanas no Direito, com a exigência de sua dignidade”.

vilipendiada, porque referida circunstancialidade é quase que um dado absoluto na biografia da civilidade, sendo a história farta em provar tais desatinos.

Apura-se, ademais, desse contexto de despreço para com as questões da existência humana, que referidas situações não são averiguadas apenas no âmbito jurídico-normativo, mas em várias searas culturais da vida em sociedade.

Aliás, essa falta de interesse para a entrega de um mínimo existencial digno, em termos de personalidade, muito é corroborada pela tendência, em especial, das posições política e jurídicas prévias e contemporâneas acerca de tal instituto, que encontra-se solapado por uma espécie de retórica que está longe de se tornar realidade no campo da vida, servindo apenas ao escopo de pacificação social, ou de não encontrar embasamento unívoco na bibliografia quando de suas tratativas em termos de fundamentação teórica.

Sem dúvida que, para o manejo e o traquejo das questões envolvendo a tônica da personalidade, é indispensável uma sólida concepção do que é pessoa, a qual hoje é praticamente uma realidade substancial, isto é, ontológica, que o Direito é frequentemente chamado a regular, valorar, proteger e promover.

Porém, é inegável que, por outro lado, o assunto em si, qualitativa e quantitativamente, resta muitas vezes relegado ao dado obscurantista ou mesmo trabalhado ou estudado resumidamente sem qualquer extensão ou visto como desimportante e com total desinteresse para a maioria dos autores que abordam a questão da vida e das existência das pessoas em alteridade, sob comentários.

Isso fica bastante claro quando se analisa, na larga maioria dos escritores civilistas ou de teoria geral do Direito ou de filosofia jurídica, com clarividência solar, um maior interesse ou enfoque empírico e epistemológico acerca dos critérios afetos aos direitos da personalidade; ou quando acerca da existência, sem quaisquer ressalvas, de uma cláusula geral da dignidade humana, de onde, em especial, tais direitos da personalidade decorreriam³⁶³.

³⁶³ Sobre o tema cf. CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)**. In: RIBEIRO, G. A Pinto (Coord.). O homem e o tempo: liber amicorum para Miguel Baptista Pereira. Porto: Fundação Eng. Antônio de Almeida, 1999, p. 533-534, o autor faz a seguinte ressalva: “os próprios manuais universitários, apesar de defenderem que o homem é, mais que sujeito de direitos, o sujeito do Direito, não tiram daí as lógicas consequências. Afigura-se que a personalidade do homem é uma criação das leis, que não pré-existe aos sistemas normativos, que estes, como o Deus do juscrístianismo, é que lhe delegam o ser, substituindo o transcendentalismo teológico por um transcendentalismo não tanto lógico como em Kant, mas ético-jurídico constituinte, que faz o homem não a medida de todas as coisas, mas as coisas ou a natureza das coisas a medida do próprio homem. Isto para não voltar ao jusnaturalismo, banido com Kant, ou ao jusracionalismo, maldito ou suspeito com Rousseau, e para não se cair no positivismo e no seu epílogo kelseniano. O dialeto vence-se com a célula protocolar e axiomática da ideia de Direito, que, contudo, nada de preciso e de cogente se diz em matéria de direitos da Pessoa.

Ou seja, de modo muito óbvio, a vasta narrativa jurídica, sobretudo a constitucional e a civilista, é verdadeiramente extensa quanto a tais tópicos envolvendo seja a pessoa humana, sejam os direitos da personalidade, seja a dignidade. Mas quase nunca, é fato, debruça-se sobre o estudo minuciosamente ontológico da personalidade em si e por si mesma.

Ou seja, o problema aqui denunciado é deveras gnosiológico em face de uma Ciência do Direito normativa, isto é, que se limita frequentemente sistematizar e a descrever seu objeto, isto é, uma norma, sem necessariamente problematizá-la ou esgotá-la aos flancos da exegese.

Esse problema, nada hipotético, também é de base, de fonte, de falta de reflexão crítica ou de um manancial teórico que ofereça bases éticas e teóricas sólidas ao ordenamento jurídico, ora quando não se debruça na análise desta conjuntura, ora quando não se aproxima das noções de respeito à essencialidade da pessoa humana, às suas características e aos seus sentimentos.

Piora, ainda, essa referida conjuntura, por fazer o Direito parte de uma dinâmica de poder. Diga-se de passagem, de fato, importante asseverar que o fenômeno jurídico igualmente jaz alheio muitas vezes às questões da humanidade mais comezinhas.

Isso se nota bastante quando da entrega de condições de juridicidade à pessoa humana, a qual é lenta e muitas vezes ineficaz. O judiciário, visando ao cumprimento de prazos ou de metas, muitas vezes açambarcado de muito trabalho, tamanha a demanda e a procura por suas soluções, a despeito do pouco efetivo de servidores judiciários ou de magistrados, faz pouco caso de seu objetivo maior, que é a justiça. O princípio da inafastabilidade da jurisdição embora plenamente válido e direito fundamental de muitos minguem à risca de tal realidade.

Obviamente, que diante dessa triste constatação e realidade vil e hostil ao livre desenvolvimento da personalidade, a crítica aqui, nesse sentido, assume senão um papel positivo e desafiador. Qual seja a de ensaiar finalmente um arranque ético para estas zonas de desconforto ou uma tentativa de, ao menos nesta pesquisa, fazer-se um apontamento acadêmico mais sólido do que deve abarcar no *ethos* filosófico da personalidade humana em alteridade.

Em geral, tratando-se a transformação aqui ensejada de uma transição de critérios acadêmicos, que poderá ter sua serventia aos arcaís jurídicos acerca da temática, a partir de uma perspectiva filosófico-ontológica, essa tarefa, sem atravessar os umbrais da humildade e sem quaisquer riscos de ser fantasiosa, pode finalmente deter o encargo de aprimorar teoricamente as questões atinentes às pessoas humanas no Direito, sinalizando a personalidade enquanto arremate ou síntese, e não mais uma quimera inatingível dos sistemas jurídicos vigentes.

E faz isso, derradeiramente agora, no escopo de tentar favorecer um debate final acerca da personalidade que possa encontrar sustentação basilar na doutrina jurídica, enquanto alicerce teórico acerca da pessoa e da personalidade; no legislador, cuja tarefa seria a de adaptar a

legislação ordinária às prescrições humanísticas e personalíssimas encadeadas agora em um substrato mais ontológico; e no judiciário, cuja atividade na aplicação, na interpretação e no controle dos atos entre particulares que envolvem direitos personalíssimos, pode atenuar todas as dificuldades, peculiaridades e profundidades da problemática que aqui se examina.

Neste estreito, questionar-se sobre os limites afetos a tal temática da pessoa humana e de sua personalidade, seus vieses e suas implicações, demonstra-se deveras importante porque uma sociedade que não perquire a preservação, a proteção e a promoção de tais institutos ou não dá azo para que a própria personalidade seja impulsionada não obviamente vai conferir possibilidades para uma ampla discussão, sobretudo, jurídica da importância da pessoa, em sua essência, unidade e totalidade, a partir, como visto, de uma matriz imanente, deixando, pois, de cumprir e de garantir este papel de desenvolvimento integral das subjetividades.

Sem embargo, nessa quadratura, realizada essa reflexão até aqui, o papel das instituições, no trato e na proteção da personalidade, é fundamental. Mas, obviamente, que olhar a situação apenas por esta tônica funcionalizada ou utilitarista a determinadas instâncias denuncia certa precariedade para se compreender o patrocínio desta intentada também na pessoa humana, que é a única capaz de deliberar livremente em alteridade e se identificar no outro a partir de si mesma, como também através das possibilidades de escolha sobre os aspectos mais variados e íntimos de sua existência³⁶⁴.

Desse modo, neste capítulo final, busca-se, assim, a partir de então, conhecer que consequências da realidade substantiva da pessoa humana acarretam para a determinação juspositivista da tutela da personalidade; ou que orientações gerais decorrentes das esferas de juridicidade pessoal têm que ser respeitadas para podermos perseguir a concretização normativa da tutela geral da personalidade, não só no Direito, mas também em níveis de eticidade, no que tange a uma certa estima pela realidade ôntica da pessoa humana.

Na verdade, esse debate final acerca da pessoa humana e da personalidade, quando encontra guarida no jurídico, conforme Orlando de Carvalho, jaz em saber se o tema não seria apenas um *slogan* ou uma retórica ou uma prática utilitarista subsumível aos escopos sociais os mais diversos, vejamos:

[Nos] interessa conhecer o que a reflexão prática vê nesse *subjectum* ou suposto e se a sua expansão contemporânea vem filosoficamente da pergunta pelo ser, ou de uma pragmática jurídica que postula como predicante, ou de uma razão econômica que o implica como titular da iniciativa, como polo de escolha e de decisão, como fonte de

³⁶⁴ Cf. FOUCAULT. **A hermenêutica do sujeito**, p. 158: “O Outro ou outrem é indispensável na prática de si a fim de que a forma que define esta prática atinja efetivamente seu objetivo, isto é, o eu, e seja por ele efetivamente preenchida. (...) Esta é a fórmula geral. (...) O outro é um modelo de comportamento, modelo transmitido e proposto ao mais jovem e indispensável à sua formação”.

trabalho e horizonte de expectativa de consumo, como disponível e manipulável objeto de agressão de um marketing sem qualquer escrúpulo ou limite. Em suma: será a pessoa um topos, um tropo, um isco ou um mero slogan?³⁶⁵

Ou seja, na mesma baila dos questionamentos realizados ao final da citação acima, procura-se, no mais, evidenciar finalmente neste trabalho que, quanto mais anteparada e promovida a personalidade da pessoa humana, paralela e conexa a uma dimensão defensiva e prestacional, ou desenvolvida livre e culturalmente, mais em igual acolhida será efetiva a sua realização em vieses de consecução vital de cada um enquanto pessoa humana, sem incorrer em determinações utilitárias ou consequencialistas a respeito do tema³⁶⁶.

4.1 A personalidade como síntese ao Direito, e não como valor absoluto

Visando a suplantiar as dificuldades e a hostil herança deixada pelo dogmatismo jurídico, vive-se na contemporaneidade o que se chama de era dos princípios ou dos valores preponderantes sobre a forma.

Essa dinâmica mais tem servido para obliterar alguns dos eventuais problemas metodológicos oriundos da insuficiência de regras para a regulamentação dos aspectos personalíssimos da vida, paradigma este que não necessariamente tem se coadunado com o tradicional modelo positivista de Direito ainda vigente, que apesar das críticas realizadas no segundo capítulo deste trabalho, ainda, como dito, é uma luz no fim do túnel, em meio às tantas incertezas dos tempos de indefinição hodiernos.

Pode-se dizer que essa configuração positivista do Direito diz respeito a um sistema organizado e estruturado que tem se somado recentemente à dimensão axiológica dos direitos personalíssimos, adotando-se instâncias valorativas e graus hierárquicos no momento da concretização dos direitos fundamentais, “provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial”.³⁶⁷

³⁶⁵ Cf. CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)**. In: RIBEIRO, G. A Pinto (Coord.). O homem e o tempo: liber amicorum para Miguel Baptista Pereira. Porto: Fundação Eng. Antônio de Almeida, 1999, p. 527-545.

³⁶⁶ Idem, p. 538, para quem: “[...] a moderna luta do direito é tanto pela personalidade ou pela subjetividade quanto pela capacidade jurídica plena, batalhando pelas condições de fato e de direito que impedem uma total emancipação de todos os seres humanos, uma reconhecimento efetivo e tempestivo dos seu legítimos interesses, a proteção eficaz contra as exclusões subsistentes - mulheres, crianças, velhos, diminuídos, grupos sexuais minoritários, prisioneiros, estrangeiros, negros, ciganos, etc. Combate que exige determinação e lucidez, pois há preconceitos enraizados mesmo ao nível do *petit peuple*, que a qualquer contratempo, como as dificuldades de emprego ou até de convivência quotidiana, afloram perigosamente nas próprias democracias políticas”.

³⁶⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** In: Revista de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 09, nº 34, janeiro-março (2001), p. 168-183, 2001, p. 169.

Nesse tocante, como percebido ao longo deste trabalho, as discussões jurídicas atuais acerca da pessoa humana e de sua personalidade amiúde abarcam quase sempre celeumas valorativas, a maioria fundadas em um feixe de princípios ou de valores: isto é, em discordâncias jusfilosóficas que ora facilmente poderiam ser findadas em dado discurso comunicativo, ora conservar-se infundáveis em certa conjuntura em que agentes de fala conservam seus argumentos, contestando valores os mais variados daqueles que propugnam.

Alega-se, nestes casos de valoração ou de avaliação, ou de recurso hermenêutico aos princípios ou aos valores, que a escolha sempre terá um forte viés subjetivo e, por isso, será arbitrária, esvaziando-se por completo qualquer tentativa de se garantir a previsibilidade, a certeza e a segurança na realização do Direito, além de ser uma porta entreaberta para o sacrifício de direitos personalíssimos que, ao se flexibilizarem ao extremo, poderiam restar esbugalhados no turbilhão desse sopesamento corriqueiro.

Noutras palavras, o exato dito do parágrafo acima significa que a hermenêutica jurídica, impregnada atualmente de forte carga valorativa ou eminentemente principiológica pode desaguar na objetificação do Direito vigente, que se reduz à percepção e à mundividência do jurista, que, além de se manter preso no universo metodológico, é ao mesmo tempo produtor de sentido artificial e tendencioso do fenômeno jurídico.

Uma breve análise da realidade forense – que não se fará obviamente por questões metodológicas aqui, sob pena de fugir-se à limitação do objeto da pesquisa – bastaria, ademais, para reforçar a crença assumida pela postura de relatividade atual no campo do Direito.

O que nos leva a admitir que, se a resolução da discussão não se torna institucionalizada, as dissonâncias continuarão a permear os debates, de sorte que deliberar sobre um conflito que envolva, por exemplo, instâncias da personalidade, pode não significar a eliminação da dúvida, que jazerá ainda patente.

Sob esse aspecto, aliás, as definições e conceituações, mesmo quando provenientes de valorações jurídicas, podem não ser categoricamente imparciais ou não assinalar direta e exclusivamente para uma realidade ou denominador comum existente no mundo sensível, palpável e comprovável.

De fato, o Direito contemporâneo, por sua própria gênese, foi, como já adiantado, imensamente afetado por esse tipo de impregnação axiológica, que não tem necessariamente função ou espaço legítimos em termos de engajamento científico, tampouco na faceta em vigor do atual positivismo normativo. E essas situações, inclusive, são típicas de nosso tempo, marcado fortemente pela angústia da dúvida e de ter que escolher.

A consequência imediata desta contextura – de avaliação ou valoração de seus pressupostos – para o fenômeno jurídico, pretensamente científico, é a de um certo ceticismo quanto à carga valorativa de que muitas vezes se imbuí a atividade hermenêutica, caso em que geralmente leva à substituição da validade axiológica do Direito por uma alternativa descomedidamente formal extraída da objetividade das prescrições legislativas, não necessariamente imprimindo um propósito ou um conteúdo ao que se está interpretando.

Nesse esquema, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre a concepção de valor que:

Na filosofia, ela entre por meio da chamada filosofia dos valores, para qual estes são entidades (objetos), diferentes dos objetos reais, dos quais se dizem que são (no sentido de forma essencial e existência), ao passo que os valores valem (sua forma essencial não é um ser, mas um dever-ser, e sua existência se expressa por validade). O ser é, o valor vale, é sua fórmula consagrada.³⁶⁸

Segundo João Maurício Adeodato, um dos maiores obstáculos à compreensão de direitos atualmente é justamente o abismo axiológico que existe entre pessoas e preferências valorativas, o que envolve em igual medida uma dada valoração ou um punhado de perspectivas emocionais diferentes e quase sempre antagônicas que aquelas têm sobre o mundo.

Esse precipício axiológico só poderia ser “decorrente da individualidade humana e de sua criatividade relativa e ativa diante do ambiente, das enormes diferenças entre as pessoas que são entes reais e cujas atitudes também constituem eventos reais”³⁶⁹.

Daí porque valores ou princípios, em sua grande maioria, encontram-se frequentemente incorporados na vida social e também no jurídico, mormente categorizados por palavras como “liberdade”, “amor”, “respeito”, “tolerância”, “felicidade”, “dignidade”.

Cada uma dessas palavras foi implantada por meio da cultura, graças a um jogo metafórico realizado no plano da linguagem expressiva, de que também se valeu o Direito para institucionalizar alguns de seus principais *standards*.

Esses valores ou princípios, obviamente, não são inatos ou naturais ao homem, senão possuem sentidos entusiasmados pelo todo econômico, político e ideológico, instâncias que atuam conjuntamente na construção do sentido da existência em sociedade.

Ainda, sobre tais valores, além dos motivos pelos quais não se considera neste trabalho a conotação de personalidade em níveis de igual sustentação absoluta³⁷⁰, já adiantando a temática aqui a ser discutida, tem-se que:

³⁶⁸ Cf. FERRAZ Jr., op. cit., p. 179.

³⁶⁹ Cf. ADEODATO, op. cit., p. 293.

³⁷⁰ Cf. PERLINGIERI, op. cit., p. 155.

[...] Encontrar um critério de identificação adequado a tal noção apresenta extrema dificuldade. Os diversos critérios que se encontram mais em sede de especulações de regulamentação singulares e mesmo como realidade afetiva, são unilaterais. O valor é unitário, os seus aspectos são múltiplos: políticos, sociológicos, filosóficos e jurídicos. É necessária consciência da unidade da noção. O valor identificado como metodologia unilateral [...] representa somente um de seus aspectos.³⁷¹

No passo da citação acima, fica claro que, para Pietro Perlingieri, que a personalidade é um valor, ainda que seja um valor jurídico, pois que está na base de uma série aberta de situações existenciais sobre as quais o Direito se desdobra ou para as quais oferece ele uma solução jurisdicional. Porém, essa postura acerca da personalidade peca por dois aspectos.

Primeiro, pela tentativa de reconhecer uma certa institucionalização ou atribuição da personalidade a cargo do Estado, hipótese esta já rechaçada integral e anteriormente nesta pesquisa, haja vista que a personalidade é anterior ao Direito. Depois, essa mesma carga valorativa da personalidade, mencionada por Perlingieri, incorre na falha semântica e teleológica, na medida em que confunde possibilidades de ações existenciais com a carga valorativo-jurídica que se empreende a tais ações em vieses de perspectivas decisoriais.

Dito isso, não custa nada relembrar aqui quão perigosa é essa visão extremamente axiológica acerca da personalidade, que, imbricada no Direito hodiernamente, retira-lhe seu comprometimento com o senso crítico e com a realização da justiça e da pessoa humana.

Essas ponderações preliminares, acerca de princípios e valores, diga-se de passagem, principalmente quando da análise das entrâncias e das instâncias da personalidade, realçam a necessidade de se tomar, neste capítulo final, os predicados axiológico-jurídicos da pessoa humana, cunhados ao longo dos tempos, sob uma perspectiva crítica, o que pressupõe o abandono de uma atitude meramente contemplativa ou normativo-subsuntiva sobre eles.

Para tanto, nesse norte, trabalha-se aqui com a hipótese de que as justificações valorativas, no lastro de uma conformação teórico-positivista, em face eminentemente de princípios ou valores, figuram-se impotentes ou, no mínimo, categorias ou terminologias estanques ou confusas, cuja fixação de sentido é das mais difíceis, principalmente quando em meio a critérios parciais e unilaterais para catalisar todas as nuances de um possível acordo entre os homens quanto à circunscrição da existência em torno de suas personalidades.

Daí porque aqui discorda-se deste lastro exclusivamente valorativo ou principiológico no trato da personalidade, deixe-se claro, até porque ela é uma realidade, que, embora condicionada às vicissitudes de um dado tempo ou de uma época, não pode perder seu substrato ontológico em meio a tais circunstâncias.

³⁷¹ Cf. PERLINGIERI, op. cit., p. 30.

Nesse caso, Lourival Vilanova aduz que a pressuposição da norma – no passo de uma visão ontológica – antes de qualquer confirmação empírica circunstancial do caso concreto, será sempre válida, não comprometendo referida premissa universal de validade e de materialidade da pessoa humana, vejamos:

A tese ou consequência normativa é validade e, como válida, sê-lo-á independentemente de a realidade confirmar ou verificar o esquema tipificado na hipótese ou de a conduta prescrita na tese ocorrer como deve ocorrer. Se fosse dotada de valor veritativo, a verificação na ordem fática dar-lhe-ia valor verdade e a não verificação, constituída no valor de falsidade. Como a norma jurídica carece de valor veritativo, quer na hipótese que na tese - tendo validade lógica (verdade apenas formal), o nexu de implicação não reside na obrigação dirigida a um sujeito para tornar verdadeiros o tema ou a proposição. [...] Ou seja, a proposição normativa universal é válida antes de qualquer confirmação empírica no caso concreto. [...] Enfim, a não verdade de proposição descritiva de fatos, como o descumprimento de norma individual fundada em norma geral, não compromete a validade da proposição normativa universal³⁷².

Destarte, tomando por base o excerto acima, em nome de uma hermenêutica que concretize a personalidade humana, é preciso, em atos de decidibilidade, não sacrificar a singularidade dos casos concretos em nome de pautas gerais estabelecidas frequentemente pelos juristas, o que muito se faz via conceitos lexicográficos, verbetes doutrinários e jurisprudenciais ou súmulas, que se impõem sem qualquer alcance de conteúdo teleológico, mormente, na fixação de seu conteúdo, o vínculo com a norma amiúde acabe se desfazendo³⁷³.

Diante dessa hipótese, atualmente, uma hermenêutica no sentido de realização da personalidade, naqueles casos específicos em que o Direito é chamado a decidir, só será concretizada se romper com o paradigma metodológico de outrora, assumindo-se igualmente enquanto atitude filosófica, ou, mais precisamente, enquanto hermenêutica da suspeição.

E isso pode ser realizado através da separação da mera argumentação jurídica subsuntiva, quando diante de hipóteses em que esteja em causa a personalidade ou pessoa humana em si, o seu caráter puramente instrumental ou procedimental ou discursivo se volte para uma espécie de pré-compreensão da humanidade que se subsuma à determinação de base, ou seja, ontológica, que não imprescindivelmente se submete às possibilidades de mundo que se apresentam ao humano no curso da historicidade.

³⁷² Cf. VILANOVA, op. cit., p. 59-60-61.

³⁷³ Sobre esse tema, novamente, são importantes as considerações de VILANOVA, op.cit., p. 161, no sentido de que: “a Ciência do Direito não pode explicar como a norma de decisão criada pelo juiz, para julgar o caso inédito, tenha validade, sem existir proposição normativa geral supra-ordenada; [...] É preciso fazer a construção: ir ao sistema global e subsumir a norma individual de decisão inovadora, dentro do sistema. [...] Sem essa construção jurídico-dogmática, a decisão judicial inovadora ficaria com fato inserindo-se na hipótese de outra norma que o tomasse como pressuposto de ilicitude; convertendo-se num caso de antijuricidade, pois, jurídico. Ou para o sistema, não produziria efeito, o que é ainda juridicizar (negativamente) o fato”.

Desse modo, no trato da personalidade humana, impõe-se, aliás, tomando por base a dinâmica a que se predispôs esta pesquisa, uma acurada reflexão sobre os dados metajurídicos relativos à esfera personalíssima de cada qual que a informam, em contraposição a eventuais universalismos ou relativismos axiológicos.

Esse projeto de atitude reflexiva e crítica, se levado realmente a cabo, seja pela academia, seja pelos pensadores ou operadores jurídicos, só pode ir na contramão de tudo o que se convencionou majoritariamente no Direito até hoje.

E, neste estreio, tem-se, obviamente, a consciência das limitações desta tarefa, mas esta pesquisa obviamente jamais poderia abrir mão da crença de que existem respostas acadêmicas e juridicamente corretas para problemas concretos, porque só assim há sentido de esforço para encontrá-las, mesmo que isso nem sempre ou quase nunca aconteça.

Além disso, fora desta solução valorativa, aliás, problemática, por sinal, ainda que interesses e valores, por vezes, concernentes a um consenso jurídico da personalidade (mais funcionando como acidentes ou manifestações da personalidade) sejam juridicamente relevantes, em si, eles não são uma variável independente, mas, em grande parte, condicionada a um série de causalidades e efeitos, que hoje podem ser e amanhã não mais.

Decerto, não se nega nesta pesquisa a importância da personalidade humana, de sorte que até para se chegar a essa resolução, inclusive, atravessou-se aqui um critério de avaliação ou de valoração da magnitude da pessoa humana, dado inclusive pré-jurídico.

Porém, absolutizar a transformação de qualquer traço de humanidade em valores ou princípios, de forma demasiado generalista, como bem frisado no primeiro capítulo, ainda que seja perfeitamente natural em muitas culturas ante a capacidade humana cognoscente que a tudo tenta atribuir sentido³⁷⁴, essa atitude em si priva os seres e entes de seu substrato intrínseco, além de temporariamente os tornar objetos de simples valoração, que pode ser mutável ou sujeita a configurações relativas, as quais podem servir aos mais variados tipos de desatinos.

Igualmente, repita-se, que essa atitude de reificação ou de sacralização de certas categorias éticas ou jurídicas, em um era marcada principalmente pela biotecnologia e pela dessubstancialização, diz mais respeito às coisas. Ou seja, a tônica de oferecer uma solução linguístico-semântica a diversos institutos do Direito, plenamente aceitos sem qualquer contestação pelos ordenamentos e documentos jurídicos na atualidade, apenas porque são

³⁷⁴ HÄRBELE, Peter. **A humanidade como valor básico do Estado Constitucional**. Tradução de Claudio Mols, Luiz Moreira e Cláudia Toledo. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito & legitimidade*. São Paulo: Landy, p. 53-66, 2003, p. 65.

válidos ou passaram por uma ritualística legislativa, não se coaduna com a denotação de pessoa e de personalidade que foi abordada obviamente nos vieses deste trabalho.

Pessoa e Personalidade, repita-se, não podem ser encaradas jamais como algo pura e simplesmente principiológico e valorativo, isto é abstrato, todavia, senão como uma realidade pretensamente material ou concreta³⁷⁵, aí compreendida toda sua complexidade, na medida em que envolve ações carregadas de reflexos e projeções constitutivos de sua essencialidade, propícios ao seu desenvolvimento e ao seu aperfeiçoamento moral, isto é, quer dos indivíduos, quer da sociedade, realidade essa construída intersubjetivamente, formando categorias distintivas da pessoa em uma dada cultura e em um dado momento histórico³⁷⁶.

Inobstante, não interessa, em termos de personalidade, a fenomenologia absoluta dos valores ou dos princípios, porque são entes abstratos, entes de razão refutáveis pela lógica dos conceitos. A personalidade, ao contrário, é realidade com densidade histórico-ontológica própria, assumida livremente pela pessoa.

Esclareça-se, ainda, que tentar construir, de modo inverso, um filtro de convicção axiológica acerca da personalidade humana que seja denso, pormenorizado, entrelaçado e totalmente coerente ou que seja eficiente sem exceções, retira-lhe também o brilho constante da habilidade de adequação de que é capaz a pessoa humana e que o ordenamento jurídico, seja a cargo da atividade legislativa, seja dos tribunais, não pode necessariamente tolher.

Nesse sentido, mister dizer que, na fenomenologia dos valores, procurar uma justificação racional, no mesmo vestígio da ideia de dignidade, por exemplo, ademais de muitos outros valores jurídicos, para a personalidade humana é tarefa, além de contraditória (ante a face da autodeterminação presente em cada pessoa que pauta sua própria personalidade), bastante perigosa e desafiadora, no sentido de que, acaso não se logre um consenso mínimo acerca de seu significante (normatividade) e de seu significado (alcance e fixação de seu sentido e de seu conteúdo), o assunto encerrará um movediço campo semântico, que não resolverá muito das questões relativas ao estado de ser pessoa.

³⁷⁵ Cf. GOMES DA SILVA, op. cit., p. 88-89, para quem: “o ser não é, pois, realidade inalcançável, mas êxodo imanente. O Eu-tu-eles são palavras base, expressivas de realidade. Não são palavras isoladas, mas um casal de termos, recolhendo a realidade como encontro. [...] O ser é a pessoa humana, sede de valores, irreduzível a qualquer outra e a si mesma. É a afirmação de que o ser humano não é o elemento da natureza, o animal social e político de Aristóteles, sujeito às leis da natureza, com a sua dignidade única de sede de valores e de criatura autocriadora. Subjetividade que se configura e se define através das suas próprias escolhas. Ser é subsistir, ser em si e por si. Aqui está o conhecimento de sua pessoalidade”.

³⁷⁶ Cf. TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997, p. 64.

Não raro, nesse sentido, o ímpeto de simplificações semânticas, face aos juízos e soluções normativas que tenham sido obtidos em coerência com o sistema ou enquadratórios do ordenamento jurídico, poderia ainda encetar o risco de impor ao teor da personalidade um dogmatismo arbitrário e hermético, isto é, de difícil realização à temática da existência humana, haja vista o pluriversal feixe de significados que a problemática poderia instaurar³⁷⁷.

Sem embargo, ainda que se possa falar em opção pragmática dos legisladores e da jurisprudência por uma abordagem da personalidade sob a forma redundante de direitos subjetivos ou objetivos a ela afetos³⁷⁸, muitas vezes autoevidentes, e não como um substantivo personalíssimo inerente às pessoas, essa atitude esbarra, para além das complexas ou difusas estruturas ou situações da vida real ligadas a pessoa humana, quase sempre no problema da eficácia ou de sua efetivação, patenteando amiúde uma irremediável tensão entre fato e Direito.

E a explicação é das mais simples: referidas teia de estruturas ou de situações da personalidade humana dificilmente pode ser traduzível ou comandável ao nível do discurso valorativo ou principiológico do jurídico, isto é, da mera verborragia ou da mera retórica, porque a opção ora é redutora da realidade personalíssima, ora escapa ao domínio da juridicidade meramente axiológica, mormente o fato de que a humanidade não é estática ou isolada, mas em constante dialética consigo mesma.

Sem dúvida, o argumento pragmático, que justifica os acordos prévios em vistas da personalidade, entende que consensos sobre o uso da linguagem são úteis, todavia, ainda que tentem, não são capazes de evitar confusões³⁷⁹. Aliás, essa opção cuida-se, como dito, de uma solução em vistas à decidibilidade, o que não constitui perfeita blindagem às críticas que surgem nem à interpretação que dá novo sentido ao tema num contexto mais amplo – e sobretudo, atualmente, mais aberto – de regras.

Ora, neste viés, se a questão em torno da pessoa e de sua personalidade encerra uma pretensão de validade apenas deontológica ou axiológica, e não também filosófica e ontológica, o mero reconhecimento institucional de uma personalidade às pessoas titulares de direitos ou deveres no ordenamento não funcionará como critério suficiente de validade³⁸⁰, nem mesmo de eficácia ao Direito.

³⁷⁷ Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A, op. cit., p. 17.

³⁷⁸ Sobre o tema, PERLINGIERI, op. cit., p. 153-156, alude para o fato de que a literatura sobre o tema por vezes tem tais direitos como atípicos, em regra, ou seja, fora das hipóteses expressamente previstas, não existiriam outras. Em contrapartida, sustenta que “a elasticidade se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”.

³⁷⁹ DIAS, Graciele da Mata Massaretti e SILVA, Manoel Messias Alves da. **Aspectos da terminologia jurídica**. In: COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e direito*. Recife: UFPE Ed., p. 49-69, 2010, p. 52.

³⁸⁰ Sobre a questão, VASCONCELOS, op. cit., p. 7-8: “Do fato de serem protegidos pelo direito objetivo (estatal, que, com sua força e soberania, visa a proteger um modelo de felicidade geral), não decorre que os animais tenham

E não funciona porque perde de vista seu próprio fundamento em meio a multiplicidade de fatores os mais diversos que tendem a não individuar a pessoa enquanto único apoio seguro da personalidade, imiscuída numa totalidade humana indissociável³⁸¹.

Noutras palavras, se não se considera a pessoa, apenas por quem ela é, em essência, totalidade e unidade, isto é, em personalidade, independentemente de categorias estanques, valorativas ou não, e irrealizáveis; se não há uma luz teórica, sobretudo a garantir a existência e a validade do que se defende, para que não se ponha a lutar por algo que não seja verdadeiro nem valioso, o Direito, lastreado em fórmulas antigas ou axiológicas e também demasiado objetivas, tem uma fraqueza estrutural.

Essa fraqueza estrutural, ademais, jaz senão pela configuração de um Direito sedimentado apenas em ideias ou em ideologias (sejam lá a serviço de quem), que, no fundo, nada representa ou serve a tudo e ao mesmo tempo a nada, mormente porque a verborragia jurídica, ao léu, não necessariamente imbricará um juízo de congruência em seu significado real, que, idealizado, não informa o conteúdo da personalidade.

E, se nada representa ou não se embasa num alicerce assaz firme, o acordo de hoje em torno do Direito pode desaparecer futuramente, caso não se mantenham boas e suficientes as razões para a sua manutenção. Do mesmo jeito, poderá desaparecer a importância das pessoas e de sua personalidade no Direito, que passam a ser dessubstancializadas ou desumanizadas, muito embora na demagogia se sustente o contrário, resultando em leis sem qualquer efetividade, quanto ao trato das questões de humanidade, na prática.

Ou seja, este debate aqui realizado gira, então, em torno da pontualidade de a personalidade ser solucionada apenas com base no conhecimento disponível e concreto, que é senão a humanidade de cada um.

Quando a doutrina e atividade jurídica dos tribunais frequentemente não contextualizam a personalidade, ao não dispensar o arrimo teórico suficiente para suprir o seu déficit de clareza e de coerência, ainda que seja uma realidade típica e real das pessoas, seu conceito permanece cheio de imprecisões, contradições e perplexidades.

direitos subjetivos. Só as pessoas têm direitos subjetivos. A referência a direitos dos animais acarreta uma banalização dos direitos subjetivos que é perniciosa. [...] Parece antes que as pessoas foram degradadas à condição animal [...] ou à superação da razão pela emoção ou do cidadão pelo consumidor”.

³⁸¹ A crítica, aliás, que faz a essa visão operacional-jurídica da pessoa, em resumo, é a de que, quando a pessoa é tida meramente como uma local de aporte para a relação jurídica, a hipótese implica a própria negativa de existência de direitos subjetivos que seriam suposta e eventualmente inatos à pessoa. Ou seja, a condição inata de pessoa não necessariamente depende desse recobrimento jurídico, e muito menos, é preciso ser naturalmente pessoa, para ser titular de direito um fundamental e, neste tocante, basta lembrar de algumas ficções jurídicas a quem o direito empresta direitos, deveres e até mesmo personalidade e capacidade jurídicos.

Aliás, muitas vezes, como já antes mencionado, a inflação do termo dignidade, por exemplo, é afugentada por esta realidade valorativa, na medida que tem contribuído bastante para que não se leve em conta de forma crítica e reflexiva às questões afetas à pessoa e sua personalidade, porque muito frágil, autoevidente e, portanto, insustentável em meio a pretensão de validade universal que reclama a ciência normativa no trato para com a pessoa ontológica.

A dignidade, aliás, enquanto substrato racional alheio à noção de pessoa e de personalidade (ainda que os registros jurídicos tenham confabulado o contrário, como se fosse das pessoas uma características intrínseca, quando não é, mas qualidade racional para qualificar alguém), é um dos maiores exemplos da forte carga valorativa de que se saturou o Direito, sendo hoje impossível de ser conhecida, mas fácil de ser criticada cientificamente, dada a sua base argumentativa ardilosa e “descolada”.

De outro lado, o *status personae* constitui um tema ou uma exigência ou uma realidade universal³⁸², uma situação permanente de base, originariamente adquirida pela humanidade pelo simples fato de constituir-se ou pré-constituir-se uma vida, que resume, como situação unitária e complexa, um conjunto de determinações invioláveis e inderrogáveis afetas à satisfação das necessidades existenciais.

Neste sentido, pode-se concluir, não é a personalidade jurídica que justifica o tratamento dado pelo Direito ao ser humano, antes é a circunstância desse ter a natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça a personalidade, que é uma consequência e não uma causa da intervenção do Direito na tutela do ser humano³⁸³.

Dizendo isso de outro modo, o valor primário, superior e causal da personalidade será sempre o ser humano, garantindo-se lhe a inviolabilidade da vida e o respeito pela sua personalidade, e nunca uma derivação do Direito, que tem o condão de apenas conhecer e reconhecer referida condição da humanidade de cada um.

Destarte, pode-se dizer que, para se alcançar uma dada determinação dos ideais a serem abarcados pelo fundamento da personalidade, é preciso, como já defendido até aqui, partir de seu maior fundamento, qual seja, a pessoa humana. Para esse objetivo, o fundamento de validade da personalidade não é transcendental nem abstrato, mas local e contextualizado e dialogicamente constituído, sem necessariamente reprimir a diversidade.

³⁸² Neste sentido, ASCENSÃO, op. cit., p. 137: “no que respeita à pessoa física, o reconhecimento jurídico da sua personalidade é hoje uma exigência universal. É uma categórica imposição da ordem natural. Em contrário, apontam-se situações históricas que a negaram [...]”.

³⁸³ Cf. OTERO, op. cit., p. 33-34.

Mesmo que à pessoa humana corresponda também a uma construção cultural, concomitante à ordem natural, sendo atualmente um conceito normativo, há nela algo de integral e total (que não é necessariamente valorativo, mas real), ou seja, a premissa da existência da pessoa humana é expressa pelo seu dado fidedigno e igualmente pelo caráter inalienável de seu dado biológico e psicológico, que constitui em si uma materialidade.

Isto é, a solução de problemas eventualmente teórico-cognitivos quanto à temática da personalidade, está justo na estrutura do ser ontológico, entendido em unidade e totalidade, que existe realmente por ele mesmo e único capaz de tornar possível a experiência da autorrealização em vivência. Considerar, aliás, esse substancialismo, praticamente simbiótico, entre pessoa e personalidade, conduz a um critério mais seguro e menos subjetivo (menos pura e simplesmente valorativo) no trato da temática pelo Direito.

Ainda, quando desdobrada ao mundo jurídico essa assertiva comporta a questão de se reconhecer que, se todo ser humano é pessoa em enviesamento ontológico, é em igual régua pessoa também em través jurídico, porque ser pessoa, indireta e externamente, implica o aceitar e subsumir-se a existência de direitos, deveres e prerrogativas.

Aliás, sem sensibilidade estético-lógica do Direito aos destinatários de suas normas, isto é, às pessoas humanas, impossível será ao ordenamento jurídico condescender ao seu próprio objeto, mediado pelas condições de subjetividade, só passível, portanto, de pessoas para pessoas, em feixes de diversidade e de alteridade.

Desse modo, o propósito da pessoa e da personalidade, temas caros hoje ao Direito, vai muito além da mera defesa pragmática ou axiológica ou principiológica de sua realidade, via previsão de direitos e de deveres a elas inerentes ou de consensos meramente retóricos ou extrínsecos, que não tem em conta necessariamente essa essencialidade do dado ontológico da personalidade, que só tem razão de ser na pessoa humana.

Nesse sentido, não que a observância a direitos e deveres ou à valores ou à princípios não seja importante, sobretudo numa ordem jurídica que permanece, em regra, positiva; entretanto, o que não pode acontecer, ao menos, em tese, é tentar resumir a pessoa e a sua personalidade tão somente a tanto, apagando-se lhe toda essência de real, material e concreto.

Dessa forma, ao contrário do que cunhou Jussara Meirelles, isto é, de que "as pessoas são consideradas sujeitos [...] na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres"³⁸⁴, a pessoa e consequentemente sua personalidade exsurtem, ao longo de todo o exposto até aqui, enquanto

³⁸⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 89.

verdadeira síntese ao jugo do Direito, haja vista sua própria natureza substantiva ou ontológica, sobrepondo-se a diversas concepções históricas e particularistas ou simplesmente valorativas, de que se vale o Direito muitas vezes para conformar os conflitos postos à sua alçada.

E síntese aqui não poderia significar uma conclusão fechada a um questionamento ou uma solução definitiva sobre o assunto, como muito acontece em face dos valores, já que eles, querendo ou não, decorrem de um consenso em torno de sua obrigatoriedade.

Aliás, esta nunca foi pretensão deste trabalho, mas sim de entender a pessoa e sua personalidade como algo de extrema intangibilidade também ao Direito, além de limite fático e normativo das categorias ontológicas, que tem consequências relevantes para as questões jurídicas hodiernas mais palpitantes. Não obstante, o Direito só existe porque existe pessoas, estando aí também sua base, muito embora a recíproca de todo não seja verdadeira.

Portanto, quando aqui se escolhe corajosamente se voltar contra esta ideia de valores em vistas da personalidade, essa pesquisa não tem em conta um arquétipo exclusivamente abstrato ou valorativo ou cultural dominante da personalidade, que mais beirava a um personalismo³⁸⁵, mas cada pessoa em si mesma, concretizada na sua específica realidade física e na sua particular realidade psíquica e moral, isto é, em sua individualidade e em sua humanidade, as quais o Direito não pode desmerecer.

Neste tocante, é interessante que se faça um contraponto aos utilitarismos da eventual existência de uma personalidade, principiológica ou valorativa (axiológica), que muito contribuiu em eras antigas para o apagamento de uma personalidade real ou, em igual medida, do ser ontológico, para favorecer uma dada coletividade ou comunidade.

Guy Debord afirma que o auxílio instrumental desta categorização da personalidade cumpre senão um papel de conformação do aspecto individual ao coletivo. Não é de se estranhar que essa diminuição da monta da pessoa ou da personalidade de cada um em muito interessa, em vias adversas, aos escopos do Direito de pacificação política e social, tendo em vista a preservação do grupal em detrimento do singular, o que pode justificar, por vezes, a falta de interesse do ordenamento por um melhor trato de aspectos da personalidade humana:

O apagamento da personalidade acompanha fatalmente as condições da existência concretamente submetida às normas espetaculares, e também cada vez mais separada das possibilidades de conhecer experiências que sejam autênticas e, através delas,

³⁸⁵ Cf. SEVERINO, Antônio Joaquim. **Pessoa e existência**: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier. São Paulo: Cortez Editora, 1983, p.71, 72. Na esteira de Mounier, o personalismo é aqui entendido como comunidade de pessoas ou de algumas pessoas. Isso explica ademais, a personalidade – ainda que confundida com capacidade jurídica – apenas restrita na modernidade a alguns sujeitos titulares de direitos e deveres, mas não estendida necessariamente às mulheres, crianças e escravos, tidos por sujeitos marginais ou à margem da lei.

descobrir as suas preferências individuais. O indivíduo, paradoxalmente, deverá negar-se permanentemente se pretende ser um pouco considerado nesta sociedade³⁸⁶.

Igualmente, no mesmo sentido, sobre a temática axiológica de categorização das pessoas enquanto categorias valorativas ideais, em detrimento das reais, que muito foi comum na era Moderna, Bauman denuncia um triste paradoxo dessa diferenciação, no sentido principalmente utilitarista para que ela serviu, vejamos:

A personalidade do indivíduo, difundida e dissolvida entre as massas, e as crueldades executadas publicamente destruíram qualquer relação real com a pessoa que estava sendo torturada e morta. Todos aqueles que assistiam a uma execução ficariam horrorizados caso o espetáculo os ameaçasse ou a seus entes queridos. Mas como essas crueldades eram infligidas não a “pessoas reais”, porém a criminosos e “inimigos do povo” (durante, digamos, a Revolução Francesa, quando, para grande delícia das massas, a família real, os aristocratas, os ativistas da Vendaia, os realistas conservadores provincianos e outros inimigos da Revolução foram guilhotinados), a capacidade humana de solidariedade e empatia era reprimida³⁸⁷.

Ou seja, quando se reforça, neste capítulo final da presente pesquisa, essa atitude de revolta contra a absolutização dos valores, a tônica é de justamente impedir esse critério utilitarista (abstrato) da personalidade e da pessoa humana que pode servir (como o próprio enredo da humanidade já demonstrou) a todos os tipos de atrocidades, dentre eles, ao próprio apagamento da monta da pessoa humana, substancial ou ontologicamente considerada.

Essa atitude descamba também para retomar aquela ideia da inescrutabilidade essencial dos seres humanos, que se estende à multidão de pessoalidades, isto é, por exemplo, também ao indivíduo estatístico ou às unidades de um modo geral, ou seja, às mulheres, aos idosos, às crianças, os vulneráveis, os hipossuficientes, qualquer que seja seu estágio humano ou mental etc., dentre outras configurações.

Tanto é importante essa tomada de consciência que todos aqueles conceitos ilusórios valorativos, principiológicos, construídos e justificados pela biografia da humanidade até aqui, sobretudo, por tecnocratas ou burocratas que se apresentaram como demagogos democratas, propagandeando a noção de que sabemos tudo que há para saber sobre as pessoas e suas necessidades, e que todos esses dados são apontados com exatidão e totalmente explicados pelo mercado, pelo Estado, pelas pesquisas sociológicas, pelas avaliações e por qualquer outra coisa que transforme as pessoas em anônimos globais ou abstratos, caem por terra única e exclusivamente para privilegiar a pessoa real e concreta e sua personalidade.

³⁸⁶ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo e outros textos**. São Paulo: Editora Contraponto, 1997, p. 111.

³⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 37.

Inobstante, a pessoa, assim como sua personalidade, justo porque realidades, passam, desde já, a ser um conceito empírico-referencial, não abstrato, mas uma questão de que se utilizou este trabalho como premissa de abordagem para análise das discussões jurídicas atuais atinentes à existência humana em meio aos conflitos éticos que põem (ou puseram) em xeque a Modernidade. A adoção desta premissa, por exemplo, leva, inclusive, à conclusão tautológica de que *se o ser é, logo a pessoa é* e a pessoa é exatamente a manifestação de sua própria personalidade, enquanto aparição autêntica do ser em si ou do real.

Ainda, a afirmação aqui sustentada vai de encontro a concepção de dignidade, que é, vide antes exposto, um postulado jurídico ou uma ideia ou um atributo axiológico inventado, que uma casta de humanos deram a si mesmos, seja para ser mais, seja para tornar os outros menos em termos de respeito ou de consideração numa dada época. Desse modo, a personalidade, ao contrário, enquanto síntese da humanidade e ao próprio Direito, ao exprimir um ser, ou seja, uma realidade material e concreta, representa, pois, globalmente a pessoa³⁸⁸.

Assim é que, nada obstante, para além das meras abstrações jurídicas valorativas, se só existem pessoas concretas e reais, por analogia, simbioticamente, a personalidade, na mesma esteira de raciocínio, é pedra angular, real e perfectível da pessoa humana, pertencente, portanto, ao mundo dos fatos, enquanto realidade. Aliás, adquire-se exatamente da pessoa humana a personalidade sua consistência e realidade objetiva, isto é, dado real cabalmente provado pela possibilidade de ser efetiva e realisticamente, independentemente de quaisquer condicionamentos extrínsecos, a exemplo dos institucionais ou valorativos.

Além disso, a personalidade, por ser ontologicamente intrínseca à pessoa humana indivisivelmente considerada, abrange igualmente outros predicados a esta afetos, tais como a natureza humana ou o ser humano. Essas terminologias últimas são, ademais, critérios essenciais ou universais, passíveis de conhecimento científico ou fruto de um acordo filosófico, sociológico e antropológico das civilizações, o qual não podemos menosprezar (vide, por exemplo, os tratados, convenções ou cartas de direitos humanos, que se utilizam de significantes relativos à ideia de humanidade para referir-se à pessoa em si ou à sua personalidade ou, por vezes, à sua dignidade).

Também convém lembrar que referidas terminologias são “problemas” capazes de serem solucionado mediante critérios universais, não necessariamente absolutos ou valorativos, na medida que sua ideia é decisiva e aceita, ao menos, em tese, por uma grande gama de cientistas sociais. Isso implica em termos epistemológicos, considerá-la (a personalidade)

³⁸⁸ Cf. PERLINGIERI, op. cit., p. 135.

aquém de representações ou definições transcendentais, axiológicas ou principiológicas, pois que uma realidade da pessoalidade, perfeitamente tangível e sensível à humanidade de cada um, além de que uma abertura da existência humana em si mesma³⁸⁹.

Daí porque deduz-se, a partir de uma perspectiva de validade jurídica objetiva e universal (que não necessariamente é valorativa), ser a personalidade imediata, rotineira, imperativa e presumível, além de inquestionavelmente aceita, porque encontra, ademais, substrato na existência real de seus agentes, porquanto, além disso, pressuposta numa experiência autêntica e legítima ou, ao menos, possível, já que consubstanciada na ideia de vida ou existência humanas.

Essa premissa menos axiológica ou principiológica acerca da personalidade, ao contrário da noção de dignidade, cuja base (especialmente) é *kantiana*, ademais, torna-se mais que uma valoração da razão ou do imperativo categórico *a priori*³⁹⁰. Sobre essa última assertiva, interessante a posição de Douzinas ao contrapor-se à ideia *kantiana* de pessoa racional, vejamos:

A lacuna entre uma pessoa real e sua imagem jurídica adquire a forma de excesso e falta ao mesmo tempo, e torna-se inteiramente visível quando as pessoas dão início a procedimentos legais. Excesso: a lei confere ao sujeito um excedente de razão, um racionalismo extremo, que o retrata como uma máquina de calcular. O sujeito jurídico tanto quanto o homem “econômico” ou “racional” do neoliberalismo são “abstrações de pessoas reais que enfatizam um lado da vida humana — a capacidade de raciocinar e calcular — em detrimento de toda circunstância social que realmente traz os indivíduos para a razão e o cálculo de maneiras particulares”. Esta é a razão pela qual o “homem razoável” é uma figura tão central no raciocínio jurídico. Quando feministas ou teóricos criticam a constituição sexista ou racial desse construto, eles deixam escapar o ponto básico do “homem comum”. O homem razoável não é uma conspiração de juízes conservadores, mas uma cifra ou símbolo do sujeito jurídico que não pertence ao comum, uma vez que tudo relacionado ao corpo ou aos sentidos

³⁸⁹ Sobre as terminologias mencionadas neste parágrafo, importante a contribuição de São Tomás de Aquino, op. cit., p. 19-20: “Assim se torna evidente que quer o nome Homem, quer o nome humanidade significam a essência do Homem, mas de maneira diversa. Isto porque o nome Homem significa-a como um todo, isto é, na medida em que não suprime a designação da matéria, mas implícita e indistintamente a inclui, tal como, conforme se disse, o gênero contém a diferença. É por essa razão que se predica o nome do homem dos indivíduos. Já o nome humanidade significa a essência do homem como parte, pois só contém na sua significação aquilo que é próprio do homem enquanto é Homem e suprime a designação de toda a matéria. Assim se torna evidente que quer o nome Homem, quer o nome humanidade significam a essência do Homem, mas de maneira diversa. Isto porque o nome Homem significa-a como um todo, isto é, na medida em que não suprime a designação da matéria, mas implícita e indistintamente a inclui, tal como, conforme se disse, o gênero contém a diferença. É por essa razão que se predica o nome do homem dos indivíduos. Já o nome humanidade significa a essência do homem como parte, pois só contém na sua significação aquilo que é próprio do homem enquanto é Homem e suprime a designação de toda a matéria”.

³⁹⁰ Cf. Kelsen, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Armenio Amado, 1963, p. 31. Nesta obra, o autor faz uma crítica ao imperativo categórico de Kant, dizendo-o ser uma fórmula vazia de conteúdo, com lastro em falsas ilações: “[...] patente que com o ‘poder-querer’ do imperativo categórico, se que significa um ‘dever-querer’, que o verdadeiro sentido do imperativo categórico é: actua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal. Mas, de que máxima devo eu querer e de que máxima devo eu não querer que ela se transforme numa lei universal? A esta questão não dá o imperativo categórico qualquer resposta [...] o que ele exige nada mais é que a conformidade da acção a uma lei, isto é, a sua harmonização com uma norma geral”.

não faz parte do domínio da razão e deve ficar de lado ou ser excluído. O sujeito jurídico não é apenas ralo, mas etéreo, ao passo que pessoas reais são sempre “densas”, cheias de fraquezas, inadequações e incertezas³⁹¹.

Desse modo, do excerto acima, pode-se deduzir que a atribuição da personalidade, se levada a cabo pelo Direito, não é nunca a título de quota: cada um terá sua plena personalidade – densa, cheias de fraquezas, inadequações e incertezas – com a implícita impossibilidade de que ela seja negada não apenas a si mesmo, como amiúde a outros titulares.

Logo, não é igualmente a personalidade algo que necessite de mais ou menos justificação racional ou axiológica, mas que apenas precisa ser intuída, afirmada e incutida semioticamente na mentalidade social, cultural, política, econômica e, principalmente, jurídica, porque, como fato dinâmico e *prima facie* que é, assegura uma espécie de autorrealização humanamente possível essencial aos desígnios da dinâmica do próprio Direito.

Noutra senda, ao passo que não se pode expressar ou se exigir numa linguagem meramente normativa e valorativa, fazer exatamente o contrário no que remonta à personalidade, supondo que ela só pudesse encontrar sua razão de ser na servidão valorativa ou utilitarista ou legalista ou a cargo da imposição estatal de dotar o seus subordinados de capacidades jurídicas, a hipótese implicaria recair em certa falácia naturalística, ao ponto de enclausurar o próprio *ethos* plural que a concepção de personalidade envolve num bojo legalizado, em contraposição à experiência espontânea realizável das pessoas.

Nesse diapasão, por não precisar necessariamente de um postulado axiológico jurídico justificador, senão de um fundamento personalístico (ou seja, afeto à própria pessoa – realidade ontologicamente considerada), a personalidade, em sua mais perfeita realidade, satisfaz-se enquanto uma síntese ou finalidade em si mesma, na mesma baila, das pessoas humanas, que são simultaneamente *ultima ratio essendi* desta mesma realidade.

De tal sorte, a personalidade, ao ocupar este *status* de tão extraordinária relevância e beneficência ao lado da pessoa, diferencia-se de todas as demais valorações tipicamente jurídicas, coisas e, sobretudo, da animalidade, não permitindo-se equivalente, substituível ou comparável, porque premissa válida universalmente, ficando-se em posição topográfica aquém de prescindir de qualquer fundamentação meritória, valorativa ou racional de dignidade³⁹².

³⁹¹ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 245.

³⁹² Como visto da interpretação que se fez de Kant, em linhas pregressas deste trabalho, o ser humano possui dignidade porque detém razão. Em tese, atualmente, como em Kant, poder, honra, riqueza ou prestígio não constituem nenhum valor moral verdadeiro, senão a razão, vide exposto. No entanto, confabulou-se, na mesma esteira, em argumentos anteriores desta pesquisa, acerca da possibilidade (ou mera hipótese) de as pessoas serem destituídas de suas capacidades racionais, a exemplo daqueles que, por causa transitória ou permanente não são capazes de exprimirem certa autonomia ou vontade. Neste caso, seriam elas indignas? Aqui a mera suposição de eventual indignidade, seja ela temporária ou permanente para uma pessoa ser legisladora universal de si mesma,

Inobstante, quanto a um eventual direito topográfico à personalidade ou da personalidade, é preciso que se repita aqui, por derradeiro, a necessidade de frisar sobre uma indeterminação terminológica quanto a tal termo, de modo que não há o direito à personalidade, mas tão somente direitos de ou da personalidade, porque a pessoa, como dito, confunde-se ou nasce com a sua própria personalidade, não sendo necessariamente a personalidade um direito, senão uma condição humana, que o Direito basta apenas reconhecer, como escopo, inclusive, de seus próprios pressupostos.

Essa reformulação terminológica, forçoso que se diga, contribui, ademais, para não afunilar ou categorizar o ser humano a partir de uma existência como valor, de onde se adquiririam apenas os direitos essenciais ao desenvolvimento sadio da personalidade com o cumprimento de eventuais normativas capazes de atingir tal feito.

No mais, convém para essa análise até aqui desenvolvida, considerar senão a pessoa e a personalidade, enfim, enquanto, como dito, síntese caríssima e decerto importante ao Direito. Ainda que afirmar essa premissa parta decerto de uma opção valorativa a cargo deste agente que investiga tal temática nesta pesquisa, a presunção em si não toma a personalidade necessariamente como valor, sob os riscos etnológicos de tal determinação semântica. O contrário fosse a personalidade, enquanto subsumida à carga dos valores, não resistiria ao tempo nem mesmo configuraria verdadeiro testemunho às emergências da pessoa.

Por derradeiro, haver por tematizado, aliás, esta questão até aqui colide contra a cegueira moral e jurídica de outrora, que tinha em conta tão somente um modelo de homem abstrato, sem limites, capaz de agir segundo uma lei moral universal ou conforme a ordem jurídica, que apenas lhe servia. Ou seja, voltar-se contra valores absolutos de uma época pregressa que se diluiu na contemporaneidade, inclusive, na atualidade jurídica, é resgatar aquele ser ontológico e sua personalidade, que restaram esgrimidos ou apagados pela Modernidade.

Afinal, é só através deste reconhecimento ou deste resgate da pessoa e de sua personalidade que o jurídico se humaniza, aproxima-se da sociedade e também encontra sua realização, porque feito por e para pessoas.

Noutras palavras, enquanto síntese (e, desde já, arremate conclusivo até), a personalidade em cada pessoa ontologicamente considerada – e todas as terminologias / denominações daí advindas sempre terão seu sentido enraizado na humanidade de cada um, não

leva-nos a crer, conforme todo o exposto nesta pesquisa, que a razão, como condicionante ou substrato da ideia de dignidade, não é um descritivo universal objetivo para uma eventual base teórica deste instituto jurídico na atualidade, justo porque levaria à supressão ou à perda, ainda que transitória da dignidade. Logo, no afã desta pesquisa, não se exige do ser algo mais para ser pessoa, a exemplo de autoconsciência, autonomia moral, capacidade de dor, etc. A pessoa simplesmente é.

importando quão imoralmente uma pessoa seja ou tenha agido, ou capaz ou incapaz para os atos da vida pública ela seja. Ainda assim, mesmo nestes casos, a pessoa não perderá jamais seu traço característico de humanidade e, justo, por conseguinte, sua personalidade, de onde daí advém o respeito a sua essência, identidade, totalidade e unidade.

4.2 Sobre os elementos centrais de um novo paradigma para o Direito a partir da densificação da personalidade: o papel ético humanizado de ser pessoa no Direito

Do mero sujeito das confabulações filosóficas da antiguidade clássica e medieval ao indivíduo moderno megalomaniaco, que abandonou a caverna platônica e se creditou pensante e racional, pode-se perguntar, nesse contexto, qual o papel da pessoa humana – não necessariamente em dignidade, mas a pessoa real, concreta, sem qualquer predicado alheio da modernidade clássica – para a atual quadratura do Direito.

Repita-se: pergunta-se aqui das pessoas reais, estas sim, não uma contemplação, não um valor em si, que não sejam rasas, mas enquanto um desafio ético e jurídico de engajamento, de investigação, de reconhecimento positivo, vinculante, objetivo e regulativo de comportamentos.

Tomando-se por base a pessoa humana, que tem necessidades de sobrevivência a serem perseguidas e atendidas e, portanto, só assim pode gozar de certa liberdade de autodeterminação³⁹³, cabe, ademais, agora, uma última e derradeira reflexão sobre o papel do Direito (ou, em maior ou menor grau do Estado) e das pessoas humanas ou da sociedade, de um modo geral, no que toca à promoção e à proteção personalidade da pessoa, partindo-se de uma perspectiva ontológico-ética.

Neste aspecto, não se pode igualmente deslembrar aqui que a pretensão estatal – quase sempre baseada num consenso ou num contrato social – de atenuar as esferas de liberdade/autonomia humana fatalmente concorre para que a ideia de autodeterminação pessoal existencial seja conflitada, haja vista que a maioria das prescrições jurídicas são quase sempre impostas, porém legitimadas, independentemente de seus destinatários, ainda que estes não concordem necessariamente com o conteúdo material contido no bojo formal da norma. Basta lembrar, afinal, que há circunstâncias existenciais – típicas da personalidade – não peremptoriamente antecipadas em austeras categorizações e padrões legalistas arcaicos.

³⁹³ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 184: “A humanidade do homem é identificada não como algo dado ou como uma essência, seja ela natural ou supranatural, mas com uma prática ou tarefa: a tarefa de autoemancipação de toda dominação e sujeição por meio de um acesso coletivo e universal à política”.

Porém, é preciso não descurar nesta pesquisa que o legislador nem sempre é capaz de antever com absoluta precisão todos os problemas que ocorrerão no futuro, no mesmo passo de que a ideia de personalidade, porque engloba uma perspectiva ética, no sentido de que as pessoas a desenvolvem livremente, mediante condições de intersubjetividade, isto, é em alteridade, acabou criando um obstáculo jurídico à opressão estatal institucionalizada.

Tomando por base essa assertiva, busca-se agora um fio condutor que possa legitimar esse exercício de autodeterminação pessoal em face dos poderes estatal e judicial, além da produção de um conhecimento dialógico e dialético adequado a contribuir para que a atividade jurídica, em específico, possa ajudar nesta missão de servir como instância também de uma eventual eticidade, no campo da personalidade e dos direitos a ela afetos, quanto à defesa, à valorização e à promoção das capacidades éticas da pessoa humana.

Esse modelo ético-jurídico propõe, obviamente, que a validade jurídica – aquém de uma validade meramente político-jurídica instrumental – seja também associada e condicionada ao respeito da personalidade, a partir de uma concepção sempre expansiva pautada no poder de ação e de decisão daqueles responsáveis pela vida em coexistência.

Passemos, então, à referida análise.

Viu-se, ao longo de toda esta exposição, com ajuda transversal do método hermenêutico-fenomenológico, a relevância de se devassar os meandros da história da humanidade até aqui. Nessa baila, valeu-se, concomitantemente, neste processo dissertativo, da redução, da transcendência, repactuação e da ressignificação de algumas categorias ou de alguns *standards* da Modernidade e também da contemporaneidade jurídica.

Desse modo, então, procurou-se evitar recair no dogmatismo de conceitos acabados e fechados, sem quaisquer críticas, característica dos fundamentalismos e de outras tendências extremadas, típicas do relativismo e dos subjetivismos individualistas ou das teorias morais hedonistas ou eudemonistas ou do utilitarismo ou do pragmatismo material, que numa dada época podem influenciar o jurídico.

O recurso à hermenêutica fenomenológica aqui neste trabalho, derradeiramente, demonstrou-se imprescindível, dada a sua importância metodológica, porque interpretar a ontologia não é necessariamente se propor a exatidões ou a afirmações concluídas. Em verdade, dentro desse norte procedimental, já explicado nas linhas anteriores, não se pretendeu jamais utilizar uma fenomenologia que esgotasse o assunto da ontologia, isto é, da pessoa humana e de sua personalidade, mas como dito, apresentar caminhos ou abrir novas possibilidades.

Neste itinerário de busca por essa essência da intersubjetividade, se a pessoa era o princípio, o meio e o fim do conhecimento, ou ponto de partida para se pensar esta pesquisa e,

em especial, o próprio Direito, então, obviamente, ela só poderia aqui restar compreendida, afinal, a partir desta representação moldural, isto é, como, algo que não necessariamente se concluiu, mas abre-se diuturnamente diante das probabilidades existenciais.

Inobstante, ao reduzir-se a categoria jurídica da dignidade da pessoa humana, visando-lhe à transcendência, no afã de uma ressignificação ou repactuação semântica do Direito em face de um substrato maior que lhe desse sustentação, a primazia da personalidade, como princípio implícito ou metanorma paradigmática, representou, neste trabalho, o compromisso ético de uma sociedade ou da própria pessoa humana em defender e promover o que se pode designar de essência e fundamentalidade irreduzíveis da humanidade.

Este humano, aliás, na visão deste trabalho, encontra também sua livre determinação na exata medida em que se autocompreende em realidade e alteridade, na esteira do ser (e também) do dever, pois aí se embasa a sua identidade e a sua individualidade, mais precisamente, a humanidade de cada um, tão relevante aos rumos em que se descortina sua vida.

Ao contrário, dizer que a pessoa humana, seria fruto apenas de categorizações estanques, sejam elas valorativas ou não, sejam inclusive jurídicas, ou um simples produto do meio recairia igualmente nos riscos de determinar-lhe o destino, a ponto de transformá-la em um ser inerte diante de seus próprios desejos ou forçá-la a ser como o homem do *admirável mundo novo*, recluso em moldes do passado ou numa espécie de reserva histórica, sem coragem para enfrentar o fascínio das possibilidades do novo.

Nesse sentido, João Maurício Adeodato afirma que:

Em uma sociedade altamente complexa só seriam possíveis consensos temporários, casuísticos em determinados contextos, construídos para determinada situação, nunca uma legitimação garantida racional e institucionalmente, seja quanto a conteúdos estimativos, seja quanto a procedimentos argumentativos.³⁹⁴

O mesmo autor, a seguir, complementa o excerto acima, afirmando que:

A ética inerente a um positivismo contemporâneo não parece ser aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos em si mesmos, o positivismo coaduna-se com maior facilidade a uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a qualquer custo.³⁹⁵

A citação acima calha bem com que se falou, no segundo capítulo deste trabalho, no sentido de que o positivismo jurídico não é de todo perdido aos desígnios defendidos nesta

³⁹⁴ Cf. ADEODATO, op. cit., p. 315-316.

³⁹⁵ Cf. ADEODATO, op. cit., p. 203.

pesquisa, apesar de que seu demasiado fechamento científico tenha sido exaustivamente criticado. Daí porque, este excerto doutrinário supra pressupõe, na análise até aqui feita, a premência por abandonar grandes soluções universalistas, no sentido de se adotar uma postura mais cética, em níveis ético-jurídicos, quando estar-se diante de questões da pessoa humana.

Logo, a postura aqui adotada (para abordar da temática da personalidade enviesada de pressupostos éticos) não poderia ser outra, isto é, há que ser a mais ponderada possível no trato do assunto, já que definir a essência, determinar o conteúdo mínimo da pessoa humana, desenhar lhes os contornos, construindo um modelo, não é algo muito salutar a ser realizado por meio da ciência ou da técnica jurídica, mormente poque inibe as possibilidades da liberdade e da autonomia. E nem mesmo o Direito poderia.

Desse modo, reconhecer a subjetividade concreta da pessoa humana – em níveis éticos de liberdade, é requisito para compreender a necessidade de proteger-lhe a autonomia ínsita à conotação de personalidade, isto é, essa necessidade de autodeterminação existencial quando relacionadas às pessoas, o que exige um olhar além do mero jurisprudencialismo.

Nessa quadratura, por conta disso, muito embora o Direito seja, amiúde, a expressão técnica da Política, o seu papel não deve ser instrumento servil dos propósitos transviados que animam, de quando em quando, o sumo objetivo de pacificação ou coesão social. Ainda que hodiernamente sejam a justiça social e a equidade fatores programáticos e preponderantes, que fundamentam e conduzem muitas Cartas constitucionais, há, em verdade, claro despreço pela realidade circunstante e pela verdade experimental da vida humana.

Isso fica bastante claro quando está em pauta especialmente conflitantes aspectos da liberdade/autonomia, motivo pelo qual o que se vê na prática é uma legislação ou uma política judiciária de cunho nominalista³⁹⁶, que ora mais serve para conformar a realidade excludente de atores marginalizados da sociedade, a despeito de garantir direitos personalíssimos, ora para encobrir ou mascarar problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade.

³⁹⁶ NEVES, op. cit., pp. 126-129. O autor afirma que a origem das Constituições nos países periféricos resultou da descolonização formal, isto é, do processo de independência destes países em relação à metrópole, eixo soberano, fato este que não foi bloqueado estruturalmente nem pela economia nem por outros sistemas políticos. Em tese, segundo o autor, essa independência nacional não implicou uma reprodução autopoietica do sistema político, porque o que aconteceu na prática foi uma mera reprodução do modelo constitucional democrático válido nos países centrais, que foi copiado, sem que, no plano interno das antigas colônias, houvesse condições para sua realização, resultando ora num nominalismo, ora num instrumentalismo constitucional, de modo alternado. Exceto no caso do normativismo constitucional, típico dos países do centro, cuja modernidade é avançada, em países periféricos, tanto o nominalismo constitucional com o instrumentalismo, podem ser lidos como incapacidade de concretização do texto constitucional, que passeia também por uma ruptura sistêmica do processo de legiferação. Desse modo, Neves conclui que o modelo constitucional imitado não é apropriado para assegurar o comportamento previsto, na medida em que a heterogeneidade estrutural e a marginalização das massas agravam-se na modernização periférica, onde a pluralidade de variantes subverte a noção mais básica de conceitos como direitos fundamentais, cidadania, divisão dos poderes e eleições democráticas, que acabam perdendo o próprio significado.

Inobstante, uma simples dedução lógica da pessoa humana, que tem vitalidade própria, e de seu predicado mais essencial e inseparável à subserviência política ou jurídica conduzi-los-ia para a manutenção de esquemas pré-estabelecidos, mesmo que a justificação e a efetivação de seus postulados fossem perfeita e estritamente racionais.

Ou seja, em vez de uma universalidade que servisse de consciência crítica para a razoabilidade de uma unidade/totalidade da personalidade em face da pessoa humana, estar-se-ia diante de uma perspectiva dogmática ou lógico-processual de uniformização universal do jurídico, com a qual não compactua manifestamente este trabalho.

Destarte, a defesa de uma perspectiva jurídica eticamente comprometida com a salvaguarda da personalidade da pessoa humana significa senão que ela não pode ser reduzida exclusivamente a aspectos jurídicos autodeterminantes de uma dada subjetividade, mas antes compreendida conjuntamente alçada ao jugo de fatores filosóficos, históricos, culturais, antropológicos, econômicos, políticos, sociológicos, dentre outros, dos quais a compreensão da importância da personalidade não pode ser desvinculada.

É nessa contextura, inclusive, que o desenvolvimento da personalidade encontra sua densificação ético-jurídica, seu *ethos*, sua razão de ser e de existir, ainda que o Direito atualmente viva uma crise cultural, diante da diversidade de modelos interpretativos vigentes, sendo mais cômodo aceitar o ecletismo hermenêutico, com o auxílio de múltiplos recursos retóricos sem qualquer alcance social (efetivo), na prática.

Essa densificação da personalidade implica o reconhecimento de uma forte eticização do discurso jurídico, que exige dos juristas, de um modo geral, uma constante preocupação com as implicações éticas de sua atividade, que não pode perder de vista a pessoa humana tampouco sua personalidade, já que o Direito finalisticamente encontra-se afeto aos objetivos de realização de aspectos da personalidade.

Não raro, ainda, tal densificação ética do mister jurídico no trato da personalidade obviamente não poderia jamais se restringir à chamada justiça formal ou à moralidade interna do Direito, mas antes envolver uma dimensão substancial, ligada à importância da humanidade em sentido expansivo, aberto ou abrangente, sem a qual a esfera judicial se torna um mero instrumento do arbítrio ou simplesmente uma instância do poder sem qualquer compromisso institucionalmente ético para o qual fora pensado.

Essa contextura aduz para o fato de que os critérios de fundamentação para as decisões judiciais ou para uma filosofia atual que envolvam o Direito deverão ser selecionados e desenvolvidos pelos juristas muito mais pelo critério ontológico condizente com a pessoa humana do que pela sua formal positividade ou por outros critérios técnico-instrumentais, que

não respeitam a humanidade pessoal dos sujeitos atingidos pela atividade jurisdicional ou não se aproximam da estrutura e do funcionamento dos atuais sistemas jurídicos em vistas dos direitos personalíssimos fundamentais.

De fato, esse esforço humanístico em sede de atividade jurisdicional de nada valerá acaso não se evite que a pessoa seja privada das condições materiais necessárias para a sua digna proteção ou se não houver contraposição a qualquer prática que menospreze essa unidade ontológica, como tal, expondo sua subjetividade intangível, inalienável e indisponível à condição desigual perante os outros, ao desconsiderar referida estatura pessoal, que não pode ser diminuída a simples meio de outras finalidades sociais, sejam elas políticas ou econômicas.

Na verdade, o que justifica a criação de regras jurídicas que limitem, às vezes, o campo de atuação individual se dá só e somente só em face da esfera jurídica alheia. Mais: o Direito colabora (e deve colaborar) no processo de proteção e contenção por vezes da personalidade, proporcionando em mesma régua os meios de realizá-la. E o faz, igualmente, como já se observou acima, pela garantia de um mínimo existencial para as pessoas.

Obviamente, se o ordenamento jurídico tem o poder-dever ou a habilidade de garantir isso, este é um problema cujo viés sociológico não se pode aprofundar exaustivamente nos limites deste trabalho. Todavia, uma vez que se considera atendido o mínimo existencial ou um mínimo de entrega de Justiça aos jurisdicionados, estes podem, com maior intensidade, ser considerados sujeitos, no sentido de serem capazes de agir segundo suas próprias razões e desejos, e não apenas de serem movidos por necessidades de autoconservação, de autopreservação ou de sobrevivência, como se animais fossem.

Noutras palavras, a concepção de pessoa humana, que, em última análise, no degrading de uma personalidade ativa plena, não esteja circunscrita a aquiescer uma normatividade ou a operacionalizar ou instrumentalizar relações jurídicas em critérios de mera subsunção ao texto da lei, também deve ampliar os seus efeitos para uma dogmática, portanto, arrolada aos critérios de emancipação, fundamental para o exercício da liberdade e da autonomia, seja pela reivindicação de direitos, seja pela apropriação de espaços, seja pela pugna de fazer valer os próprios direitos. Nesse sentido, José Geraldo de Sousa aduz que “o nível restrito de acesso à justiça, portanto, reafirma-se no sistema judicial. O nível mais amplo do mesmo conceito se fortalece em espaços de sociabilidade que se localizam na fronteira do sistema de justiça”³⁹⁷.

Inobstante, é neste mesmo viés que meios de juridificação ante a heterogeneidade estrutural e a marginalização das massas perdem espaço para meios de desjuridificação – ou

³⁹⁷ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Por uma concepção alargada de acesso à justiça**. In: Revista Jurídica, v. 10, abril/maio, 2008, p. 07.

meios alternativos de composição dentro do próprio Judiciário, que fundamentalmente não traduziriam ou representariam um pluralismo como alternativa ao legalismo, mas sim reações difusas e instáveis ao excesso ou à falta de legalidade³⁹⁸.

Aliás, dito isso, noutras palavras, se não reconhece no âmbito do Direito a magnitude da pessoa humana e de sua própria existência e personalidade, reduz-se a, então, à mesma categoria dos seres irracionais. Destarte, em contraposição à existência de seres controlados, ordenados, tangidos, cerceados, cercados, maiormente como objetos ou algo qualquer que lhe se assemelhe, e não como sujeitos, é a autonomia privada, consonante já afirmado no capítulo anterior, que jaz, assim, enquanto um dos principais instrumentos e alicerces que garante o ordenamento jurídico às pessoas para o exercício positivo de seus direitos e de suas faculdades.

Daí que conciliação, mediação, e arbitragem, extrajudicialmente, podem até definir subversões processuais por vias mais parcimoniosas, tranquilas e instantâneas. Porém, noutros dizeres, estas saídas alternativas não abroham tão-somente quanto modo de desembaraçar o judiciário, mais funcionando enquanto construto adequado de máxima participação e concessão de poder de fala às pessoas humanas, garantindo-lhes maior autonomia na resolução dos próprio conflitos, aquilatando-se o diálogo, a destreza na prestação jurisdicional e a efetividade na composição de direitos, permitindo uma maior inclusão social-ético no Direito.

Por outro lado, quando não em causa a necessidade das alternativas acima, se no exercício de direitos afetos à personalidade, a atividade pessoal de cada qual não for lesiva à realidade de terceiros, não carecendo necessariamente de tutela jurisdicional, cabe ao Direito simplesmente tolerá-la ou permiti-la, considerando-a seja irrelevante juridicamente ou lícita³⁹⁹.

Ora, nessa contextura, talvez tão ou mais prejudicial quanto a intromissão indevida de terceiros na esfera privada de alguém seja a intromissão indevida do Estado ou da sociedade, por meio do Direito, na esfera da liberdade privada de uma pessoa, restringindo-lhe as probabilidades de esta se desenvolver como melhor lhe aprouver ou convier⁴⁰⁰.

Em geral, o argumento frequentemente comungado por muitos de que o Direito deve proteger a pessoa contra si mesma, imputando a esta uma série de deveres ou proibições que a ninguém interessa, leva em conta uma ideia de fatalidade da humanidade (já debatida antes, sobretudo, no primeiro capítulo) e que muito pode encontrar sentido em fundamentalismos

³⁹⁸ NEVES, op. cit., pp. 144-145.

³⁹⁹ Cf. VASCONCELOS, op. cit., p. 5, para quem: “a personalidade singular é supralegal [...]. O direito e a lei não têm o poder de conceder ou recusar a personalidade às pessoas humanas”.

⁴⁰⁰ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 59, que aponta para a necessidade que o Direito deve não sucumbir à vontade de tudo querer regulamentar: “à medida que se assentam conclusões, põe-se o problema de saber qual o acolhimento que o Direito lhes deve dar. [...] Há que se rejeitar a tentação de tudo regulamentar. [...] Uma intervenção jurídica prematura pode até ter a consequência perversa de impedir o desenvolvimento de processos técnicos positivos”.

religiosos ou universalismos filosóficos e morais, ou, ainda, em debates movidos por preconceitos ou pelo autoritarismo, mas que não pode ter espaço no terreno jurídico, sob pena de se utilizar o Direito, mais do que nunca, como meio de opressão.

Sendo assim, da mesma forma que não se pode admitir que todas as pessoas percebam a realidade da mesma forma, também não se admite que o Direito avalie a realidade da personalidade de forma idêntica, como se pudesse ser objetivamente apreendida⁴⁰¹. Dessa forma, conforme abordado no tópico anterior, a concepção objetiva de valores não poder ser legitimamente utilizada para conformar, no Direito, a personalidade de cada qual⁴⁰².

Aliás, é porque continua-se insistindo numa concepção objetiva de valores que chega-se a mencionar, majoritariamente, em larga doutrina e em posições decisórias sobre o assunto, que a dignidade, por exemplo, não chega a ser um direito, mas antes um dever da própria pessoa, não só para com ela, mas também para com as demais, sendo obrigação do Estado proteger a pessoa contra seus próprios atos acaso, mesmo sem nenhuma interferência em direitos de terceiros, isso vier a afetar a sua dignidade⁴⁰³.

Na mesma esteira, por muitas vezes (inclusive, erroneamente) a noção de personalidade decorrer da ideia de dignidade, e não naturalmente da pessoa, o seu entendimento, na literatura jurídica e na jurisprudência, acaba abraçando o mesmo tipo de visões totalitárias ou opressivas acerca da pessoa humana, o que muito contribui senão para a diminuição de sua capacidade plenipotenciária de realização. Ora, tanto num caso (trato da dignidade) quanto no outro (trato da personalidade), é demasiado falaciosa a premissa de considerar as pessoas enquanto um perigo para si mesmas, porque crê na possibilidade de aferição de humanidade subjugando-a ao delírio da fatalidade ou da autodestruição.

⁴⁰¹ DOUZINAS, op. cit., p. 110, suscita uma crítica relevante no que trata a igualdade presumida pelo Direito a todas as pessoas, no sentido de que: “a natureza humana abstrata e universal, a essência da espécie humana, é distribuída a todos no nascimento em partes iguais. Esta é, evidentemente, uma grande falácia. As pessoas não nascem iguais, mas totalmente desiguais. (...) Assim que o menor material empírico ou histórico é introduzido na natureza humana abstrata, assim que passamos de declarações a pessoas corporificadas concretas, com gênero, raça, classe e idade, a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente. Este tipo de sintaxe afirmativa caracteriza as declarações de direitos humanos”.

⁴⁰² LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 165, o qual aduz que: “o vício inerente à teoria dos direitos é que pressupõe um horizonte homogêneo de experiência que, em realidade, não existe. Produz-se, destarte, um conflito entre a diversidade persistente das relações sociais e o poder homogeneizador do Direito”.

⁴⁰³ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 81. Este autor, aliás, atenta para o fato de que, na mesma esteira da dignidade, por encontrar nesta sua base teórica, acontece o mesmo no trato jurídico da personalidade, cuja realidade apenas é sentida ou verificada no Direito em casos de ofensa, vejamos o seu posicionamento: “o legislador preferiu recorrer à uma categoria prévia e central da personalidade e impor um sistema pelo qual essa personalidade ficasse ao abrigo de ofensas. Não consagra imediatamente uma categoria de direitos. A personalidade, assim referida, poderá ser apontada como o bem que o direito se propõe a tutelar? Temos logo dúvidas nesta afirmação, aparentemente tão simples. A personalidade não é objeto, porque é subjetividade. Preferimos por isso fazer a análise desta matéria prescindindo do ponto de partida num pretenso e pressuposto bem da personalidade”.

À guisa de tais comentários, por exemplo, o princípio da dignidade ou o direito de proteção da própria personalidade estariam em maior grau distorcidos tanto quanto ambos fossem utilizados para impedir que a pessoa humana alcançasse seus ideais íntimos de existência pessoal. Ora, tudo bem que o Direito sirva-se frequentemente a limitar as liberdades, mas, antes, deve prover as condições de respeito à pessoa concreta, ou às suas motivações e aos seus desejos, sob pena de relegar as idiosincrasias de cada um a uma categoria abstrata saída senão de alguma corrente jurídica qualquer, ou de uma temática filosófica, religiosa, política ou cultural alhures, as quais, embora tenham em conta a promoção da pessoa humana, pelo contrário, acabe servindo para tolher desta a capacidade pessoal de realização.

Nestes casos, frequentemente, em sede de casuísmos jurisprudenciais no que concerne ao trato da pessoa e da personalidade, desvanecendo para sentimentos de intolerância juridicizada, ao pressupor que a humanidade é incapaz de exercer suas próprias vontades porque prejudicial a si mesma, acerta bem Lorenzetti, ao apontar para uma cada vez mais constante “saturação do ordenamento” no trato do tema.

Ao observar que “quando impera o casuísmo”, Lorenzetti aduz que “as leis se organizam ao redor do caso, seguindo sua lógica; quando surge o Código, a ordem se funda em conceitos racionais; e quando estes saturam, aparecem outros critérios no ordenamento”⁴⁰⁴. Quanto a esse aspecto, José de Oliveira Ascensão acena:

[O Direito privado] é cada vez mais valorativo, e menos formalista. A expressão do individualismo, vitoriosa com a Revolução Francesa, criou um direito exteriorista. Os aspectos valorativos foram postergados, pretendendo-se o mecanismo da aplicação da regra jurídica, considerada o cume da racionalidade. Este século reagiu a esta situação, gerando o que se chamou, impropriamente, de eticização do direito privado. As preocupações valorativas foram realçadas [...] recorre-se crescentemente às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, que insuflam conteúdo substancial ao sistema de regras. [...] A aplicação do Direito torna-se, assim, menos segura; mas torna-se mais justa, porque a solução pode ser moldada ao caso regular. O sacrifício da certeza é neste caso e, dentro de certos limites, justificado. Mesmo sem remodulação formal, o conjunto de leis torna-se muito mais apto a produzir soluções satisfatórias para o caso concreto. Porque a justiça é o fim do direito, embora a validade do direito não esteja condicionada ao caráter justo da aplicação de cada regra singular. [...] A chave do sistema está na formação do intérprete, que deve ter capacidade de jogar com instrumentos cada vez mais delicados. [...] Por outro lado, o sistema não deve desaguar no sentimentalismo, que faz desaparecer a previsibilidade e, portanto, a segurança das pessoas, nem no empirismo, em que se perde a coerência do sistema. Supõe necessariamente uma racionalização. Deve-se fundar em princípios racionalmente fundados, logo comprováveis. Só assim as cláusulas gerais podem servir de respiradouro ao direito sem pôr em risco a indispensável justificação racional de cada decisão.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Cf. LORENZETTI, op. cit., p. 76.

⁴⁰⁵ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 27-29.

Contrapondo a posição de Ascensão mencionada no excerto acima, o que se espera atualmente do Direito, no trato da personalidade, de modo mais enfático, é senão a submissão dos critérios legislativos e jurisprudenciais a uma constante reflexão crítica, cabendo ao jurista, como parte integrante de sua atividade, buscar, em dados ou princípios ético-jurídicos, o fundamento do juízo decisório, que tenha em conta não só a proteção da pessoa da pessoa humana, como também sua promoção. Esses dados ou princípios citados nem sempre serão apenas aqueles institucionalizados por autoridades oficiais, mas também os que se desenvolvem na consciência comunitária a partir de experiências judicativas constantemente vivenciadas.

Ou seja, a solução de temáticas que envolvem as subjetividades nem sempre vai encontrar sustentação numa base objetiva ou científica firme, tampouco axiológica, porque nem mesmo o Direito se finca em tais categorias. A única certeza do Direito, aliás, é a norma. Porém, a conexão entre tais alicerces envolvendo matéria de personalidade só poderá ser obtido via recorro ao substrato ontológico da pessoa humana.

Daí porque uma transformação ética em Direito e vice-versa pressupõe uma intensa sinergia, a ponto de afetar a compreensão do próprio sistema jurídico e o próprio sentido do Direito, que deve incluir os mais diversos sujeitos (pessoas) neste sistema de proteção; não só no sentido de ampliar-lhe o conteúdo, num projeto compreensivo e plural, mas igualmente no afã de acolher como válidas as mais variadas concepções de existência pessoal em meio a um mesmo conjunto de normas.

Uma ressalva ainda importante, nesse diapasão, é que, se a ideia de personalidade leva em consideração uma essência da pessoa humana, só mesmo esta poder-lhe-á definir o conteúdo e apontar as circunstâncias que a agridem, ainda que as sanções, quando diante de eventuais violações, fique à cargo do jurídico. Desse modo, liberdade, autonomia e alteridade contribuem bastante nesta densificação ética da personalidade em meio ao Direito.

Sem embargo, não se trata aqui de impor, ao trato da pessoa e da personalidade por meios coercitivos, uma única diretriz comportamental e forçar que todos sigam um mesmo código moral uniforme, mas, antes, no Direito, também fomentar condições para que pessoas com visões de mundo particulares possam pautar sua personalidade livremente e conviver harmoniosamente num mesmo espaço, respeitando-se ao máximo sua autonomia e promovendo as potencialidades de cada qual.

Não de outro modo, essa proposta de transformar ética em Direito e vice-versa, nos moldes até aqui sintetizados, pode servir inclusive, como parâmetro para aferir a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional. Ora, tanto mais será legítima a jurisdição quanto mais essa atividade contribuir para a expansão do círculo ético e para o alargamento do

conceito de respeito ao outro (enquanto pessoa). Ou seja, dimensionando o Direito de forma ética indicará ao jurista o que este pode e deve fazer como também apontará os caminhos que o jurista deva evitar para não violar o núcleo essencial da juridicidade/eticidade da pessoa humana e de sua personalidade intrínseca.

Para que esta proposta se torne viável é essencial exercitar uma perspectiva compreensiva dentro do próprio mundo jurídico, no afã de que os juristas comecem a ter uma postura mais plural e afável, abdicando principalmente do impulso de operar, em seu mister, como pedagogos morais a infligirem suas próprias mundividências às demais pessoas.

O magistrado, ao contrário, servindo de baliza, possui um papel muito admirável a ser desempenhado nesse procedimento de alteração ética do Direito no que tange à pessoa e à sua personalidade. E, para isso, necessita ter ciência de que sua empreitada não precisa ser a de uma marionete do poder, mas a de uma criatura capaz de agir pelo aumento da justiça e pela excisão das injustiças dentro de limites funcionais de seu mister.

De parte desta pesquisa, é preciso, ademais, desde logo arrematar que não se pretendeu aqui defender um insustentável determinismo histórico em que a expansão do círculo ético poderia ser facilmente constatada no trato da pessoa humana e de sua personalidade. Aliás, a obra da justiça não é um empreendimento determinado pelas contingências de uma história que acabou mal, mas sim porque é capaz de articular relações que tornam possível a existência de seres exteriores à totalidade, sua aptidão à inocência e sua presença uns para os outros.

Aliás, o debate aqui instaurado sequer é novo, mas de reforço, sobretudo diante da tarefa hercúlea de tentar esquadrihar um desenho abrangente e definitivo das ideias jurídico-filosóficas que influenciaram a concepção de mundo atual em meio às questões afetas à humanidade. Nesse ponto, tendo corrido o risco de, nesta pesquisa, repetir ideias já bem conhecidas, de suprimir outras tantas importantes e talvez até mesmo de ser acusado o presente trabalho de superficialidade, a opção aqui realizada foi de justo não fugir do clássico.

Daí porque aqui, sobretudo no primeiro capítulo, forçou-se esse retorno crítico à compreensão da clássica filosofia da subjetividade, no sentido de apontar-lhe novos significados que não os de outrora, que serviram para deturpar da pessoa humana seu traço ontológico de humanidade.

Diga-se de passagem, resgatar essa dimensão substancial da pessoa humana (apagada em face dos desígnios da Modernidade) e o compromisso ético do Direito (esgrimido por um ideal de ciência jurídica positivista), antes de ser solução, foi aqui encarada como um projeto contínuo, uma intenção, uma atitude, uma perspectiva ou uma visão de mundo, cuja utilidade foi nos permitir, enquanto juristas ou acadêmicos, avaliar se as escolhas que fizemos no trato

da pessoa e da personalidade estiveram em evolução na direção correta ou se, no mínimo, ampliaram, no Direito, o sentido objetivo de poder que promove a pessoa humana.

Ainda que possa ter aparentado este trabalho uma aparente defesa de uma metafísica libertária ou praticamente transcendental voluntarista, no plano do Direito, no que diz respeito ao trato da personalidade, a verdade é que o que se buscou até aqui foi exatamente o contrário: isto é, admitir como sustentável em seus substratos um postulado sobre o qual o próprio o Direito fundamentalmente se erige.

Daí porque não encerrar, nesse contexto, como já defendido outrora, a noção de pessoa apenas uma substância ou apenas uma materialidade ou apenas uma ideia biológica ou apenas uma titularidade jurídica, no marco entre humanidade, pessoalidade e eticidade. Seu significado sempre será mais, isto é, estabelecido pela definição de critérios ou predicados que forneçam um teste decisivo para determinar se algo faz parte ou não de seu conceito. Como dito outrora nesta pesquisa, ser pessoa é um projeto que não se conclui ou que até aqui não concluiu jamais.

E, diante dessa premissa última, é preciso não deslembrar a inafastabilidade da máxima aristotélica de que a pessoa humana é um ser social, que detém em seu seio razões existenciais, cujo reflexo é a tomada da vida em alteridade. Vale lembrar, inclusive, aquele dito popular de que “nenhum homem é uma ilha”, o que nos leva a considerar que a existência humana requer, não apenas liberdade, mas certa solidariedade entre pessoas, além do fato de que o Direito deve ter regras (quicá, também éticas) fundamentadas e embasadas em tal princípio.

Ou seja, se a pessoa humana é uma unidade, em assim sendo, seu sentido não pode ser compreendido dissociado dos feixes em que a vida e a existência humanas se desenvolvem ou remanescem. No entanto, na maioria das hipóteses, não é todo o campo jurídico que é afetado por vieses de solidariedade. Eventual intensa intervenção legislativa e jurídica é cabível apenas na regulamentação, por exemplo, da economia, da posse e da propriedade, das relações de produção e dos negócios de natureza eminentemente econômica, mas não no campo da personalidade, esfera íntima e privada dos modos de ser de cada pessoa.

No mesmo sentido, o principal instrumento das regras jurídicas de solidariedade, enquanto universo também ético-jurídico, são instituídos na forma de deveres, de funções, de poderes-deveres ou direito-deveres. E, sobre este aspecto, segundo o professor Adriano Godinho, não se pode “legar ao legislador a tarefa de prever todas as circunstâncias em que tais limitações são válidas” porque “representaria uma redução indesejável da autonomia dos indivíduos”; ou seja, “o paternalismo estatal, no caso, não pode avançar para tão longe”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Cf. GODINHO, op. cit., p. 14.

Acaso se imagina o contrário, ou seja, que as pessoas são absorvidas pelo Estado, mesmo que por meio do Direito, estas desaparecerão sob as trevas de eventuais totalitarismos, seja jurídico, cultural ou moral. A propósito, interessante a provocação de Douzinas acerca de tal contextura, ou seja, sobre os perigos de uma superlegalização jurídica no trato de questões afetas à humanidade, o que muito contribui para retirar das pessoas a liberdade para pautar a própria personalidade, vejamos:

Em um mundo supelegalizado, regras e normas desencorajam as pessoas a pensar de modo independente e a descobrir sua própria relação com si mesmas, com os outros, com a linguagem e a história. A proliferação de tratados de direitos humanos e a expansão de regulamentação jurídica são parte do mesmo processo, que tem por objetivo aliviar a carga da vida ética e a ansiedade ou, nas palavras de Heidegger, o “desamparo” da humanidade pós-moderna. A lei internacional dos direitos humanos promete colocar no papel tudo o que é humanamente valioso e assegurá-lo para nós em triunfo: a imagem mundial moral da humanidade terá sido finalmente esboçada, e cada um será livre para seguir sua essência conforme definido por governos mundiais e concretizado por tecnologias de desintegração e reintegração do humano protético⁴⁰⁷.

Da citação acima, extrai-se que, num mundo extremamente legalizado, é como se o vocábulo “pessoa” sofresse de uma guerra de rótulos, de uma esquizofrenia semântica, de uma ambiguidade intrínseca, capturada na terminologia “sujeito da lei”. A pessoa, enquanto sujeito da lei ou *subjectum*, seria, na esteira do antes argumentado, a possuidora de direitos e o portador de deveres e responsabilidades. Mas, ao mesmo tempo, a pessoa como *subjectus* estaria, em igual alcance, sujeitada à lei, e trazida à vida por protocolos da lei, moldada por exigências e recompensas da lei e chamada a prestar contas perante os tribunais da lei⁴⁰⁸.

Nesse diapasão, a dupla determinação paradoxal de criador e criado, livre e compelido, ativo e passivo, sujeito e sujeitado, anima como permearia a vida do sujeito jurídico. Porém, constituindo-se, aliás, a personalidade o reflexo ético-jurídico do que há de mais íntimo, de mais próprio da pessoa, ao Direito só caberia, em tais condições, intervir se a consequência de tal atuação excedesse a esfera jurídica da própria pessoa, na forma de violação de direitos individuais, coletivos ou difusos de outrem.

Novamente, todavia, o simples argumento da fatalidade da humanidade⁴⁰⁹ não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato judiciário na esfera privada de alguém em suas opções de vida, assim como os importantes argumentos da solidariedade e da sociabilidade éticas não se justificam à funcionalização de direitos afetos à pessoa e à sua personalidade.

⁴⁰⁷ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 222-223.

⁴⁰⁸ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 225.

⁴⁰⁹ Cf. DOUZINAS, op. cit., p. 205: “a lei moral apela para a sua ação ao horizonte de uma comunidade universal que deveria agir como um princípio regulador. Porém, tal comunidade não existe empiricamente e seu excessivo formalismo não pode torná-la um valor normativo também”.

Deve-se, não raro, em vieses éticos no Direito, tentar afastar a imposição de padrões de condutas homogeneizadoras que não se justificam pela proteção de interesses íntimos de terceiros. Ora, muitas vezes, se a liberdade é constitutiva da pessoa humana e, principalmente, de sua personalidade, a validade e a eficácia jurídica de tais categorias devem corresponder a garantia (efetividade) da liberdade, que somente pode ser restringida pela liberdade pessoal dos que estão sujeitos ao Direito, em relação de igual subjetividade entre si⁴¹⁰.

Dito isso de outro modo, a delimitação jurídica da primazia e da magnitude da pessoa humana, enquanto núcleo pré-legal ao Direito, corresponde à necessidade de pautar, com um mínimo de parâmetro, a avaliação e o reconhecimento recíproco das relações interpessoais de justiça distributiva ou normativo-social por ela encetadas, em detrimento do arquétipo de uma jurisdição de mera vigência ou simplesmente legitimadora de uma capacidade de direitos e deveres ou processual, incapazes de respeitar um mínimo de humanidade, ou alheia a tanto.

A propósito, da nossa evolução até aqui, é preciso ter em conta que pessoa humana naturalmente nos idos da vida realiza ou representa eticamente um dado plexo de papéis sociais, operacionalizados em alteridade, que podem ser coerentes, conscientes ou não.

Neste íterim, compete em igual baila lembrar, como já se observou no capítulo anterior, do papel das pessoas na persecução do livre desenvolvimento de sua própria personalidade, isto é, de ponderar sobre respeito-dever na relação vigente entre liberdade e Direito na busca por condições mínimas existenciais capazes de preservação da própria vida.

Diante desse contexto, o desafio da contemporaneidade jurídica, política e dos Estados Democráticos de Direito, enfim, consiste justamente em fixar limites ao poder constituinte originário, no afã de garantir os próprios modos de ser da pessoa, o que, em verdade, abrange todos as esferas e os feixes da personalidade.

Desse modo, pode-se dizer até que a personalidade abrange, sim, um núcleo ético, pautado pelas escolhas individuais, que, embora ofereçam a seus agentes uma certa margem de liberalidade, “o exercício de referida autonomia”, desse modo, “não é irrestrito, principalmente quando estiverem em pauta causa de restrição de direitos”⁴¹¹.

Pode-se dizer, além disso, que essa ideia de liberdade ou de autonomia no trato da personalidade, no Direito, orientada pela expansão do círculo ético obviamente não jaz na simples soma de contratos ou ao seu modo no respeito aos consensos sociais, subservientes da

⁴¹⁰ Cf. BORGES, op. cit., p. 102-103, *apud* Eduardo Espínola e Ferri, respectivamente: “A liberdade é, com efeito, requisito essencial da personalidade”; ou “a liberdade humana é a própria personalidade da pessoa e o Direito existe para garantir o respeito à personalidade humana, a tutela de cada individualidade.

⁴¹¹ Cf. GODINHO, op. cit., p. 14.

pessoa ao Estado e da impossibilidade de se furtar ao seu papel coercitivo. Antes, nomeadamente, subjaz da obrigatoriedade ético-jurídica de consideração, proteção e promoção geral, devida a todos e por todos, numa dimensão não só plausível, como viável, em função do fundamento jurídico nela representado, que não é nada vazio, mas, antes, substancial, isto é, ontológico, em face, principalmente, das representações que a pessoa manifesta no mundo real.

Por último, de qualquer modo, não negamos, nesta pesquisa, enfim, o paradigma individualista sob o qual a análise aqui realizada se desenvolveu. Entretanto, é preciso se despojar de eventuais preconceitos fatalistas em torno da ideia de humanidade para verificar que, se a defesa de um individualismo ilimitado (como o moderno de outrora) não tem propósito nos dias atuais, a compreensão da utilidade de um individualismo localizado, na compreensão da personalidade, atuando sobre certos campos do Direito, é necessária para a garantia da proteção da pessoa e da promoção de sua existencialidade material ou psicológica.

Repita-se, o *ethos* denso da personalidade que toda discussão aqui envolve é justo este: o de um individualismo localizado ou cético apenas, sem os exageros da Modernidade clássica, que não afasta a possibilidade de interatuar através do princípio da solidariedade, ainda que mormente este seja mais visível e mais bem detalhado ou imbricado em outros ramos do Direito.

E, mesmo que se adote aqui este paradigma individualista – mais cético ou localizado – este não coincide, repise-se, com o individualismo clássico, já bastante criticado no primeiro capítulo desta pesquisa, que muito foi baseado numa concepção jusnaturalista da relação entre indivíduo e a sociedade, ou entre o indivíduo e o Estado, que, além de conceber direitos naturais ao homem, considerava-o alheio ao meio social, uma entidade demasiado abstrata, o que nunca foi admitido nos desígnios e nos posicionamentos tomados ao longo desta pesquisa.

Essa postura comunicacional, dialógica ou libertária, entre pessoas e o reconhecimento de sua personalidade e dimensão ética da personalidade aos desígnios do Direito, mais comedida e igualmente mais cética, suas conexões e desconexões, aqui abordadas, relativizam tanto o viés demasiado gnosiológico ou axiológico que se poderia adotar ou esperar peremptoriamente nos transcurso desta pesquisa.

Segundo João Maurício Adeodato, essa tomada mais cética quanto ao paradigma individualista “não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos”, mas sim “serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo” ou “à crença de que podem existir valores absolutos em si mesmos”, objetivamente considerados, independentes, inclusive, a existência dos seres humanos⁴¹².

⁴¹² Cf. ADEODATO, op. cit., p. 317-319.

Obviamente, esse reconhecimento da personalidade, enquanto substrato ético ao Direito, levando-se em conta que um mínimo de acordo sobre sua linguagem é necessário para que se chegue a algum lugar, a partir de todos os argumentos até aqui levantados, deve convir como algo capaz de proteger integral e pluripotencialmente o ser humano, puramente por seu estado de pertencimento à natureza e à espécie humana, e não mais por sua suposta e fictícia potencialidade em ser capaz de direitos e obrigações de cunho patrimonial na ordem jurídica.

E esclareça-se, novamente, que o objetivo aqui trabalhado não foi a de entificar a personalidade, beirando às crenças míticas e as presunções dogmáticas, a sua maioria disparatadas e inconciliáveis, ou amarrando-a a esquemas terminológicos jurídico-rígidos, a ponto de classificá-la como nomenclatura passível de ser qualificada como certa ou errada, verdadeira ou falsa, justa ou injusta, eficaz ou ineficaz, pois fundamental na comunicação aqui encetada foi determinar se foi possível às pessoas ou à comunidade jurídica a quem foi dirigido este trabalho compreender o que este interlocutor pretendeu expor e expressar.

Qual seja a ideia de que a personalidade é senão um dado fático da realidade humana que importa consequências éticas ao mundo jurídico, no afã de adjudicar a todo o ser humano condições mínimas ou justas de existência. Dito isso de outro modo, o Direito, igualmente enquanto horizonte ético, e não simplesmente normativo, deve atender aos interesses da pessoa enquanto sua causa, e não seu efeito, devendo subserviência à humanidade, e não o contrário⁴¹³.

⁴¹³ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 22: “Tudo tem de partir do homem, pois é para ele que o Direito existe. O primeiro núcleo está, pois, na caracterização da pessoa. E é aqui que se deve colocar a personalidade”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O itinerário desenvolvido no decorrer deste trabalho procurou problematizar a fundamentação da pessoa humana e da personalidade, tomando-lhe por base um substrato ontológico e ao mesmo tempo plural, que colocasse a pessoa humana, ética e juridicamente considerada, em capacidade de realização existencial plenipotenciária. Obviamente, que nesta intentada, o conceito e o significados atribuídos a pessoa humana demonstraram-se dinâmicos, apresentando oscilações com o decorrer do tempo.

Tendo-se atravessado a Modernidade e seus *standards*, sobretudo, quando se analisou o percurso experimentado pela humanidade até aqui, percebeu-se que a denotação semântica da ideia de pessoa sofreu não só abalos, como também as mais hostis transformações, de sorte que nenhuma delas colocou a humanidade realmente no núcleo da ode do Mundo.

Foi-se, assim, do ser metafísico ou ontológico ao cidadão da antiguidade, ao suserano e ao vassalo das eras medievais, ao indivíduo e ao sujeito e ao sujeito da primeira Modernidade, até o aparecimento do sujeito cognoscente, racional ao niilista do final a Modernidade.

O interessante, neste viés de ter devassado os meandros da filosofia da subjetividade, foi cumprir o objetivo de que, através do fluxo de todos os acontecimentos no primeiro capítulo deste trabalho analisados, pudesse se extrair as condições necessárias para uma detida análise da significação da história e de seus reflexos sobre as relações sociojurídicas hodiernas.

Nessa perspectiva, as considerações, levadas a cabo num momento prefacial deste trabalho, revelaram-nos que o mundo moderno foi esvaziado de significado, de sorte que a humanidade avançou perdendo de si mesma seu *locus* orgânico.

A sujeitificação, a subjetivação, o individualismo, a ilusão racional desmedida foram, portanto, os tipos especificamente modernos de esquecimento. Ficou claro também neste percurso que o homem, em seu mais completo narcisismo, olvidou que o ser e o outro eram algo que não a totalidade, a unidade ou o complemento.

Essa filosofia moderna de outrora senão contextualizada num momento histórico determinado pelo desencantamento romantizado do mundo foi uma filosofia que viveu a aflição de ter sido proclamadora da própria consciência cética, relativista e racionalista, mas que também se tornou refém, alienadora e redutora de si mesma, no desencanto dos influxos de suas próprias concepções e bases teóricas.

Dessa acurada narrativa das configurações modernas até a contemporaneidade, apresentou-se nos como resultado o esquecimento do ser ontológico, que não encontrou mais condições de simplesmente ser em meio a tantas indefinições e indeterminações.

Essas perspectivas da derrocada da modernidade, no desígnio de abalizar a contingente experiência de uma suposta *pós-modernidade*, alojou uma articulação muito temerária decorrente das próprias cogitações e ponderações que se exacerbaram sobre seu ideário, já que a premência de controverter expressões de transição implicou um burburinho provocado pelo próprio estado da transação.

Nestas conclusões, inclusive, chega-se ao arremate de que, quando se pensou a modernidade, o termo *pós-modernidade*, ultimamente em voga, denota, na contemporaneidade, certa desordem específica da linguagem, uma falha de função nomeadora ou segregadora, ou um ideário de desconforto tão forte nos tempos atuais, que confunde o cálculo dos eventos e a relevância dos padrões aprendidos pela história da humanidade até aqui.

Destarte, a contenda envolvendo a terminologia da *pós-modernidade* é tão da moda, que tem tomado exaustivamente as rodas de conversa, o panorama cultural e intelectual hodierno. Patronos, críticos nevrálgicos, artistas, comunicadores, jornalistas, escritores, juristas, diuturnamente, têm indicado fluxos de pensamento, contumazes aspectos de estudos e intensas discussões sobre o conteúdo da *pós-modernidade*, desde os cultores aos mais opositores.

Essa trama de via dupla ou ambivalente sobre a existência de uma suposta *pós-modernidade* abrolhou precisamente já contraditória ou delineando tudo e concomitantemente nada, haja vista ser impossível não antever as colisões e os antagonismos de sua constatação, que vão bem longe do mero mote conceitual e que residem na extensão factual semântica do próprio termo *pós-moderno*. Aliás, nesse sentido, de acordo com Bruno Latour:

[Tanto a modernidade quanto a pós modernidade] possuem tantos sentidos quanto forem os pensadores ou jornalistas. Ainda assim, todas as definições apontam, de uma forma ou de outra, para a passagem do tempo. Através do adjetivo moderno, assinalamos um novo regime, uma aceleração, uma ruptura, uma revolução do tempo. Quando as palavras 'moderno', 'modernização', 'modernidade' aparecem, definimos, por contraste, um passado arcaico e estável. Além disso, a palavra encontra-se sempre colocada em meio a uma polêmica, em uma briga onde há ganhadores e perdedores, os antigos e os modernos. 'Moderno', portanto, é duas vezes assimétrico: assinala uma ruptura na passagem regular do tempo; assinala um combate no qual há vencedores e vencidos.⁴¹⁴

A passagem acima alude-nos, à guisa de considerações finais, para o fato de que, operando-se com a concepção de *pós-modernidade*, em maior ou menor escala, detecta-se atualmente a dificuldade de lidar com cronologizações e acepções e significações de sua própria concepção, não havendo quase nunca acordo ou consenso entre tempos ou o que deve ser datado.⁴¹⁵

⁴¹⁴ LATOUR, op. cit., p. 34.

⁴¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 11.

Ou seja, precisar cabalmente a gênese e a derrocada da modernidade ou a formação de uma possível *pós-modernidade*, ainda que seja manifesto que a modernidade tenha estertorado bastante até a sua crise aqui já denunciada, na verdade, a realidade aponta senão que, quando os cultores e opositores acham-se que estão vivendo uma era pós-moderna, é, pois, por desejaram se arredar de uma época vista como falida e, sobretudo, desumana.

Porém, não se pode se desaproximar aqui do dado fático de que a sensação de crise da razão, de colapso da modernidade, de monopólio e de opressão consumista, de esgotamento da cooperação da filosofia na construção dos vultos e das virtudes sociais e da subjetividade, tudo, enfim, levou-nos até a esbarrar em ressonâncias e reverberações assaz prévias ao momento daquilo que se amoeudou apelidar presentemente de *pós-modernidade*.

Parece até perigoso ou deveras temerário, havido por analisada a modernidade, ter esquecido que os sinais de falência do pensamento ocidental remontam aos séculos XVIII e XIX, entendendo-se por todo século XX e XXI. Se finalmente se percebeu que esta discussão não é de hoje, finalmente, constatou-se neste trabalho que esta transição entre eras está em processo há muito ou que, fatalmente, não houve transação ou passagem entre eras alguma.

Na pior das hipóteses, o que se tem de dado verossímil é que a modernidade se diluiu liquidamente⁴¹⁶ na contemporaneidade, esta que vive hoje dos restos daquela⁴¹⁷. Ou seja, tendo-se atravessado todo o caminho deste trabalho até aqui, é possível perceber agora senão claramente que essas duas temporalidades se apoiaram e ainda se apoiam uma sobre a outra, pertencem-se mutuamente, sem muitas dessemelhanças.

A contemporaneidade sobreviveu, aliás, dos piores restos da Modernidade, tais como: megalomania, imprecisão, confusão, dúvidas, agitações, não consensualidade, descomedimentos de racionalidade ou de formalismos exacerbados, burocracia, totalitarismos, culto ao corpo, abuso do consumo, alvedrios de grandes guerras e de destruição em massa,

⁴¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8-9. No prefácio desta obra, o autor deixa claro que "[...] no que parece uma tentativa de oferecer fluidez como principal metáfora para o estágio presente da era moderna [...] o que todas essas características dos fluídos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo [...] não se atêm a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-las". Noutras palavras, a modernidade não resistiu a liquefação de seu tempo e derreteu o que tinha de sólido em suas estruturas e fluiu, escorreu, esvaeceu, respingou, transbordou, vazou e se inundou no tempo presente.

⁴¹⁷ Segundo BITTAR (op. cit., p. 44), "prefere-se identificar com Castoriadis, que a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares das mudanças social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (da Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade".

gerações permeadas de identidades plásticas ou de esquecimento do ser ontológico e, mais precisamente, da pessoa humana.

Toda essa tônica nos denunciou a triste incapacidade dos tempos hodiernos de lidar com o novo ou de não ter aprendido suficientemente com os erros e desacertos de outrora.⁴¹⁸ Tem-se, então, consequentemente, nesta suposta *pós-modernidade*, o ser dejetivo, diluído e marginalizado, que desapareceu na lista de coisas desinteressantes ou nos arrasamentos do processo de produção de uma certa homogeneidade⁴¹⁹.

Com todas essas nuances, apesar da ideia de avanço espacial e temporal, com o desaparecimento das fronteiras ou seu encurtamento, reflexos dos fluxos da técnica avançada, modernidade e contemporaneidade se entrecruzam de modo estonteantemente indisfarçável ou se fundem hoje indelevelmente.

Quando se transportou essa constatação de diluição da modernidade para análise do atual momento do Direito, pôde-se perceber que o processo de positivação jurídica, enquanto ciência, teve, então, como pedra angular uma teoria pura, *primo conspectu*, cuja intenção era a de libertar a ciência normativa de todos os elementos que lhe eram estranhos, distinguindo-se uma norma fundamental⁴²⁰ de validade e uma dada ordem coativa e coercitiva, da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a esta mesma ordem⁴²¹.

Esse viés positivista concorreu para fincar o Direito em bases não só unitárias, como sólidas e seguras. No passo da racionalidade, a ideia precípua foi de consagrar a igualdade, o que só seria, de fato, conseguido com a supressão das regalias estamentais, através da criação de um Direito único, oponível *erga omnes*, que primasse pela generalidade, pela abstração e pela alta densidade de normativa.

Assim, assemelhou-se crível afiançar, no segundo capítulo deste trabalho, que a experiência de invenção de uma teoria do Direito redondamente pura, abstraída de predicativos

⁴¹⁸ Cf. BITTAR, op. cit., p. 91, para quem a crise da modernidade teve consequência horrendas. “A morte anunciada de Deus por Nietzsche, bem como o fim da histórica proclamada por Hegel, no século XIX, tornam-se fato ao longo do século XX. Século esvaziado pela técnica, mutilado por milhares de mortes; século em que se viveu o fosso da indignidade na Segunda Guerra Mundial; século em que se proclamou a morte da filosofia (Heidegger); século em que se constatou o fim da ontologias; século em que se revela o fim das estruturas do Discurso (Derrida)”.

⁴¹⁹ Cf. BAUMAN. **Modernidade e ambivalência**, p. 15-16.

⁴²⁰ Em BOBBIO, **O positivismo jurídico**, 2006, p. 200-201, a teoria de uma norma fundamental está na base de um ordenamento jurídico. Somente através dela é possível fechar o sistema, assegurar a unidade, formal do ordenamento. [...] Não se trata da norma cujo conteúdo todas as outras normas são de deduzidas, mas da norma que cria a suprema fonte do direito, isto é, a que autoriza ou legitima o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas. Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é posta por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta ou pressuposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do Direito.

⁴²¹ KELSEN, op. cit., p. 33.

éticos e políticos, com um quê de autonomização do conhecimento jurídico-científico, acarretou um normativismo de desfechos teóricos irrisórios⁴²².

Percebeu-se, então, que o fenômeno jurídico, conquanto ciência, precisou arquitetar-se de uma superestrutura capaz de atender às finalidades do juridicamente racional e possível, buscando-se atingir resultados científicos em termos exatos ou puros, na mesma medida com que se confabulava um ordenamento jurídico exaustivo da realidade social subjacente.

Nessa atitude lógico-formalista, andarilhou-se na trajetória legislativa (além de seu produto mais expressivo, a Codificação) pelas vias de um método e de uma linguagem próprios ao Direito, cujo desígnio foi a conformação de uma realidade social supostamente perfeita e estatuída pelas normas jurídicas.

Ao que Kelsen, de fato, dispôs-se, sua intentada foi justamente a de alforriar o ordenamento jurídico de componentes alienígenas. Para ele, e neste trabalho, desejou-se ficasse claro, que sua teoria tratou exclusivamente de estabelecer linhas divisórias que inalteravelmente se mantinham e cujo menosprezo lhe mereceu sempre a censura do sincretismo metodológico.

Ao ter operacionalizado essa envergadura, Kelsen acenou para as asserções e inferências na ciência jurídica do emprego de raciocínios e proposições lógicas, peculiares e alegóricos da empiria e das experimentações exatas, não sendo passíveis as regras jurídicas de constatação de sua veracidade ou falseabilidade, em sentido de verdade ou de justiça⁴²³.

Contudo, a crença *kelseniana* quase cega na razão e na técnica e, no caso do Direito, na sistematização meticulosa de regras jurídicas positivadas, dentro de um ordenamento onisciente, onipresente, porém engessado, piramidal, formal, legalista, desaguou na perda da

⁴²² Contudo, Kelsen, mais tarde, em obras posteriores, como na *Teoria Geral do Estado e do Direito* e, sobretudo, na *Teoria Geral das Normas*, reconhece falhas em sua própria teoria. Na *Teoria Geral das Normas*, em específico, a norma fundamental não figurará mais enquanto fundamento lógico-transcendental, matriz pela qual o conhecimento jurídico puramente científico ou teórico constituiria seu objeto. Aliás, Kelsen passa a reconhecer, em verdade, que tal norma fundamental é uma mera ficção e se distingue de sua concepção anterior no sentido de que seria uma hipótese lógico-transcendental, já que corroborada pelo reconhecimento e pela crença ulteriores de que não corresponde à realidade. In: KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José F. Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor, 1986. Aliás, cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 223: “a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento; ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua suposta auto-evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se preferir, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela”.

⁴²³ KELSEN, op. cit., p. 54. Verdade, falsidade, justo, injusto, correto ou incorreto, para Kelsen, são questões estranhas à teoria pura. O próprio aduz que “que a justiça não possa ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do caráter relativo do juízo de valor segundo o qual uma ordem social é justa”. Mais à frente, à página 60, da obra, ele vai asseverar que “[...] só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer ordem social [...]”. Logo, é a força, a heteronomia, seu caráter coercitivo, que o distingue de outras ordens.

razão atual, na descrença, na falta de verdade, apenas restando uma espécie de fábula jurídica, que demonstrou-se ineficaz em termos de soluções jurídicas dos casos postos à sua alçada.

Logo, considerando essa fábula jurídica, extraíram-se destas questões outrora adentradas, no segundo capítulo do presente trabalho, que o fundamento formal em que se edificou o sistema jurídico foi apenas parte de uma engenhosidade que não se condicionou universalmente por ela mesma, porque subsumido a certas considerações materiais, a exemplo do recorro a recursos tais como princípios e valores, denotando certa insuficiência da compreensão do Direito unicamente pela tônica da validade, da legitimidade ou da eficácia de seus postulados formal e objetivamente normativos.

Em poucas palavras, na contemporaneidade, o sistema jurídico enquanto teoria, ciência ou prática, ainda aparenta-nos necessitar de sentido, até mesmo de direção, e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se edificado sobre exemplares modernos absolutamente senis para tomarem conta do encargo encetado pela litigiosidade hodierna.

Em tese, na sua proposta inicial, o Direito, hoje, ao tentar captar o geral, esvaziando-se de conteúdo, perdeu-se de sua própria especificidade, acarretando certa hipertrofia. Ou seja, conclui-se, pois, que a possibilidade de existir um Direito fechado em si mesmo seria tão fictício e abstrato, como o postulado de sociedades homogêneas ou uniformes.

Ainda nesta esteira do positivismo, quando, com o recurso do método hermenêutico fenomenológico, reduziu-se a categoria principiológica da dignidade da pessoa humana, hoje fundamento de muitos ordenamentos jurídicos, chegou-se à conclusão de que o judiciário muito lhe tem recorrido como instrumento de resgate daquelas promessas (da modernidade) e, por conseguinte, dos direitos fundamentais sonegados à maior parte da população, embora limite o conteúdo das decisões, tão somente arguindo a sua violação.

Ou seja, esse auxílio ao princípio da dignidade para deliberar sobre a maioria dos conflitos jurídicos atuais não resolveu o problema da compreensão de conteúdo normativo no Direito, de sorte que jaz frequentemente absorto pela ausência de critérios objetivos, mais apresentando-se como um vazio ou um nada, à medida em que convém exatamente para todos os tipos de proposições e resoluções jurídicas.

Em face do que foi bastante criticado ao longo deste trabalho, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser lido apenas por meio de uma perspectiva interna do poder, sem qualquer abertura para a ampliação do espaço público de debate entre os destinatários da norma.

Aliás, na atual fase do positivismo constitucionalista, que hoje não mais se limita a descrever e a sistematizar seu objeto, mas também enfrenta de forma crítica a validade e a

justificação de seus postulados e de suas instituições, perguntando-se o porquê das prescrições e reivindicando respostas universalmente legítimas, a mencionada questão filosófica do fundamento da dignidade na contemporaneidade, ainda que tenha se demonstrando de grande importância para a composição de uma base teórica mais segura dos direitos e deveres fundamentais ou personalíssimos, além de valores, por ela abarcados, tem esbarrado frequentemente nos atropelos quanto à sua concepção e conteúdo.

Daí que, acaso não seja possível justificar de forma aceitável a dignidade em face de todos os críveis e imagináveis afetados, sua pretensão de virtude deontológica universal não será mais que discricionária e demagógica, independentemente de seu reconhecimento ou de sua institucionalização, seja pela prática legislativa, seja pela via jurisprudencial, muitas vezes sem qualquer traço de efetividade.

Nesse tocante, finaliza-se esta discussão arrematando que, sem elucidação teórica daquilo que se realiza na prática, corre-se, em casos de colisão, o sério risco de se encerrar uma ideia problemática em torno dos conceitos demasiado abstratos – como os que lastreiam a concepção de dignidade – que não passam de um simples desejo ou de uma ideologia, a exemplo das tantas outras que já existiram e não se sustentaram na contemporaneidade.

A par dessa realidade, busca-se deixar, ao menos nestas linhas finais, bastante claro que, na medida em que se tente justificar algo partir dos porquês prévios, deve-se frequentar antes a condição necessária precedente do acordo sobre *o quê*.

Ou seja, a via do positivismo jurídico atual, dito constitucionalista, sem uma hermenêutica que recoloca a discussão em torno de suas regras, princípios e valores, em um horizonte mais estrito e crítico, correrá o risco de reduzir quase sempre o significado de qualquer instância valorativa ou indeterminada ou de contextura aberta a uma representação medíocre e ampla demais das instâncias jurídicas, o que conseqüentemente leva aos perigos de trair sua própria finalidade que, com certeza, não é a de todo tipo de exploração, de espoliação, de dominação ou de apagamento dos traços e propósitos personalíssimos da humanidade.

Portanto, de toda argumentação em torno da concepção e do conteúdo da dignidade e do positivismo, colhidas neste trabalho, apesar de todas as falhas dos que se valem de sua apologia desarrazoada, arremata-se, ademais, que sua pretensão deontológica de validade é tão necessária quanto a necessidade de preservá-los e respeitá-los, dada a sua normatividade.

Seguindo com essas linhas conclusivas, noutra senda, não no sentido de uma postura apologética de toda sorte de iniquidades que oprimisse a pessoa e sua personalidade, houve que se considerar, no final do segundo capítulo, que nem tudo seria positivismo, mas o positivismo (ao menos o teorizado de forma crítica em face de todas as suas vicissitudes), no escopo de uma

zetética ou de uma dogmática científica e jurídica, só pode ser considerado de fato uma luz no fim do túnel aos desígnios deste trabalho.

E foi assim que, no terceiro capítulo da presente pesquisa, seu verdadeiro objeto foi verdadeiramente instaurado, apresentado e problematizado. Buscou-se, assim, tendo criticado a diluição da modernidade clássica na contemporaneidade, bem como o novel faceta de releitura do positivismo ao lume constitucional com a inflação e a usura do princípio da dignidade, apresentar a pessoa e sua personalidade como saídas para referidos momentos de crise da humanidade outrora frequentados no bojo prefacial desta pesquisa.

A pessoa, portanto, apareceu aos desígnios a que se predispôs esta dissertação, enquanto resgate do ser ontológico, perdido no passo da Modernidade e guardando em seu núcleo conteudístico uma reta apreensão semântica e relacional de unidade, singularidade e totalidade entre corpo, consciência, alma e manifestações exteriores da vivência pessoal, o que importou, em igual balizamento, no reconhecimento de sua concretude e natureza únicas, isto é, do ser-pessoa, que é subsistente e distinto de cada um em existência e que merece atitudes promocionais de tutela e de promoção, especialmente a cargo do Direito.

Em igual guarida, procurou-se demonstrar, no terceiro capítulo deste trabalho, a necessidade de salvaguardar na pessoa humana um caractere que lhe fosse mais intrínseco ou substancial, ou seja, substantivo, em detrimento de ser meramente predicativo, como a concepção racional de dignidade *kantiana*, chegando-se à conclusão de que referido substrato é a personalidade, a quem o Direito também deve reverência e reconhecimento.

Desse modo, a personalidade, a todo custo tentou-se demonstrar neste trabalho, restou como o que de mais precioso, de mais relevante, de mais intrínseco e de mais ínsito e intrínseco a pessoa tem. Isto é, a personalidade é o próprio ser ontológico enquanto pessoa.

Neste quadrante, sabido ficou aqui que o Direito brasileiro não consagrou uma cláusula geral ou aberta da personalidade, muito embora trabalhe para proteger a pessoa indistintamente, via direitos ora objetivos, ora subjetivos, sejam ele fundamentais ou afetos à personalidade.

Contudo, a falta desse pressuposto legal generalista – que tange ao trato de um direito geral da personalidade – não foi motivo suficiente para ter sido ignorado tal instituto no curso desta pesquisa. Arrematou-se, inclusive, com auxílio de alguns doutrinadores de escol sobre o assunto, abordados exaustivamente, no terceiro capítulo desta dissertação, que pessoa e personalidade se confundem, uma se amarrando na outra, não havendo sequer condão de se presumir pela existência da pessoa sem personalidade e vice-versa, posicionamento este a que se filiou este trabalho interinamente.

Quanto aos direitos da personalidade, ficou patente que eles são uma construção recente, mais precisamente, que remanesce do século XX e confluíram de uma leitura mais personalizada ou humanizada do Direito Privado, o que, no Brasil, deu-se com a entrada em vigor do atual Código Civil, apresentando-se enquanto o núcleo central do Direito a serviço de cada uma das pessoas concretas, vivas ou relações intersubjetivas.

Ainda que aquela antiga dicotomia entre os ramos do Direito em Público e Privado não mais se subsista na atualidade, senão para fins didáticos, esse recorte epistemológico serviu para melhor entender essa contextura de saída da esfera liberal para uma maior irradiação dos vieses públicos e constitucionais por todos os ramos em quem o Direito hoje avança.

O resultado dessa transformação quedou aqui exposto pela magnitude topográfica da pessoa humana nas relações privadas, a que o Direito foi chamado a regular ou proteger. Ou seja, o reconhecimento da necessidade de tutela dos traços existenciais da pessoa humana foi justamente a marca deste momento de transição, abandonando-se, portanto, aquela antiga ideia de que o ordenamento jurídico apenas serviria a tutelar os interesses patrimoniais do homem racional e burguês.

Aliás, o Código Civil vigente, ademais, inaugurou um capítulo relevante aos já referidos direitos da personalidade, que findaram aqui representados enquanto manifestações exteriores da personalidade, tida por psíquica, em detrimento da ideia de personalidade ôntica, ligada naturalmente a pessoa humana.

Esses direitos da personalidade, apenas tangencialmente e por uma opção metodológica, restaram por resumidos, no bojo desta pesquisa, quanto à proteção à vida, à integridade físico-psíquica e à identidade, de modo que daí seria capaz de surgir um série de outros direitos e deveres afetos à personalidade de um modo geral, não esgotando-se a sua previsão ou sua proteção em um rol taxativo, senão exemplificativo.

Em casos de violação a referidos direitos, a hipótese é de recorro à tutela jurisdicional, que pode se dar na forma de atitudes processuais cautelares ou sob a forma de ações judiciais que envolvam a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível, no sentido específico de resgatar o *status quo* anterior à violação, seja sob a forma de pecúnia, seja sob a forma de um dever de punição ou de abstenção.

Ademais, refutou-se, por uma questão eminentemente normativa, alinhada com o positivismo em vigência, não incorrendo em riscos de inovações acadêmicas ou ideias fantasiosas, na presente pesquisa, a hipótese de um direito geral de personalidade.

Pensou-se, aliás, no transcurso deste trabalho, que uma cláusula geral da personalidade, no mesmo passo da ideia da dignidade, resvalaria a tônica da pessoa e dos aspectos intrínsecos

e extrínsecos de sua personalidade à pequena monta, sobretudo porque a fixação de seu sentido e alcance acabaria levando à incongruências semânticas a cargo da atividade judicial hermenêutica, que poderia tolher a matriz plenipotenciária e libertária da própria personalidade.

Ainda, mas não menos importante, quanto aos direitos da personalidade, concluiu-se que o alargamento de uma eventual personalidade às pessoas jurídicas ou extensão de tais direitos personalíssimos aos animais, à natureza ou às demais ficções normativas, de que se valeu o Direito para atribuir capacidade postulatória ou processual aos seus agentes, trata-se de um equívoco positivista, que nasceu da errada equiparação e confusão entre pessoas singulares e abstrações coletivas num macro conceito geral abstrato de personalidade jurídica.

Consequentemente, com a constatação da alteração dos valores substanciais da ordem social e jurídica, prevalecendo o primado da unidade do ordenamento jurídico em torno da vida, ao final do terceiro capítulo, procurou-se findar a discussão sobre a pessoa e a personalidade no realojamento da figura ontológica da pessoa humana novamente como primeiro e o principal destinatário da ordem jurídica, além de tentar resgatar, no meio jurídico, a sua ligação visceral também com ética.

Desse modo, o conteúdo ético da personalidade esteve neste trabalho, assim, intimamente ligado à categoria de realização da análise estrutural e dos vieses da humanidade. Destarte, essa abertura relacional-ética da personalidade, enquanto elemento constitutivo da realidade ontológica da pessoa, é seguramente um dos aspectos ônticos de maior relevância atualmente jurídica. Como vimos, em sede própria, só se é pessoa em relação e as relações, em concreto, integram a própria personalidade.

Ou seja, o significado ontológico da pessoa e as suas considerações como fim do Direito têm imediata tradução no campo das noções jurídicas fundamentais no trato ético da personalidade. À pessoa, assim caracterizada, cabe ao Direito senão reconhecer as esferas existenciais, pois esta é a condição *sine qua non* necessária para que aquela possa prosseguir por si mesma os seus próprios fins.

Por conseguinte, em termos de eticidade da personalidade no Direito, isto é, dessa capacidade da pessoa humana na perseguição de seus próprios fins, fica claro, portanto, que uma personalidade só poderá, ademais, ser livremente desenvolvida, sem amarras ou tolhimentos, acaso comungue aspectos de liberdade e de autonomia privada existencial com intersubjetividade e condições mínimas de justiça asseguradas pelo Direito.

Dessa maneira, a liberdade, nesse caso, não é, de tal modo, apenas negativa, ou seja, de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas também traduz uma certa carga positiva, relegada à responsabilidade da própria pessoa, igualmente capaz de canalizar forças para, em alteridade,

livrar-se dos impedimentos que possam interferir na plena realização de seus projetos mais personalíssimos e fundamentais.

No mais, a pessoa, ainda que não possa sofrer em sua existência quaisquer tipos de violações à sua personalidade, obviamente que isso não se dará nunca de forma absoluta, mas de forma intersubjetivamente ponderada, o que exige sempre um trabalho de modelação responsável da autodeterminação da própria vida aliada à pretensão de respeito igualmente à vida das demais pessoas, sem os riscos de um eventual utilitarismo ou subjugo dos vieses da personalidade necessariamente à coletividade ou a parâmetros de solidariedade.

Por fim, tendo-se trabalhado no quarto e último capítulo a personalidade enquanto síntese, reitera-se, à guisa de conclusão, o antes dito no sentido de que pensar a personalidade como uma instância de valores, como desejou a modernidade em muitos e variados aspectos, é a maior blasfêmia contra o ser-pessoa ontológico na contemporaneidade.

Referida atividade valorativa, como acusado até aqui, aliás, arremate-se, foi típica de uma mentalidade e de uma superestrutura que obscureceu não só o ser ontológico, como também sua essência e sua substância, ou que acreditou que a condição humana é única e exclusivamente a da servidão⁴²⁴.

Ao rejeitar corajosamente tal pensamento, nesta pesquisa, o ser (pessoa) não é desvalorizado, mas antes resta não subjetivado ou como mero objeto, na medida em que, consonante antes dito, reificar, valorizar ou valorar diz respeito às coisas, e não às pessoas.

Desse modo, quando se fugiu na presente pesquisa destas camadas de categorizações axiológicas, foi sobretudo porque elas mais dizem respeito ao sujeito, ao indivíduo, ao homem racional, que não é necessariamente a pessoa real e concreta. Mas sim aquele humano fruto da antropologia racional, homem pura consciência de si, fim em si mesmo, centro do universo moral, medida de tudo e de todas as coisas, o qual contribuiu para a desconstrução ou para o desaparecimento do conceito ôntico ou ontológico de pessoa.

Desse modo, não se conjecturou, portanto, até aqui “essa ideia” ou “aquela valoração” do ser ontológico e, em último nível, “dessa” ou “daquela” noção abstrata, universalista ou homogeneizadora de pessoa humana, uma vez que só há seres ou pessoas materialmente reais.

⁴²⁴ Sobre esse aspecto: ARENDT, Hannah, **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Ao discorrer sobre as múltiplas alternativas de observação do mundo, trazendo em si uma compreensão da modernidade, a partir de uma reconsideração da condição humana (mais precisamente dos aspectos da vida ativa: trabalho e ação), Arendt chega à conclusão de que os homens ganham excelência na atividade de trabalho e perdem em capacidade de discurso e de ação, o que coloca o problema da despolitização dos sujeitos e do crescente pragmatismo e instrumentalização do mundo. Eis, então, a crise da modernidade (ou da pós-modernidade periférica) que asfixia as subjetividades.

Contra essa normatividade ou fenomenologia absoluta dos valores ou dos princípios, de que se encheu o conteúdo do Direito ultimamente, buscou-se apresentar, como solução hermenêutica nodal, a valorização, ao contrário, de um discurso jurídico prático, teórico e dialógico que fosse capaz de reconhecer a pessoa humana e sua personalidade como bases firmes e essenciais ao próprio Direito, vez que realizado por e para pessoas.

E, para tanto, foi preciso arrematar que o sistema jurídico não pode restar apenas composto por princípios ou valores, a despeito das regras, que ainda existem e persistem. Em situações excepcionais, e apenas nestas, obviamente, no trato da pessoa humana e da personalidade, não se menospreza a necessidade – inclusive ética – de se recorrer a tal recurso hermenêutico de base axiológica, desde que haja fundamentação consistente.

O que não se pode admitir sempre é o apelo exclusivamente a princípios, valores, conceitos abstratos e indeterminados, ignorando solenemente regras específicas existentes que se aplicam a uma determinada hipótese incidente ou concreta.

Nesse espectro, inclusive, mister salientar que deve haver, pois, uma linha tênue entre uma decisão fundamentada e outra livre de qualquer jaez de fundamentação, sob pena de reles decisionismo ou pura demagogia judicial quando em questão a temática da personalidade.

Enfim, fique-se claro que a juridicidade da realidade pessoal, em termos ético-jurídicos, é muito mais lata que a estreita figura dos direitos da personalidade ou de uma eventual cláusula geral da personalidade. Tentar conduzir tudo o que há de jurídico na realidade pessoal a um poder subjetivado ou objetivado sobre elementos da própria personalidade é profundamente redutor ou ao menos vilipêndia a dimensão pluriversal da vida humana.

Noutras palavras, tentar, ademais, uma densificação normativa reduzindo a tutela geral da personalidade à formulação exclusiva de direitos subjetivos ou objetivos, denominados direitos da personalidade é, portanto, no entender final desta pesquisa, igualmente errado.

A tutela da personalidade humana no Direito implicará sempre o recurso a outras categorias existenciais que não traduzem exclusivamente um direito. Em rigor, a tutela e promoção geral da personalidade deverá integrar peremptoriamente todas as situações jurídicas, seja qual for a sua natureza, capazes de traduzirem, a partir dos critérios propostos pela juridicidade e pelas possibilidades do fator existencial, a realidade pessoal.

No mais, o ser, ou em última instância, como consequência final, a personalidade humana, ontologicamente considerados, como matriz do sagrado pessoal, metaforicamente, irá sempre transcender quaisquer representações, definições, ponderações, argumentações e conceitos universalistas ou relativistas, fincados em sua tematização.

Logo, não se trata de ser a pessoa humana e sua personalidade algo pura e simplesmente abstrato, jurídico ou axiológico ou uma construção no vácuo, decorrente de pronunciados instrumentais jurídicos visivelmente apodíticos⁴²⁵.

Pelo contrário, quando se tentou resgatar aqui a magnitude do ser ontológico e mais recentemente a importância da pessoa humana, colocando-os como centro ou feixe irradiador de vieses da personalidade, não se desejou ponderar jamais sobre o homem, o sujeito, o indivíduo; ou sobre uma suposta dignidade ou abstração, presentes em todos os seres humanos; ou sobre uma falácia utilitarista ou consequencialista que sacrificassem a imanência da pessoa humana em nome do todo solidário ou de uma maioria; nem mesmo se quis institucionalizar aqui uma pragmática para atingir certos meios ou fins de uma ficção racional.

Na verdade, a ontologia que se perseguiu da pessoa humana, no presente trabalho, partiu senão da necessidade de resgata-lhe a importância em termos de unidade e totalidade, não necessariamente encerrando um problema ou uma prescrição, que seria facilmente solucionado pela reta aplicação de um dado critério proposto, seja pela previsão legislativa, seja pela deliberação jurídica, seja pelos procedimentos da ciência.

Em verdade, na medida em que nenhuma quebra-dura dos umbrais jurídicos ou da modernidade se fez do dia para noite, igualmente nenhuma desconstrução dos estalões, dos paradigmas, dos valores, dos refugos ou das crenças se operou sem maiores comprometimentos das estruturas aí envolvidas. E aqui, derradeiramente, espera-se ter deixado claro nos que se dispuseram a ler este trabalho que, afinal, a fundamentação da dogmática da personalidade só pode ser conduzida, resumidamente, a um conceito substantivo de pessoa.

Isto é, de relevância de uma realidade factual objetiva, que exista por si mesma e cujas singularidades e predicções da personalidade apenas se reconhece, porque o ser-pessoa, em unidade, totalidade e essência, não mais compartilha tais experiências com ninguém.

Se se compreendeu isso até aqui, significou o presente trabalho que este pesquisador não sonhou sozinho e que, portanto, a demarcação da pessoa e da personalidade em sentido real, em face de uma completa densidade filosófica a respeito do tema, foram alcançados.

⁴²⁵ HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade europeia e a filosofia**. Trad. Urbano Zilles. 3ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 22, ou evidência apodítica, que "em geral, entende-se por um saber certo e indubitável. Entre os antigos, a evidência costuma ser considerada como um fato objetivo, como o manifestar-se de um objeto qualquer como tal. Significa o aparecimento do que é verdadeiramente e é por isso tão manifesto que exclui a possibilidade de dúvida e, portanto, de erro".

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 370 f. Tese (Concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular em Direito Constitucional). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Editora Paulus, 1997.

ALAOR, BARBOSA. **Norberto Bobbio e o positivismo jurídico**. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, p. 283-292, jan./mar. 1988.

ALVES, Pedro Delgado. **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco**. v. III. Revista de Direito da Universidade de Lisboa, 20016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, 246.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia e Prosa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1979.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 4. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2009.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Temas de filosofia**. São Paulo: Moderna 1992.

ARENDT, Hannah, **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. **Metafísica**: Livro 1 e 2; Ética a Nicômaco; Poética; Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Vincenzo Cocco. et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Reserva da intimidade e da vida privada**. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Volume XLIII, nº 1, 2002, p. 9-10.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral, vol. 1, introdução, as pessoas, os bens. 2 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

AURÉLIO, Diogo Pires. Locke e o individualismo possessivo. *In*: MALAFAIA, Teresa de Ataíde; FERREIRA, J. Carlos Viana. (Orgs.) **A herança de Locke**: homenagem para comemorar os 300 anos do falecimento de John Locke. Lisboa: Centro de Estudos Anglísticos da Universidade de Lisboa, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT, 1988.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen Varriale. et. al. Vol. 1. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOÉCIO. **Escritos (*Opuscula Sacra*)**. Trad. Juvenal Savian Filhos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CANTALLI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para uma desmistificação necessária)**. In: RIBEIRO, G. A Pinto (Coord.). O homem e o tempo: liber amicorum para Miguel Baptista Pereira. Porto: Fundação Eng. Antônio de Almeida, 1999, p. 527-545.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise atual da filosofia do direito no contexto de crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

COLOMA, Aurelia María Romero. **Introducción al estudio jurídico de los bienes y derechos de la persona**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidade Complutense, Madrid, N.º. 76, p. 193-200, 1989-1990.

CONSANI, Cristina Foroni. **Kelsen leitor de Kant**: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. Revista Princípios - Revista de Filosofia, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago., 2016.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo e outros textos**. São Paulo: Editora Contraponto, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: regras para direção do espírito. 1 ed. São Paulo: Martin Claret Editora, 2005.

DIAS, Graciele da Mata Massaretti e SILVA, Manoel Messias Alves da. **Aspectos da terminologia jurídica**. In: COLARES, Virgínia (org.). Linguagem e direito. Recife: UFPE Ed., p. 49-69, 2010, p. 52.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, **Sistema de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid, Thomson: Civitas, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988.

FELIPE, Sônia T. **Valor inerente e vulnerabilidade**: critérios éticos não-especistas na perspectiva de Tom Regan. In: ETHIC@, Florianópolis, jul. 2006. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/et53art9Sonia.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

FERNANDEZ, Paulo Cezar. **A liberdade segundo Kant**. Marília: Jônia, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao direito**: técnica, decisão, dominação. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FIÚZA, Cesar. **Direito Civil**: curso completo. 11ª ed. ver. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, Marcio Alves. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos. IV: estratégia, poder-saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Hermenêutica do sujeito**. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Selma Tannus Muchail. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRAGATA, Júlio. **A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia**. Braga: Cruz, 1959.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. v. 30. São Paulo: Saraiva, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Trad. Agostinho D'Ornellas. São Paulo: Editora Martin Claret Editora, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. **Esboço de Uma Concepção Personalista do Direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 1965, Vol. XVII.

GONÇALVES, Diego Costa. **Tutela da Personalidade e personalidade ôntica**: a juridicidade da pessoa real (Relatório de Mestrado 2004/2005 - Direito Civil I). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed. v.1 São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HÄRBELE, Peter. **A humanidade como valor básico do Estado Constitucional**. Tradução de Claudio Mols, Luiz Moreira e Cláudia Toledo. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito & legitimidade*. São Paulo: Landy, p. 53-66, 2003, p. 65.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. 2. ed. Trad. Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOMERO. **Odisseia**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade europeia e a filosofia**. Trad. Urbano Zilles. 3ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Trad. Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1973.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

KAFKA, Franz. **A Metamorfose**. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: Editora L&PM, 2001.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Armenio Amado, 1963.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José F. Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor, 1986.

KELSEN Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaios de antropologia simétrica. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental**: breves notas introdutórias. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. Os Direitos da Personalidade: categoria em reapreciação, In: **Nós–Estudos sobre o Direito das Pessoas**, Coimbra: Almedina, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Trad. Pegentino Setano Pivatto (coord.). Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaio sobre o individualismo contemporâneo. Lisboa: Relógio D'Água Editores Ltda, 1989.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** In: Revista de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 09, nº 34, janeiro-março (2001), p. 168-183, 2001, p. 169.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LÖENTAL, Ana Maria Valiengo. **Exame da expressão ‘a dignidade da pessoa humana’ sob o ângulo de uma semiótica jurídica**. Revista da Universidade Ibirapuera, v. 1, m. 3, p. 21-30, dez. 2000.

LUCAS. J.S. **Las dimensiones del hombre**: antropología filosófica. Ediciones Sigueme: Salamanca, 1996.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **As normas escritas e os princípios jurídicos**. Fortaleza: IMPRECE, 2005.

MARITAIN, Jacques. **Sete lições sobre o ser**. Trad. de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2004.

MAURER, Beátrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaio sobre a filosofia do Direito e Direito Constitucional. Trad. Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAYOS, Gonçal. **Ilustración y Romanticismo**: introducción a la polémica entre Kant y Herder. Tradução de Karine Salgado Barcelona: Editorial Herder, 2004.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal**. In: WEFFORT, Francisco C. (Org). Os clássicos da política. 14. ed. v. 1, 94. São Paulo: Ática, 2006.

MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. **Introducción al estudio de los derechos de la persona**. Revista de Derecho Judicial, Argentina, n' 6, abril-junio de 1961.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. v. IV Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDOLLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria geral do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos ou como se filosofa com o martelo**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Edições Almedina, Coimbra: 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. **Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. v. 76. p. 205-50, 2000.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Separata de Portugal-Brasil. Studia Iuridica. n.º 40. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246.

PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário Jurídico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 2000, p. 29-30.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, et al. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio. (Org). Malheiros Editores: São Paulo, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENAUD, Michel. **A intimidade e a alteridade da pessoa**. Cadernos de Bioética, Coimbra: Ed. CEB, nº7, dez., 1994.

RENAUT, Alain. **O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1998.

ROBLES MORCHON, Gregório. *Teoria del derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho*. Vol. 1. Madrid: Civitas, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista do Instituto de Direitos Humanos, Fortaleza a. 2., v. 2, n. 2, 2001.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva-civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 34ª ed. atual. de acordo com novo Código Civil. v. 1 São Paulo: Saraiva, 2007.

ROLLA, Giancarlo. **Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 54, Septiembre/Diciembre, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000.

ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. **Direito civil**: Atualidades II (coordenação: Cezar Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SABINO, Fernando Tavares. **O encontro marcado**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, J.T. **Antes de Sócrates**: introdução à filosofia grega, Lisboa: Grávida, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Pessoa e existência**: iniciação ao personalismo de Emmanuel Mounier. São Paulo: Cortez Editora, 1983.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÓFOCLES. **Édipo Rei e Antígona**. São Paulo: Martin Claret Editora, 2007.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Por uma concepção alargada de acesso à justiça**. In: Revista Jurídica, v. 10, abril/maio, 2008.

SOUZA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. 2008, Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã. Trad. de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia:** um estudo do modelo heideggeriano. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 10.^a ed. São Paulo: RT, 2014.

STUMPF, Paulo Umberto. **O princípio constitucional da dignidade humana:** fundamentos éticos e morais. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13º Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyla, 1997.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Acerca dos direitos de personalidade.** Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VATTIMO, Gianni. **O Fim da modernidade:** niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

VILLELA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos.** Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra, a. XX, n. 2-3-4, abr-dez. 1975.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1^a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia:** autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis – RJ: Vozes, 2013.