

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ISABELA BURALI BERGAMASCO

**A JUSTIÇA SOCIAL COMO GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA E À
TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, SOB A ÓTICA DA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

MARINGÁ
2022

ISABELA BURALI BERGAMASCO

**A JUSTIÇA SOCIAL COMO GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA E À
TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, SOB A ÓTICA DA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em Ciências
Jurídicas da Universidade Cesumar -
Unicesumar, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Direitos da
personalidade e seu alcance na
contemporaneidade.

Orientadora: Prof. Dra. Cleide
Aparecida Gomes Rodrigues
Fermentão.

MARINGÁ
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B493j Bergamasco, Isabela Burali.

A justiça social como garantia à dignidade humana e à tutela dos direitos de personalidade, sob a ótica da hermenêutica jurídica / Isabela Burali Bergamasco. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2022.

180 f. ; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2022.

1. Dignidade da pessoa humana. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Justiça. 4. Justiça social. 5. Direitos da personalidade. I. Título.

CDD – 342

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ISABELA BURALI BERGAMASCO

**A JUSTIÇA SOCIAL COMO GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA E À
TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, SOB A ÓTICA DA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Ciências Jurídicas da
Universidade Cesumar -
Unicesumar, como requisito
para a obtenção do título de
Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Profa. Dra. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 1: Prof. Dr. Marcus Geandré Nakano Ramiro
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 2: Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Universidade de Marília (UNIMAR)

Maringá, 08 de fevereiro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Senhor Deus, Àquele que guia minha vida, responsável por todo meu ser, fonte de inspiração para construção deste trabalho, que fortaleceu-me quando mais precisei, e abençoou minha jornada por estes dois anos.

Aos meus pais, Sylmara e Rony, por terem me apoiado incondicionalmente, ao longo da realização deste Mestrado, e sempre me lembraram sobre a importância do estudo, permitindo minha total dedicação para o conhecimento. Agradeço aos meus irmãos, Gabriela e Felipe, por terem calma, amor, compaixão, durante este período, dando verdadeiro suporte nas dificuldades que encontrei, e celebrando comigo nos momentos que venci. Às minhas avós, e demais familiares. Lhes dedico este trabalho.

Agradeço, àquele, que me apadrinhou, meu Tio Emílio, que acreditou em mim, e possibilitou que eu realizasse o sonho de tornar-me Mestre, hoje, tenho minha pesquisa, e meu trabalho graças a ele, portanto, também lhe dedico.

À minha orientadora, Profa. Dra. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, que apoiou meu tema, e aceitou orientar-me ao longo deste curso. Agradeço, por ter aberto sua porta, e sua vida, nestes dois anos.

Aos meus amigos, Maria Clara Thomazini, Diego, e Maria Clara Marussi, por todas as conversas, nossos encontros, pela cumplicidade, e pelas pequenas comemorações, em suma, agradeço por todo o apoio, sem vocês, eu certamente, não teria chego até aqui.

À todo o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídicas, em particular, aos professores por todo conhecimento que me fora fornecido.

E finalmente, à todos que de alguma forma colaboraram com a construção desta dissertação de mestrado, meus mais sinceros agradecimentos.

*“Quanto mais eu leio, quanto
mais aprendo, mais certo estou
de que não sei nada”.*

Voltaire.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar elementos para a compreensão do direito como garantia de dignidade humana, justiça social e consequentemente a tutela dos direitos personalíssimos, sob à ótica da hermenêutica jurídica. A problemática principal, a ser enfrentada na presente pesquisa, é: diante das ausências normativas, lacunas do direito, e as mudanças sócio-jurídicas, trata-se a hermenêutica jurídica como filosofia, de instituto indispensável, para a concretude de justiça social no direito, e consequentemente, a garantia de vida digna e tutela da personalidade? A partir disto, quatro capítulos foram construídos, com a intenção de responder o presente questionamento ao longo do trabalho. Durante os anos a acepção de justiça alterou-se, seu conceito na história, na axiologia e na filosofia, evoluiu, alcançando o status de uma das primeiras virtudes que constituem a sociedade de direito, e valor constitutivo da pessoa humana. O direito se remoldou e se transformou, em prol da garantia da dignidade e defesa da personalidade, buscando sempre estar em compasso com as mudanças que ocorrem em sociedade. A hermenêutica jurídica como saber filosófico, busca desvelar o sentido, e interpretá-los de forma a anunciar seu significado ao mundo social e jurídico, assim a hermenêutica jurídica exerce uma função de grande relevância, sobretudo decisões jurídicas brasileiras, com o intuito de garantir o direito visando justiça. A justiça (social) sob o olhar da hermenêutica jurídica trata-se de elemento imprescindível para garantia de dignidade humana, e desenvolvimento pleno da personalidade, perante lacunas legislativas, e as mudanças sócio-jurídicas. Ao que se refere a metodologia da pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, o bibliográfico, e o auxílio das disciplinas de História do Direito, Filosofia do Direito e Teoria do Direito para as construções teóricas do presente trabalho. Outrossim, a pesquisa se realiza a partir da técnica de revisão bibliográfica, com consulta, e a leitura, de materiais, relacionados ao tema proposto.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Hermenêutica Jurídica; Justiça; Justiça Social; Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

The present work aimed to present elements for the understanding of law as a guarantee of Human Dignity, social justice and consequently the protection of very personal rights, from the perspective of legal hermeneutics. The main problem to be faced in the present research is: in the face of normative absences, hard cases, and socio-legal changes, legal hermeneutics is treated as a philosophy, an indispensable institute, for the concreteness of social justice in Law, and consequently, the guarantee of a dignified life and protection of the personality?. From this, four chapters were built, with the intention of answering the present question. The work begins by carrying out a study on the concept of justice, addressing, for that purpose, its meaning in history, axiology, philosophy, and how it evolved over the years. The second chapter will be studied, the way in which the Law was reshaped and transformed, in favor of guaranteeing Dignity and defense of personality rights, according to the changes that have taken place in society. As for the third chapter, this one will present the origin of hermeneutics, the main jurists and philosophers who corroborated with the construction of this Science; the relationship between interpretive action and hermeneutics will also be demonstrated, later it will be exposed, about the gadammerian hermeneutics, and how it influenced the development of legal hermeneutics; ending the chapter presenting the importance of legal hermeneutics, for Brazilian legal decisions, in order to guarantee the Law aiming justice. In the fourth and final chapter, (social) justice will be presented from the point of view of legal hermeneutics as an essential element for guaranteeing Human Dignity, and full development of the personality, in the face of open texture norms, hard cases, and socio-cultural changes. legal. Regarding the research methodology, the hypothetical-deductive method, the bibliographic method, and interdisciplinarity as an epistemological method of science (History of Law, Philosophy of Law and Theory of Law) were used. Furthermore, the research will be carried out using the bibliographic review technique, with consultation and reading of materials related to the proposed theme.

Keywords: Dignity of the Human Person; Legal Hermeneutics; Justice; Social Justice; Personality Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2. UMA INCURSÃO HISTÓRICA E AXIOLÓGICA ACERCA DO CONCEITO DE JUSTIÇA: DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA AO PENSAMENTO TEÓRICO DE JOHN RAWLS.....	15
2.1. A ANTIGUIDADE CLÁSSICA E O JUSTO.....	16
2.2. O CRISTIANISMO E A QUEBRA DE PARADIGMAS NO CONCEITO DE JUSTIÇA.....	22
2.3. A JUSTIÇA NA MODERNIDADE:	29
2.4. A JUSTIÇA SOCIAL DO SÉC. XIX:.....	40
2.4.1. Breve estudo da Teoria da Justiça de John Rawls.....	47
2.4.1.1. A justiça como equidade e os princípios de John Rawls.....	52
2.5. JUSTIÇA E DIGNIDADE: PROTEÇÃO À PESSOA EM SEUS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS.....	54
3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PARA GARANTIA DE DIGNIDADE E TUTELA DA PERSONALIDADE.....	60
3.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA.....	62
3.1.1. A evolução da personalidade: um breve histórico necessário sobre os avanços acerca da tutela dos direitos personalíssimos.....	67
3.2. A TUTELA GERAL DA PERSONALIDADE VERSUS OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRACIONADOS.....	74
3.3. A RECEPÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	79
3.3.1. Da tutela geral de personalidade: a cláusula geral de proteção dos direitos personalíssimos e a dignidade humana.....	84
3.4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	90
4. DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA A EFICÁCIA DE JUSTIÇA.....	96
4.1. A ORIGEM DA HERMENÊUTICA: UM BREVE HISTÓRICO SOBRE SEU SURGIMENTO E CONSTRUÇÕES TEÓRICAS.....	98
4.1.1 A hermenêutica e a interpretação.....	104
4.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA.....	109
4.3. A HERMENÊUTICA E O DIREITO: ESTUDO TEÓRICO ACERCA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	115
4.4. A HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUA DIRETA CORRELAÇÃO COM A GARANTIA DE DIGNIDADE E JUSTIÇA.....	121
4.5. AS DECISÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS E A HERMENÊUTICA JURÍDICA: PARA A EFICÁCIA DO DIREITO VISANDO A JUSTIÇA.....	127
5. A APLICABILIDADE DO DIREITO SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, PARA A CONCRETUDE DA JUSTIÇA SOCIAL.....	132
5.1. O PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL COMO ALAVANCA À DIGNIDADE HUMANA E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	132
5.1.1. A dignidade da pessoa humana como um “valor dos valores”.....	138

5.2. A RELEVÂNCIA DA PONDERAÇÃO IN CASU COMO GARANTIA DE DIGNIDADE, TUTELA DA PERSONALIDADE, A CONCRETUDE DE JUSTIÇA SOCIAL.....	143
5.3. O POSITIVISMO EXTREMADO E A ARBITRARIEDADE JUDICIAL: A NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO FRONTE À APPLICATIO DA NORMA JURÍDICA AOS CASOS CONCRETOS.....	147
5.4. A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CIÊNCIA NECESSÁRIA AO PROCESSO INTERPRETATIVO FRONTE AS DECISÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS PARA GARANTIA DE PRINCÍPIOS E TUTELA DE DIREITOS.....	152
5.5. A JUSTIÇA SOCIAL COMO GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	160
6 CONCLUSÕES.....	167
REFERÊNCIAS.....	171

1 INTRODUÇÃO

Imperioso, se faz destacar, que a presente dissertação tem como intuito trazer os principais elementos para compreensão dos institutos escolhidos para serem estudados, destacando para tanto, de modo teórico, epistemológico e descritivo, o conceito da dignidade da pessoa humana, da justiça, justiça social, da hermenêutica, hermenêutica jurídica, e o desenvolvimento da personalidade, sobretudo, relacionando estes institutos, demonstrar-se-á, assim, a relação umbilical entre a necessidade da filosofia hermenêutica, e a garantia de dignidade, justiça (social), e os direitos de personalidade.

A concepção de justiça, ressaltar-se-á que esta, é um dos primeiros valores que se originam em sociedade, e que formam a pessoa humana, no seu mais intrínseco valor, ou seja, o justo é direito inerente à existência humana, e todos os seres sociais, possuem uma inviolabilidade de seu interior fundamentado pela justiça, sendo, desta forma, de extrema necessidade que o sistema jurídico, tutele e proteja os direitos personalíssimos, que tem como fundação a dignidade humana. A comunidade social, precisa ordenar-se e organizar-se, transpassando-se os anos, atravessando o tempo. O senso de justiça firmou-se por intermédio dos valores axiológicos que se moldaram em normas jurídicas com o fim de proporcionar vida em sociedade de forma harmoniosa.

O conceito de justiça modificou-se ao longo tempo, sendo fundamentalmente influenciado pelas mudanças que ocorrem entre os membros da sociedade – históricas, políticas, ideológicas, religiosas, jurídicas, entre outros –. Destacar-se-á que, as duas Grandes Guerras Mundiais foram marco de transformações, sociais, políticas e jurídicas, no direito tanto internacional, como interno, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde a dignidade da pessoa humana foi tutelada, para que nunca mais houvesse a violação à vida humana, como acontecera em tais guerras. Assim, após esse período extenso em que direitos foram lesionados, e atrocidades cometidas contra a pessoa humana, as Constituições de cada Estado foram adotando as normas da Declaração, que ensejaram contundentemente, para o retorno de um direito mais justo, elevando-se, para isto, a dignidade da pessoa humana como o centro do Direito, alicerce e base jurídica, a edificar o ordenamento jurídico, e consequente alterações jurídicas em prol do desenvolvimento da personalidade.

Entre a justiça e a realidade sócio-jurídica sempre há um espaço em vazio, um vácuo, a depender dos aplicadores do direito e a hermenêutica jurídica o ocuparem. Nesta esteira, a hermenêutica jurídica, é fundamental, para interpretação e a *applicatio* do ordenamento jurídico aos casos concretos, é através da hermenêutica, que se busca o equilíbrio entre as normas, ou a ausência destas, e as situações *in casu* a serem examinadas.

A dignidade humana, e os direitos personalíssimos são interdependentes, ou seja, é necessário que o direito tutele ambos, tendo em vista a máxima garantia de defesa da pessoa humana, desta forma, demonstrar-se-á, a interrelação e interconexão, do princípio da dignidade da pessoa humana e a personalidade dos sujeitos, devendo, assim, no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, ambos serem assegurados. Por meio de material doutrinário e bibliográfico reunido, será ao longo do texto, apresentar-se-á, a forma como tais valores se construíram, e como passaram a compor o Direito, e a assumiram tal condição correlacionada.

No período contemporâneo, estudiosos do direito, passaram a depreender seus esforços com o objetivo de teorizar um novo modo de pensar o conceito da justiça, desenvolvendo, assim, a teoria da justiça social, motivados pelas mudanças da sociedade, tais quais, políticas e econômicas, decorrentes das inovações industriais, e tecnológicas, propulsionadas, pelas Revoluções Industriais, mas também pela Revolução Francesa. O novo paradigma político-sociológico e econômico, experimentado pela sociedade naquela época, proporcionaram, transformações contundentes, como um acentuado aumento das desigualdades sociais, e a distribuição injusta de direitos, o que para os teóricos da justiça social, deverá o Estado e as instituições sociais, assumirem o papel de amenizar tais condições, e estabelecer, assim, uma sociedade mais justa igualitária, e solidária.

A justiça não é um valor em si mesmo, é um valor supremo, da mesma maneira, que a dignidade humana, onde o justo possibilita que os demais valores jurídicos sociais se valham em uma harmonia coerente de axiomas, o mesmo deverá ocorrer, com a defesa da justiça social, que assumirá, um papel de grande relevância ao presente projeto. O ordenamento e todo sistema jurídico, tem, como objeto a proteção do direito à vida com dignidade e aos direitos personalíssimos.

Destas questões trazidas à tona, buscará, então, a pesquisa responder ao seguinte questionamento: diante das ausências normativas, lacunas do direito, e as mudanças sócio-jurídicas, trata-se a hermenêutica jurídica como filosofia, de instituto indispensável, para a concretude de justiça social no direito, e conseqüentemente, a garantia de vida digna e tutela da personalidade? Nesta esteira, a partir do problema central a ser trabalhado na dissertação em tela, problemas subjacentes, serão constatados, imprescindíveis de serem discutidos em momento oportuno, tais quais: o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade encontram-se interligados? Ou seja, a defesa do digno, leva a conseqüente proteção da personalidade? E vice-versa? Quem poderá dizer que a norma jurídica é injusta? É possível dizer que existe justiça social? Quais as conseqüências do positivismo absoluto? Qual o papel da hermenêutica jurídica para a justiça social?

A presente pesquisa buscará responder aos questionamentos por meio de quatro capítulos, os quais, se perfazem em uma construção e correlação, lógica e linear, quantos aos temas a serem abordados, iniciar-se-á com uma abordagem analítica da justiça na história, na axiologia, na filosofia e a sua evolução, ao longo dos anos. Ao segundo capítulo analisar-se-á, o modo como o direito se transformara, conforme os acontecimentos sociais, em prol da garantia de dignidade e a tutela da personalidade.

Já o terceiro capítulo será dedicado para apresentação da origem da hermenêutica, os principais precursores desta Ciência, a relação entre interpretação hermenêutica, os valores da linguagem, posteriormente, explanar-se-á acerca da hermenêutica gadammeriana, e a influência desta para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, e relevância da hermenêutica jurídica, perante as decisões jurídica, para a eficácia do direito visando justiça. Quanto ao quarto e último capítulo, discorrer-se-á sobre a justiça (social) sob o olhar da hermenêutica jurídica como ferramenta imprescindível para garantia de dignidade humana, e desenvolvimento pleno da personalidade, lacunas do direito, ausências normativas, e as mudanças sócio-jurídicas.

Como métodos de abordagem de pesquisa principais no presente trabalho, ter-se-á o método hipotético-dedutivo, o bibliográfico, e o auxílio das disciplinas de História do Direito, Filosofia do Direito e Teoria do Direito. Ressaltar-se-á que em momento anterior, foram expostas as problemáticas

circunstanciais que darão direção para a construção da pesquisa, ressaltar-se-á que os problemas apresentados, ensejam em hipóteses que serão trabalhadas ao longo do texto, pretendendo-se, assim, atingi-las ao final do trabalho, resultando em uma pesquisa que utilizar-se-á do método hipotético-dedutivo.

A pesquisa será realizada a partir da técnica de revisão bibliográfica, com consulta, e a leitura, de materiais, tais quais, revistas, publicações em periódicos, jornais, dissertações, teses, entre outros, autores e materiais que se voltam ao estudo do Direito, da Teoria do Direito, da Filosofia e Sociologia do Direito, da dignidade humana, da justiça e justiça social, dos direitos personalíssimos, e finalmente sobre a hermenêutica e hermenêutica jurídica.

O presente trabalho insere-se na área de especialização do programa de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar), com enfoque sobre os direitos de personalidade e a tutela dos aspectos intrínsecos da pessoa humana¹. Sendo o objeto do estudo, apresentar elementos para a compreensão do direito como garantia de dignidade humana, justiça social e consequentemente a tutela dos direitos personalíssimos, sob à ótica da hermenêutica jurídica; portanto, a pesquisa em tela revela-se em consonância com a área de concentração do programa, qual seja, os direitos de personalidade, vez que o exercício do direito que não assegure dignidade humana ou justiça (social), afeta diretamente aos direitos personalíssimos dos indivíduos.

Ressaltar-se-á, que o tema está de acordo com a primeira linha de pesquisa do programa do Mestrado, que versa sobre os direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade, por se tratar do estudo material e axiológico acerca da dignidade, da justiça, e dos direitos de personalidade dos indivíduos.

¹O programa de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (Unicesumar) está credenciado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), através da edição da Portaria nº 3.116, de 09 de setembro de 2005, sendo publicado no Diário Oficial da União (DOU), em 12 de setembro de 2005. Por sua vez, o programa de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar) é organizado na área de especialização sobre os direitos de personalidade, tendo como linhas de pesquisas em duas perspectivas: uma em relação aos direitos de personalidade e seu alcance na contemporaneidade e a outra sobre os instrumentos de efetivação dos direitos de personalidade.

2. UMA INCURSÃO HISTÓRICA E AXIOLÓGICA ACERCA DO CONCEITO DE JUSTIÇA: DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA AO PENSAMENTO TEÓRICO DE JOHN RAWLS:

A justiça trata-se de um conceito que se firmou ao longo do tempo os valores axiológicos, de justiça e do justo, foram grande parte transformados em normas jurídicas, responsáveis pela proteção da vida humana. Uma vez, que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS), esta será, também, inicialmente tratada no presente estudo. A justiça é valor inerente à pessoa humana, sua existência, e ao direito. Toda pessoa possui uma total inviolabilidade, alicerçada na justiça, e para tanto, o ordenamento jurídico, deverá exercer o papel de tutela e proteção dos direitos personalíssimos, que possuem como fundamento a Dignidade Humana.

A justiça, modificou-se e ressignificou-se com o tempo, sobretudo perante as diversas mudanças – sociais, históricas, políticas, ideológicas, religiosas, entre outros –. Alterações no justo foram presenciadas na Antiguidade Clássica, a forma como era vislumbrada, pelos filósofos da época, como Aristóteles, Platão, entre outros.

O surgimento do Cristianismo, representou uma quebra de paradigmas, com relação ao período clássico, sobretudo no que diz respeito, aos conceitos da justiça, estes alteraram-se no percurso, histórico, ideológico, e filosófico do pensamento Medieval, tendo sua concepção fortemente influenciada por São Tomás de Aquino, e Santo Agostinho.

No pensamento Moderno, a justiça teve em sua aceção mudanças provocadas pela filosofia kantiana, essencialmente com relação às suas contribuições a ideia de Dignidade Humana, e que afetaram e contribuíram diretamente no justo.

O conceito de justiça a partir da idade contemporânea, e a ideia de justiça social, tiveram a motivação das mudanças sociais e econômicas decorrentes das inovações tecnológicas e industriais, proporcionadas, tanto pela Revolução Industrial, como pela Revolução Francesa, disto, teorias modernas da justiça passaram a ser desenvolvidas por teóricos, como John Rawls. Outrossim, é certo que, a justiça e a Dignidade Humana, são essenciais para a

proteção da pessoa humana, e seus direitos personalíssimos, há uma evidente interconexão tríade, entre os institutos.

2.1. A ANTIGUIDADE CLÁSSICA E O JUSTO:

A concepção de justiça perpassou por inúmeras transformações ao longo dos séculos, sofrendo mudanças *pari passu*, com o contexto político, ideológico, religioso, entre outros, perante as diversas sociedades existentes. Em período anterior a Antiguidade Clássica o conceito do justo já havia sido desenvolvido por muitos povos, em que pese seu arcabouço teórico não tenha sido extenso, ou mesmo com maiores descrições e apontamentos teóricos – como nos Clássicos – possuem sua relevância e serão, portanto, tratados.

Na Antiguidade Oriental, Hammurabi (1728-1686 a.C), Imperador da Mesopotâmia em meados do séc. XIX a.C, foi responsável pela redação de um “código”, conhecido atualmente, como o Código de Hammurabi (aproximadamente 1780 a.C), contendo em sua escrita uma gama de direitos, entre estes, lições de propriedade, direitos da mulher, e em seu prólogo traz a ideia de justiça, cita-se, “[...] naquele dia Anum e Enlil pronunciaram o meu nome, para alegrar os homens, Hammurabi, o príncipe piedoso, temente a deus, para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco, para, como o sol, levantar-se sobre os cabeças-pretas”. No artigo 196 estipula: “Se um *awilum* destruiu o olho de um (outro) *awilum*: destruirão o seu olho”² (HAMMURABI, 1976).

A concepção de justiça no Direito Babilônico, segundo David Johnston (2018), restringe-se à duas visões: “[...] evitar que o forte oprima o fraco. E o principal instrumento para realiza-lo é a ameaça de uma violenta desforra, dirigida àqueles que possam tirar partido dos fracos”, exercida esta por Hamurabi, ou uma justiça “francamente retributiva”.

Conforme Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 73 e ss.), na Europa Ocidental, em específico os pré-socráticos (até meados do século V a.C), foram os responsáveis por desenvolver alguns estudos a

²Mister neste momento da presente pesquisa trazer à tona os comentários à obra realizados por Emanuel Bouzon onde: A expressão *DUMU a-wl-lim*: “filho de *awilum*” indica, aqui, alguém que pertence à classe dos *awilum*. A lei determina que, se o agressor e o agredido pertencerem à mesma classe social, seja aplicada a pena de talião: “olho por olho”.

despeito da justiça (*diké*), baseados sobretudo, na “compreensão do universo e do mundo natural”. A filosofia pré-socrática, então, assume contornos de um “jusnaturalismo cosmológico”, onde o termo *diké*, desprende-se dos traços mitológicos e sagrados do período homérico, vislumbrando-se a transposição do mitológico ao filosófico, dos períodos homérico e arcaico, sendo então a *diké* (justiça) aos pré-socráticos, “nada além daquilo que figura ser, como ordem que se deve atribuir para que as partes estejam de acordo com o todo”.

Em contraponto, a ideia de justo para os Sofistas – pensadores gregos do período posterior aos pré-socráticos (a partir do séc. v a.C) –, segundo Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida “[...] é relativizada, na medida em que seu conceito é igualado ao conceito de lei; o que é o justo senão o que está na lei? O que está na lei é o que está dito pelo legislador, e é esse o começo, o meio e o fim de toda justiça” (2015, p. 109).

Na Antiguidade Clássica a construção do conceito de justiça discrepa-se com relação ao Código Babilônico e as justiças antigas, pré-filosóficas, vez que não possuem caráter retributivo de justiça e menos ainda atribuem aos seus governantes poder para implantar justiça na Terra como dispõe o Código de Hammurabi (1976). Há de se observar, que foram os estudos sobre justiça nos períodos pré-socráticos, que preconizaram influências consideráveis aos Clássicos.

Platão, assume um pensamento de cunho Metafísico em seus diálogos, tanto na República, como nas Leis, e finalmente em Política, e também os constrói de maneira menos racional, da qual não se exclui a concepção de justiça. Para o filósofo, justiça, denominada pelo mesmo de – justiça universal, possui suas raízes no Hades (além-vida), onde a doutrina da paga (pena pelo mal; recompensa pelo bem) vige como forma de Justiça Universal (ALMEIDA; BITTAR, 2015).

Para Platão as virtudes dos Homens, deverão inclinar-se a Ideia do Bem, conforme Marilena Chauí, a “[...] ideia do Bem significa que a ideia é perfeita ou completa em si mesma, nada lhe faltando que a obrigue a transformar-se” (2002, p.278), à que sua alma destina-se, e quando deparar-se com o momento, em que esta desprende-se do corpo terreno, passará pelo crivo da justiça Universal, que determinará seu destino no Além. Portanto, nas palavras de Giorgio Del Vecchio, “nenhum homem é voluntariamente injusto” (1979, p.42). Segundo,

Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Platão “[...] conheceu o que é o justo e o injusto no Além, disto tendo-se esquecido transitoriamente, cabendo ao filósofo, por maiêutica, trazer à tona esse conhecimento previamente adquirido, reavivando apenas o que já se conhece por experiências anteriores” (2015, p.138).

Descreve Platão:

“Existe, contudo – prosseguiu Sócrates –, ao menos uma coisa em que seria justo que todos vós refletísseis: se a alma é de fato imortal, se faz necessário que zelemos por ela, não só durante o tempo presente, que denominamos viver, mas ao longo de todo o tempo, pois seria grave perigo não se preocupar com ela. Suponhamos que a morte seja apenas uma completa dissolução de tudo. Que maravilhosa ventura estaria então reservada para os maus, que se veriam libertos de seu corpo, de sua alma e de sua própria maldade! Mas, em verdade, uma vez que se tenha demonstrado que a alma é imortal, não haverá escapatória possível para ela em face de seus males, exceto que se torne melhor e mais sábia [...]. [...], mas aquela alma que passou sua vida no comedimento e na pureza tem os próprios deuses por companheiros e guias, e ocupará o lugar que lhe está destinado, já que lá há lugares maravilhosos e diferentes da Terra, e não é o que imaginam aqueles que têm o hábito de fazer descrições, como já ouvi algumas” (1999, p. 178).

Platão em sua obra República (428-347 a.C), sustenta que a, – justiça Humana –, é um atributo tanto da cidade – justiça Grande –, quanto de seus cidadãos – justiça Pequena –, e estes estão interligados. Sendo assim, para que a cidade se torne justa é necessário que seus membros exerçam suas devidas aptidões, e desempenhem suas funções para toda comunidade. Consequentemente, quando o homem se auto realiza e encontra-se em equilíbrio com as aptidões de sua natureza e alma, resultar-se-á em uma sociedade harmônica e justa (PLATÃO, 428-347 a.C).

Assegura Giorgio Del Vecchio (1979, p. 41-42), “o Estado é o homem em grande, ou seja: um organismo completo, em que se encontra reproduzida a mais perfeita unidade. Constituído por indivíduos, solidamente estruturado, semelha um corpo formado por vários órgãos, cujo conjunto lhe toma possível a vida”, onde, “no indivíduo, como no Estado, deve reinar aquela harmonia que se obtém pela virtude. A justiça é a virtude por excelência, pois consiste em uma relação harmoniosa entre as várias partes de um corpo. Ela exige que cada qual faça o que lhe cumpre fazer”.

Afirma Platão:

[...] A meu parecer, lhe disse, a restante virtude da cidade por nós planejada, afora as três mencionadas acima: temperança, coragem e sabedoria, tem de ser a que empresta força para que as outras surjam e, uma vez existentes, pelo simples feito de sua presença, subsistam por quanto tempo ela durar. Afirmamos, também que depois de encontrarmos as outras três virtudes, seria a que sobrasse” (2000, p.205).

A concepção do termo justiça construído por Aristóteles, apresenta-se de forma distinta aos conceitos desenvolvidos no Direito Babilônico, nos Pré-Socráticos e em Platão, notar-se-á que para o Filósofo, na obra *Ética à Nicômaco* (1991, Livro V, Cáp. III, (A)), este analisa a justiça por meio do espectro da igualdade, expondo que o termo justo, simultaneamente deverá ser intermédio, igual e relativo, – concepção esta aplicada à apenas à algumas pessoas na visão de Aristóteles – (1991, Livro III, Cáp. III), o justo, então, “como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve duas coisas; e, como justo, o é para certas pessoas” (1991, Livro III, Cáp. III), p.100), sendo, “justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta, os objetos distribuídos” (1991, Livro III, Cáp. III), p.100).

Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p.177), ensinam que na visão de Aristóteles a justiça: “[...] é entendida como sendo uma virtude, e, portanto, trata-se de uma aptidão ética humana que apela para a razão prática, ou seja, para a capacidade humana de eleger comportamentos para a realização de fins”, e complementa Bittar, “a justiça ou injustiça da conduta, concebida a questão enquanto imersa na questão maior da eticidade do ser, é propriamente esta prática humana, este fazer individual que transborda da esfera privada para lançar seus reflexos sobre a esfera pública, sobre o coletivo” (1997, p.57).

Afirma, Aristóteles (1991, Livro V, Cáp. I, p.100), “[...] os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo”, e quanto a “injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto”.

Em que pese os contrapontos acerca da acepção de justiça entre Platão e Aristóteles, nota-se que para ambos, o justo desflora nas relações dos concidadãos, das quais dividem, e compartilham dos ideais políticos e culturais,

inseridos em um espaço local relativo (JOHNSTON, 2018). O regime de escravidão, ou mesmo a desigualdade social existente entre as mulheres e os homens livres. Para ambos filósofos não eram consideradas práticas injustas, onde a situação dos escravos é ainda mais agravada vez que estes, segundo, Marilena Chauí, “não possuem direito algum e dependem inteiramente dos favores do senhor” (2002, p.468).

O justo, portanto, era algo relativo, perante os Clássicos, ou seja, não era algo, dotado por todo ser humano, por toda pessoa humana comum, como será visto no Cristianismo, é apenas com os ensinamentos de Cristo, e o reconhecimento de todos sujeitos, na semelhança de *Imago Dei*, que a ideia do justo passou a ser universal, passou a ser parte indissociável de cada pessoa.

A justiça para Aristóteles (1991), trata-se, portanto, de uma virtude, perquirida por meio da prudência, sendo este ato voluntário racional, exercido pelo homem, que delibera suas ações almejando as coisas boas e úteis para si. Portanto, Marilena Chauí (2002, p.447), assevera, “virtude é ação, atividade da vontade que delibera e escolhe segundo a orientação da razão, a qual determina os fins racionais de uma escolha, com vista ao bem do agente, isto é, sua felicidade. O virtuoso é feliz porque prudente e prudente porque moderador e moderado”.

Ensina Aristóteles a concepção de virtude:

A virtude adquirimo-las pelo exercício, como também sucede com as artes. Com efeito, as coisas que temos de aprender antes de poder fazê-las, aprendemo-las fazendo; por exemplo, os homens tornam-se arquitetos construindo e tocadores de lira tangendo esse instrumento. Da mesma forma, tornamo-nos justos praticando atos justos, e assim com a temperança, a bravura, etc (ARISTÓTELES, 1991, p. 27-28). E complementa, “Sendo, pois, de duas espécies a virtude, intelectual e moral, a primeira, por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino — por isso requer experiência e tempo; enquanto a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, donde ter-se formado o seu nome por uma pequena modificação da palavra (hábito) (ARISTÓTELES, 1991, p.27).

Marilena Chauí (2002, p.455), interpretando os pensamentos de Aristóteles, por fim, apresenta o conceito de virtude ética:

É uma disposição interior constante que pertence ao gênero das ações voluntárias feitas por escolha deliberada sobre os meios possíveis para alcançar um que está ao alcance ou no poder do agente e que é um bem para ele. Sua causa material é o *éthos* do agente, sua causa formal, a natureza racional do agente, sua causa final, o bem do agente, sua causa eficiente, a educação do desejo do agente é a

disposição voluntária e refletida para a ação excelente, tal como pratica da pelo homem prudente.

A justiça Política, concepção também desenvolvida pelo Clássico na Ética à Nicômaco, dispõe que desta uma parte é natural, e a outra trata-se de uma parte legal, nas palavras de Aristóteles, “natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”, (1991, p.109). Onde, o justo legal, deve certamente existir nas sociedades em que há a injustiça, pois é o justo legal, através das leis que determinará o que é justo e injusto praticado pelos homens (ARISTÓTELES, 1991). Ensina Eduardo Carlos Bianca Bittar (1997, p.69):

De qualquer forma pode-se dizer que, sinteticamente, o justo natural (c) participa dialeticamente, e ao lado, do justo legal (d), das seguintes maneiras: • ideologicamente como revisionismo principiológico ao qual se recorre de acordo com as mutações valorativas humanas; • como corretivo manifestado através da *epieikeia*, abrandando o rigor ou sobrepassando as disparidades e iniquidades engendradas pelas leis obsoletas e descontextualizadas; • como destaque próprio da esfera noética humana, sendo por ela condicionada, e a ela condicionando, numa dialética implicacional recíproca, manifestação latente e dinâmica da culturalidade humana.

A equidade, ou *Epieikeia*, é disposta por Aristóteles na Ética a Nicômaco, como uma “correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto”, para Aristóteles, “a razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta” (1991, p.118).

Conforme Aristóteles (1991, p.118) “quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão”, a equidade, corresponde, portanto, a uma concepção construída por Aristóteles, como um corretivo, com a função de garantir justiça, sendo uma ferramenta para a aplicação de leis, permitindo adaptá-la e adequá-la devidamente *in casu* (VECCHIO, 1979).

Equidade, para Aristóteles, trata-se portanto de ferramenta inexorável de correlação entre o justo legal e o justo natural, uma vez que adequa as normas jurídicas, do justo legal, conforme o espaço-tempo que vivencia-se no justo

natural. As leis, não são capazes de acompanhar *pari passu* as mudanças sociais da comunidade, sendo, portanto, necessário a equidade para adequação do justo legal, com o justo natural, aos casos concretos, por intermédio dos magistrados – aplicadores da lei –, sendo estes protetores da justiça.

O conceito de justiça, portanto, alterou-se de forma significativa, desde suas primeiras aparições, na Antiguidade Oriental, no período pré-socrático, e finalmente perante os Clássicos, sendo os filósofos Platão e Aristóteles grandes expoentes, e de fundamental relevância para a concepção dos Justo, vez que serviram de influência e base teórica para a Filosofia Teológica da Idade Média, representada fortemente pelos filósofos Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, como se verá a seguir.

2.2. O CRISTIANISMO E A QUEBRA DE PARADIGMAS NO CONCEITO DE JUSTIÇA:

O Cristianismo propulsionou uma quebra de paradigmas, ou seja, um corte epistemológico evidente na história filosófica-jurídica, com mudanças na sociedade em diversos aspectos, a justiça diante dos ensinamentos de Cristo, assumira a ideia do universalismo entre as pessoas, aqueles que integram a comunidade, são todos iguais perante a Deus, o Cristianismo é base para desindividualização das pessoas, onde seguindo seus ensinamentos, possuem a mesma potencialidade de alcançar o Reino de Deus, o Reino dos Céus.

No medievo, ensina Gerd Bornheim (2002, p. 355), “o indivíduo, além de não sobressair como realidade autônoma, estava religado a partir da presença do divino, a religião era o grande fator de unificação desindividualizante. Assim, conforme Giorgio Del Vecchio (1979, p. 59-60) “a liberdade e a igualdade de todos os homens, a unidade da grande família humana, constituem, sem dúvida, corolário da pregação evangélica”. Evidente as disparidades ideológicas do período Clássico, com a Idade Média, e o Cristianismo, vez que na Antiguidade Clássica, a estratificação social era existente, e estabelecidas conforme critérios de nascimento, de origem de cada pessoa conforme seu círculo social.

O direito e a justiça sofreram influências diretas dos ensinamentos pregados pelo Cristianismo. A linguagem de amor, sobretudo de Cristo revelou-se imprescindível para a vida humana. O Cristianismo foi a primeira religião, na

qual, não se pretendia uma regularização do direito, e com isso tornou-se o direito esfera independente, buscando suas regras na natureza, na consciência humana e na justiça.

Afirma Giorgio Del Vecchio (1979, p.59), “a doutrina cristã não tinha significado jurídico ou político, mas tão só moral, assim nas palavras de Cristo, transpostas pelo Apóstolo Mateus “Pois devolvam a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus” (22:21), portanto, expõe Vecchio (1979, p.60), a “doutrina de Cristo foi essencialmente apolítica. Todos os seus ensinamentos, ainda mesmo aqueles que depois foram usados para justificar o domínio temporal, tiveram originária e exclusivamente um significado espiritual”.

Leciona São Tomás de Aquino:

[...] compete especialmente à justiça submeter o homem a Deus. Pois, diz Agostinho, “A justiça é um amor votado somente ao serviço de Deus, e, por isso, orienta bem tudo quanto está sujeito ao homem.” Ora, o direito não concerne às coisas divinas, mas somente às humanas. “O sagrado, diz Isidoro, é a lei divina, o direito, a lei humana”. Logo, o direito não é objeto da justiça (TOMÁS DE AQUINO, 2010, II, q. LVII, art. 1).

O princípio cristão da caridade, do amor, da fraternidade, não se propôs obter reformas políticas e sociais, mas sim, reformar as consciências. É certo que o cristianismo humanizaria o direito, dulcificando-o. (FERMENTÃO, 2006). Senão veja-se, o próprio ensinamento de Cristo:

Vocês ouviram o que foi dito: “Ame o seu próximo e odeie o seu inimigo! Eu, porém, lhes digo: amem aos inimigos, e rezem por aqueles que perseguem vocês! Assim vocês se tornarão filhos do Pai que está no céu, porque ele faz o Sol nascer sobre maus e bons, e a chuva cair sobre justos e injustos. Pois, se vocês amam somente aqueles que os amam, que recompensa vocês terão? [...] (MATEUS, 5:43-46). [...] Com efeito, eu lhes garanto: se a justiça de vocês não superar a dos doutores da Lei e dos fariseus, vocês não entrarão no Reino do Céu (MATEUS, 5:20).

A Doutrina Cristã, é fruto dos ensinamentos de Cristo, apela estes à prudência de vida e ao instinto de bondade de cada qual no operar com a própria vida em dialética com a vida alheia. Um verdadeiro guia das ações humanas, voltadas para a realização do bem tanto para si, como para o outro, principiadas pelo Amor, – estar com o espírito em Deus é estar voltado para Deus por meio do outro; é o outro, o próximo, o mediador do amor de um por Deus (ALMEIDA, BITTAR, 2015) – na busca pela realização em Deus.

Jesus Cristo, é claro ao proferir seus sermões: “Felizes os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados. Felizes os que são perseguidos por causa da justiça, porque deles é o Reino do Céu” (MATEUS, 5:6 e 10) e “portanto, não fiquem preocupados, dizendo: O que vamos comer? O que vamos beber? O que vamos vestir? Pelo contrário, em primeiro lugar busquem o Reino de Deus e a sua justiça, e Deus dará a vocês, em acréscimo, todas essas coisas” (MATEUS, 6: 31 e 33), assim, todo entendimento, todo raciocínio, toda moral e todo comportamento, que se digam baseados na lei do Cristo, devem pautar-se pelas *praecepta* (ALMEIDA, BITTAR, 2015).

Pelo entendimento de Hans Kelsen (1993, p. 72 e ss.), o fundamento metafísico-religioso da doutrina do direito natural, almeja expor que apenas uma doutrina teológica do direito natural pode ser teleológica, a doutrina do direito natural deduz da natureza formas imutáveis da conduta justa (reta), onde a doutrina do direito Natural, assume em sua essência um caráter teleológico, de realização de fins, de uma natureza criada ou regida por um ser superior à tudo e à todos. Certamente, o justo em sua mais completa acepção, denominada pelo autor, de autoridade transcendente, “[...] pode nesta natureza ser encontrado o direito justo, pode, a partir desta natureza, ser deduzido o direito justo isto revela-se ainda mais claramente numa doutrina teleológica do direito natural”. Assim, “a natureza só pode ser interpretada como um todo organizado com uma finalidade quando se admite que são postos certos fins ao acontecer natural por parte de uma vontade transcendente”.

A justiça Cristã, trata-se de “uma justiça que se exerce de acordo com regras espirituais, ou seja, de acordo com a lei divina”, onde esta acepção de justo, disciplina Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p.215), é reconhecida como “universal, inexorável, perene, irrevogável”. As sagradas escrituras corroboram a este pensamento senão veja-se: “pois o fim da Lei é Cristo, para que todo aquele que acredita se torne justo. Moisés assim descreve a justiça que vem da Lei: “Quem praticar os preceitos da Lei, viverá por meio deles” (ROMANOS, 10: 4-5). A doutrina Cristã atribui a justiça de modo universal, assim, esta por excelência, é ferramenta inexorável para reestabelecer a igualdade entre os sujeitos, sendo, portanto, uma virtude essencialmente intersubjetiva, ou seja, que comporta relação com outrem, de alteridade, como uma verdadeira “socialidade da justiça” (REALE,1972).

A justiça dos homens, difere da justiça Divina, pois a natureza do Homem é mutável, assim compete à esta justiça terrena – ou legal – retificar os atos humanos. Segundo São Tomás de Aquino, “ora, as ações são retificadas pela justiça, como se lê no livro dos Provérbios: "A justiça do simples dirigirá seu caminho". Portanto, a justiça não se ocupa das relações com outrem apenas, mas também consigo mesmo” (2010, II, q. LVIII, art. 2).

Conforme Eduardo C. Bianca Bittar (1997, p. 347), a “justiça legal é completada pela justiça particular. Esta última é responsável pela ordenação dos indivíduos na relação com os particulares, tendo, portanto, reflexos mediatos sobre o Bem Comum e imediatos sobre os particulares”, nas palavras de Tomás de Aquino, “a justiça particular se ordena a uma pessoa privada, que está para a comunidade como a parte para o todo (2010, II, q. LXI, art. 1). São Tomás de Aquino propõe que o justo legal – Direito Positivo – poderá ser estabelecido por meio de leis gerais, privilégios e decretos.

Tomás de Aquino, apresenta na Suma Teológica, as concepções de justiça distributiva e corretiva, estas diretamente influenciadas pela Doutrina Aristotélica, vez que as ideias apresentadas na obra de Aquino, encontram-se em grande maioria teorizadas na Ética à Nicômaco (BITTAR, 1997). Ensina Tomás de Aquino (2010), que da justiça particular repartem-se a justiça distributiva e comutativa, sendo que relacionam-se intrinsecamente com as pessoas privadas, que voltam-se para comunidade, assim como uma parte está para o todo, sendo as partes sujeitas à dupla relação, desta forma, “uma, de parte a parte, à qual corresponde a relação de uma pessoa privada a outra. Tal relação é dirigida pela justiça comutativa, que visa o intercâmbio mútuo entre duas pessoas” (SÃO TOMÁS DE AQUINO, 2010, II, q. LXI, art. 1). Já a justiça distributiva, diz respeito a relação, “relação é do todo às partes; a ela se assemelha a relação entre o que é comum e cada uma das pessoas. [...] Que reparte o que é comum de maneira proporcional” (SÃO TOMÁS DE AQUINO, 2010, II, q. LXI, art. 1).

Tomás de Aquino, certamente fora um dos grandes representantes, da Doutrina Cristã, e sobretudo da Escolástica, vez que o filósofo constrói sua obra tendo como base os escritos sagrados e a filosofia de Aristóteles, unindo, portanto, os ideais de fé e de razão em sua teoria, inclusive em sua acepção do conceito de justiça. A Escolástica trata-se de uma escola Filosófica Cristã do

Período Medieval, na qual, submete-se a elaboração dos dogmas, graças, especialmente, aos elementos proporcionados pela Filosofia Grega (VECCHIO, 1979). Segundo Giorgio Del Vecchio (1979, p.65), “a Filosofia Escolástica tentou desenvolver os dogmas religiosos mediante análises racionais, na medida em que estas eram consentidas pelos limites impostos pela fé”.

São Tomás de Aquino trata-se de um filósofo com fundamentos de cunho racionalista e metafísico inspirados na Filosofia Aristotélica. Atrelados aos conhecimentos religiosos, apreendidos nas experiências de Deus, (seu motor), e da vida de Cristo presentes nas sagradas escrituras. Portanto, de acordo com, Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 277), “Deus lançou no homem, como motor universal que é (Motor Imóvel), a vontade para que siga no sentido do Bem (o próprio Deus), podendo escolher livremente os meios para a realização deste Bem”.

Explica Hans Kelsen (1993, p. 87) que, “a razão prática não é em si e por si (*secundum se*) essa regra ou essa medida. Essa regra ou essa medida são os princípios nela postos – por Deus, evidentemente” (1993, p.87), sendo que o homem criado por Deus tem razão na medida em que participa na razão divina, da qual recebe o impulso para uma conduta em conformidade com Lei Eterna (KELSEN, 1993).

Tomás de Aquino (2010, II, q. XCIII), em seus estudos realiza um escalonamento das Leis que integram toda a existência, tanto humana, como divina, estabelecendo *a priori*, a lei eterna, sendo esta inquestionável e superior as demais, a lei divina, a lei da natureza e finalmente a lei dos homens, que trata-se de dar concretude e posituação da lei natural pelos legisladores da sociedade. E, em primeiro lugar, a lei eterna; em segundo, a lei natural; em terceiro, a lei humana; em quarto, a lei antiga; em quinto, a lei nova, que é a lei do Evangelho. Sobre a sexta lei, que é a lei da concupiscência, basta o que foi dito quando se tratou do pecado original”.

Leciona Miguel Reale:

O elemento mais alto da filosofia jurídico-moral tomista é a *lex aeterna*, expressão mesma da razão divina, inseparável dela, que governa todo o universo, como um fim ao qual o universo tende. A ideia de *lex aeterna* não deve ser confundida com a de *lex divina*, ou revelada, a qual é uma expressão da primeira, a mais alta forma de sua participação aos homens, porque dada por Deus, como no exemplo das Sagradas Escrituras (1962, p.538).

A natureza dos homens é mutável, diferentemente da natureza divina, e como consequência a Lei Divina, portanto, é frequente ao homem falhar, cometer erros (TOMÁS DE AQUINO, 2010, q. LVII, art. 2), é por esta razão que a Lei Divina é a força normativa mais alta estabelecida pelo Filósofo servindo de base, para que as demais leis busquem seguir – nem toda lei deriva da lei eterna – (TOMÁS DE AQUINO, 2010, II, q. XCIII, art. 3), vez que diz respeito à uma lei de natureza transcendente, e desta forma incapaz de suportar qualquer espécie de erro ou falha, sendo assim, perfeita e imutável (ALMEIDA, BITTAR, 2015).

A Doutrina Cristã, e os ensinamentos de Cristo tiveram grande papel para com a construção da ideia de justiça, valores morais e éticos, que preconizam a fraternidade, amor e solidariedade, atribuíram ao justo, a qualidade Universal, onde todos os seres são dotados de direitos, de liberdade, igualdade, e justiça, sem discriminações quanto à classe social, critérios de nascimento, de gênero, ou da origem de cada pessoa perante o círculo social em que vive, pois todos são amados por Cristo, e não se diferem perante à ele.

Nas lições de Tomás de Aquino:

Quanto ao deve-se dizer que a lei natural dirige o homem segundo alguns preceitos comuns, nos quais se encontram tanto os perfeitos quanto os imperfeitos, e assim é uma para todos. Mas, a lei divina dirige o homem também em alguns particulares, para os quais não se atém do mesmo modo os perfeitos e os imperfeitos. E assim foi necessário que a lei divina fosse dupla, como já foi dito. Deve-se considerar, em seguida, cada uma das leis (TOMÁS DE AQUINO, 2010, II, q. XCIII, art. 3),

A razão prática, possibilita que o Homem seja prudente nas escolhas dos meios que o levarão a atingir o Bem, Bem este comum a todos, ou seja, a *sindéresis* – conjunto de conhecimentos genéricos e abstratos conquistados a partir da experiência habitual que norteia o ser na escolha e no discernimento entre o Bem e o Mal (BITTAR, 1997) – trata-se portanto de uma filosofia de essência teleológica como dispõe Hans Kelsen (1993). Segundo, Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 278), “[...] pode dizer que a razão prática é o instrumento de que se vale o homem para eleger meios para o alcance de fins, estes também livremente por si escolhidos”.

No entendimento de Alessandro Váler Zenni:

Na acepção de Aristóteles o fim postula a intenção no agir, de sorte que o Bem, como fim, é o fio condutor de toda ação, portando a plenitude da realização existencial humana está no bem, requestando num plano secundário a execução das ações segundo regras, cuja

eudemonia está na contemplação, enquanto que em Tomas de Aquino está na beatitude cristã, na plenitude de ser pessoa e na transcendência extramundana, contando com a lei e com a graça do Cristo (2018, p. 35).

A justiça para São Tomás de Aquino, trata-se de uma virtude do Homem, que provém da realização de atos, da *práxis*, de exercitar fazer o Bem e evitar o mal, e assim garantir o justo por meio de suas ações para com o outro, em alteridade, pois, para este, “não se pode ser justo consigo mesmo, porquanto a justiça envolve sempre um *alter*” (REALE, 1999, p.642). Segundo Miguel Reale (1999, p. 642), “a virtude justiça é uma virtude objetiva, que transcende, digamos assim, a pessoa do sujeito, enlaçando-o à pessoa dos outros sujeitos, enquanto as demais virtudes são subjetivas, realizando-se sem proporção a outrem”.

Sobre a virtude, Aristóteles ensina:

[...] é um meio-termo, em que sentido devemos entender esta expressão, e que é o meio-termo em que dois vícios, um dos quais envolve excesso e o outro falta, e isso porque a natureza da virtude é visar à mediania nas paixões e nos atos. Por conseguinte, não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio. Por exemplo, determinar o meio de um círculo não é para qualquer pessoa, mas só para aquela que sabe; do mesmo modo, qualquer um pode encolerizar-se, dar ou gastar dinheiro, pois isso é fácil; mas proceder assim em relação à pessoa que convém, na medida, ocasião, motivo e da maneira que convém, não é para qualquer um, e nem é fácil” (2001 p. 54).

A justiça para Tomás de Aquino, é, portanto, um meio de equilíbrio, de igualdade entre os indivíduos, e esta surge perante a sociedade civil, diante do débito recíproco entre os homens, e a comunidade em que se estabelece. Conforme, Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 282), “a justiça é fundamentalmente um hábito à medida que pressupõe a exterioridade do comportamento, ou seja, de um comportamento que sabe atribuir a cada qual o seu”, ensina Aquino:

A justiça ordena o homem em suas relações com outrem. O que se pode dar de duas maneiras. Com outrem, considerado singularmente; ou com outrem, em geral, considerando que quem serve a uma comunidade, serve a todos os indivíduos que a ela pertencem. Ora, a ambos esses modos se pode aplicar a justiça em sua noção. É própria manifesto, com efeito, que todos os que pertencem a uma comunidade têm com ela a mesma relação das partes para com o todo. Ora, a parte, por tudo o que ela é, pertence ao todo e qualquer bem da parte deve se ordenar ao bem do todo. Assim o bem de cada virtude, quer ordene o homem para consigo mesmo, quer o ordene a outras pessoas, comporta uma referência ao bem comum, ao qual orienta a justiça. Dessa maneira, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta orienta o homem ao bem comum. Nesse sentido, a justiça é uma virtude geral. E como compete à lei ordenar o homem ao

bem comum, como já foi dito, essa justiça geral é chamada legal; pois, na verdade, por ela, o homem se submete à lei que orienta ao bem comum os atos de todas as virtudes (2010, q. LVIII, art. V).

Sendo evidente, assim, a quebra de paradigmas que o Cristianismo proporcionou na história, uma influência direta no Direito, na Filosofia, e sobretudo no conceito de justiça, tais mudanças provocadas pela Doutrina Cristã, não se limitaram ao período medieval, mas sim, foram vislumbradas até a contemporaneidade; é o que será visto, no tópico posterior, onde os ensinamentos cristãos atuaram diretamente na Doutrina do Direito Natural Moderno, e nos pensamentos teóricos desenvolvidos na Modernidade.

2.3. A JUSTIÇA NA MODERNIDADE:

A doutrina do Direito Natural Moderna recebeu influências dos ensinamentos da Doutrina Cristã, mas fato é que a Modernidade se perfaz como uma verdadeira ruptura com a cultura teocêntrica que imperou, essencialmente, ao longo da Idade Média Europeia. Com ímpeto de demonstrar a evidente necessidade de separação entre a Igreja e o Estado, o presente período foi palco de diversas revoluções religiosas, principalmente nos países anglo-saxões, fortemente influenciados por ideais renascentistas, racionalistas e empíricos da Modernidade.

A Idade Moderna, é marcada pela mudança de Filosofias, desprendendo-se da Doutrina Teocêntrica para a Antropocêntrica. Para o homem moderno renascentista o indivíduo é o ser dotado de capacidade de pensar e agir, este coloca-se como centro de todo o universo, questionando-se acerca da origem daquilo que o cerca (REALE, 1999). Na qual essa mudança de centro, trata-se de verdadeira revolução copernicana na esfera do Direito, indicando um novo caminho a ser percorrida pela Ciência Jurídica, que deixa de estar ligada a concepções mítico-religiosas, para buscar seu fundamento último na razão.

Fato é que na modernidade a verdade das ciências fora confiada à racionalidade das Ciências Exatas, como a matemática e a geometria, portanto a Doutrina do Direito Natural opta pela reta razão para guiar as ações humanas (ALMEIDA, BITTAR, 2015). No campo da Filosofia Teórica renovações ocorreram durante o Renascimento e na época que imediatamente lhe sucede, e está representada por dois pensadores em cujas obras se anuncia, suas

características programáticas e sistemáticas, que fundamentam a Filosofia moderna, quais sejam: Francisco Bacon (1561-1636) e René Descartes (1596-1650) (VECCHIO, 1979, p.81).

Ensina Descartes em seu Discurso do Método:

Desse modo, pensei que as ciências dos livros, ao menos aquelas cujas razões são apenas prováveis e que não apresentam qualquer demonstração, pois foram compostas e avolumadas paulatinamente com opiniões de muitas e diferentes pessoas, não se encontram de forma alguma tão próximas de verdade quanto os simples raciocínios que um homem de bom senso pode fazer naturalmente a respeito das coisas que se apresentam a ele. Pesei também que, como todos nós fomos crianças antes de sermos adultos e como por muito tempo foi necessário sermos governados por nossos apetites e nossos preceptores, que eram muitas vezes contrários uns aos outros e que, nem uns nem outros, nem sempre talvez nos aconselhassem o melhor, é quase impossível que nossos juízos sejam tão puros e sólidos como seriam, se pudéssemos utilizar totalmente nossa razão desde o nascimento e não tivéssemos sido guiados senão por ela (2017, p.22-23).

A Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo, tem como reta a razão, diferenciando-se, portanto, do Direito Natural Clássico, representado por Aristóteles e São Tomás de Aquino, segundo Miguel Reale (1999, p. 645), “[...] enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a “lei” para depois se pôr o problema do “agir segundo a lei”, para aquela corrente põe-se primeiro o “indivíduo” com o seu poder de agir, para depois se pôr a “lei””. Conforme Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 308), Hugo Grócio, foi considerado fundador da Filosofia Moderna do Direito, em sua doutrina estabelece, que “princípio último de todas as coisas não seria mais Deus, nem a natureza, mas a razão”.

Segundo, Bittar e Almeida (2015, p. 367), “o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”, resta claro a independência do Direito Natural dos fundamentos cristãos ou de valores transcendentais, para uma Doutrina baseada na razão dos indivíduos que formam o corpo social, o direito, portanto, demonstra-se racionalmente (não se mostra por revelação), e, para tornar possível a vida em comum, é aquilo que a *recta* razão demonstra ser conforme à natureza social do homem” (VECCHIO, 1979).

Para a Filosofia do Direito Natural Moderna, a ideia de justiça ocupou sempre um lugar central. O direitonatural insiste que na consciência humana

reside uma ideia simples e evidente, a ideia de justiça, que é o princípio mais elevado do direito em oposição à moral. A justiça é a ideia específica do direito. (ROSS, 2003). Não obstante, é manifesta pela filosofia jurídico-política, do Contratualismo, do Contrato Social, na qual diversos pensadores foram responsáveis para o desenvolvimento da presente teoria, onde se dará ênfase aos estudos de John Locke (1632-1704), Thomas Hobbes (1588-1679), e Jean-Jacques Rousseau (1712-1788), respectivamente.

Algumas questões pontuais e expressivas foram de grande relevância, vez que foram propulsoras do pensamento moderno, e da ideia do contrato social, tais quais elenca Miguel Reale (1999, p. 646): “Porque existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o direito?”, e seguidamente interpretando os conceitos dos pensadores do Direito Natural Moderno, responde: “O direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios”.

O contrato social origina-se da necessidade de uma regulação dos homens, em seu estado de natureza, cedendo uma parcela de seus direitos individuais, à uma autoridade (Estado), que estabelecerá regras e normas do convívio social, dando origem, portanto ao direito. Onde para certos teóricos do contratualismo, a sociedade é fruto do contrato, dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: a sociedade é um fato natural, mas o direito é um fato contratual (REALE, 1999), desta disposição depreende-se duas categorias do contrato social, sendo o contratualismo total, que diz respeito à criação tanto da sociedade em si, como do Estado, e o contratualismo de cunho parcial, que volta-se apenas para a origem do Estado, não abarcando para tanto a instituição da sociedade (REALE, 1999), diante destes fatos:

Duas tendências se manifestam e concorrem entre si: uma, absolutista, tende a rigidamente afirmar a soberania do Estado, ainda que a expensas da liberdade popular; a outra, democrática e liberal, tende a reivindicar os direitos populares, ainda que a expensas da estabilidade e da segurança do Estado (VECCHIO, 1979, p. 76).

John Locke (1632-1704), fora um teórico de grande relevância junto à Doutrina do Direito Natural Moderno, sobretudo, à corrente jurídico-política do contratualismo, tendo produzido diversas obras ao longo de sua vivência, tais quais, Ensaio sobre o entendimento humano, Dois tratados sobre o governo e

Cartas sobre tolerância, sendo esta considerada a mais relevante obra escrita por Locke. Este fora fortemente influenciado pelos ideais de Francis Bacon e René Descartes, tornando-se um dos grandes representantes da Filosofia Empirista (séc. XVII-XVIII), para Locke, a força motriz do conhecimento é a experiência (ALMEIDA, BITTAR, 2015) –. John Locke representa a corrente do contratualismo intermediário, em suas pontas estão o contratualismo otimista de Jean Jacques Rousseau, e o contratualismo pessimista de Thomas Hobbes (REALE, 1999). Nas palavras de Miguel Reale (1999, p. 649), para John Locke o “homem no estado da natureza já possui alguns direitos que são anteriores ao contrato, como o direito de liberdade, condição para a feitura do pacto.

John Locke, assevera:

Considero, portanto, que o poder político é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão somente o bem público (LOCKE, 1998, p. 381).

Para Locke, não há estado de natureza sem a existência da sociedade, mesmo no estado de natureza o homem já é dotado de alguns direitos, como o direito à liberdade individual, o direito ao trabalho e o direito à propriedade, assim, “*liberty and propriety*”, eis os dois elementos nucleares do pensamento de Locke e as duas colunas do majestoso edifício liberal-democrático, cuja consolidação, conforme Miguel Reale (1999, p. 649), “assinala no século XIX a maturidade de uma Política ciosa de garantias individuais”.

O homem munido de razão e de liberdade que lhe é natural, cede parte destes direitos naturais, ao Estado para que este tutele efetivamente seus direitos individuais, por meio do contrato social, este estabelece imediatamente uma democracia incondicionada; ensina que esta primeira democracia pode por voto majoritário manter-se a si mesma ou transformar-se noutra forma de governo, (STRAUSS, 2009), onde o “poder supremo”, não poderá valer-se nunca de sua autoridade com arbítrio, vez que a mesma lhe foi cedida com o fim de tutelar direitos individuais (VECCHIO, 1979).

Defensor dos direitos naturais, Locke desenvolvera toda sua teoria, usando como pilar para seus estudos, o direito de igualdade, de propriedade, e o direito de trabalho, estes sempre interconectados, uma vez que é por meio do direito de trabalho, do esforço do homem, que este preserva seu direito

propriedade, este já existente no estado de natureza, e ao aderir o contrato social, lhe faz tais direitos garantidos efetivamente.

Para o teórico os direitos naturais não são inatos aos homens, mas sendo seres dotados de racionalidade, tornam-se de fácil apreensão a efetiva garantia, ressalta-se que uma vez apreendidos, não podem ser desrespeitados pelo “estado civil”, tendo em vista, que este como anteriormente mencionado é justamente responsável por assegurar a proteção dos mesmos (ALMEIDA, BITTAR, 2015).

Ensina John Locke:

“Se todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser provado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem seu próprio consentimento. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural é revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com os outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura, e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de sua propriedade e com a maior segurança contra aqueles que não fazem parte. Qualquer número de homens pode fazê-lo, pois tal não fere a liberdade dos demais, que são deixados, tal como estavam, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens, consentiu desse modo em formar uma comunidade ou governo, são, por esse ato, logo incorporados e formam um único corpo político, no qual a maioria tem o direito de agir e deliberar pelos demais” (1998, p. 491).

Thomas Hobbes de modo distinto dos teóricos do igualitarismo, não teoriza acerca da igualdade natural um juízo de valor positivo, como algo benéfico; mas sim o contrário, para Hobbes a igualdade material dos homens, existente no estado de natureza, é uma das causas do *bellum omnium contra omnes*, que torna inviável a permanência em tal estado obrigando aos homens pactuarem e criarem a sociedade civil (BOBBIO, 1997). De toda sorte, Thomas Hobbes (2002, p. 29) é claro ao dispor que “todos os homens são naturalmente iguais entre si; a desigualdade que hoje constatamos encontra sua origem na lei civil”.

Para Thomas Hobbes os homens não nascem aptos para viverem em sociedade, sendo, portanto, impossível que os Estados se organizem politicamente sob uma República. Os homens, são seres naturalmente egoístas suas ações não são praticadas em prol do Bem Comum, com a finalidade de garantir o Bem Social – como afirmavam os Clássicos, ou os estudiosos da Doutrina Cristã –, mas sim, à sua própria “vã glória”, ao seu interesse próprio, particular, assim, “toda associação, portanto, ou é para o ganho ou para a glória

- isto é: não tanto para o amor de nossos próximos, quanto pelo amor de nós mesmos” (HOBBS, 2002, p. 28). O homem é mau por natureza, voltado apenas a seus interesses particulares, e não aos que lhe são alheios, opta por viver em sociedade, ao deparar com riscos da violência entre os que a compõem, desta forma, dá-se origem a sociedade, ao limitar a recíproca de egoísmos dos homens (REALE, 1999).

Fato é que para Hobbes (2002), a origem das sociedades, e sua perenidade, provém do medo recíproco de um para com os outros homens, e não da boa vontade recíproca entre os mesmos, tendo assim afirmado que a remoção de todo o medo existente na natureza humana, seria fato precursor de dominação, do que a construção de uma sociedade em si mesma. Estando a preservação da espécie humana indubitavelmente vinculada à criação do pacto social, e consequentemente da Sociedade Civil, vez que “no estado de natureza, todos os homens têm desejo e vontade de ferir” (HOBBS, 2002, p. 29).

Ao pactuarem socialmente deverão todos os homens cederem de forma íntegra, total e voluntária, seu direito natural de liberdade, própria do estado de natureza, vez que “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens” (HOBBS, 2003, p. 109).

Ensina, Thomas Hobbes (2003), que deverão os homens pactuarem, de forma voluntária, em prol da criação do Estado, para Norberto Bobbio e Michelangelo Bovero (1994, p. 94), “o estado não é como uma família ampliada, mas como um grande indivíduo, do qual são partes indissociáveis os pequenos indivíduos que lhe dão vida: basta pensar na figura posta no frontispício do leviatã [...]”. A Sociedade Civil, cede então seu direito natural de liberdade, por meio de um contrato – transferência mútua de direitos é aquilo a que se chama contrato (HOBBS, 2003) –, onde estes deverão transferir seus direitos a figura do soberano, em busca da preservação da paz e a defesa comum, de modo a impedir uma guerra de todos contra todos, tal qual no estado de natureza.

Disciplina Giorgio Del Vecchio (1979, p. 92-111), “todos os homens deverão despojar-se voluntariamente do seu direito originário, e conferi-lo a um soberano que imponha a lei e decrete o justo e o injusto, o lícito e o ilícito”, assim, “desta guerra de todos os homens contra todos os homens também, isto é,

consequência: que nada pode ser injusto. As noções de certo e de errado, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça”, estando esta figura soberana acima de tudo e de todos, denota-se assim de forma clara que Thomas Hobbes, trata-se de um teórico da Soberania³, de maneira distinta de Jean-Jacques Rousseau que defende a democracia como a melhor forma de governo, sendo, este portanto um filósofo democrático.

Evidente que Rousseau, vivenciou um momento histórico de quebras paradigmáticas, onde viu-se a queda do absolutismo, e a ascensão dos ideais democráticos, fortemente influenciado pelo Iluminismo de segunda geração (BOBBIO, BOVERO, 1994), onde, explica Ernst Cassirer (1977, p. 50), o “pensamento do século XVIII, [...] corresponde em suma ao desenvolvimento do espírito analítico que é, sobretudo, um fenômeno francês”. Conforme Ernst Cassirer, o Iluminismo trata-se de uma era:

[...] da lógica das “ideias claras e distintas” a marcha do pensamento leva à lógica da “origem” e do individual, da mera geometria à dinâmica e à filosofia dinâmica da natureza, do “mecanismo” ao “organicismo”, do princípio da identidade ao princípio da infinidade, de continuidade e de harmonia (1977, p. 60).

A idade contemporânea, foi marcada por mudanças e revoluções tanto religiosas como políticas, diante disto, Jean Jacques Rousseau, em sua teoria tem como base, o direito natural da liberdade e da igualdade (VECCHIO, 1979), baseado nos fundamentos da Revolução Francesa, onde, ensina Giorgio Del Vecchio (1979, p. 123-124), “a soberania é inalienável, imprescritível e

³Renato Janine Ribeiro, (HOBBS, 2002, p. 373), na elaboração das notas da obra Do Cidadão de Thomas Hobbes, dispõe que, emprego do termo absoluto para designar o direito do soberano fez muitos aproximarem o regime almejado por Hobbes daquele que, em seu mesmo tempo, Luís fez prevalecer na XIV França, o absolutismo ou monarquia absoluta. E com efeito há elos teóricos e históricos entre a teoria hobbesiana e a prática francesa. Mas é preciso também marcar as diferenças. Estas se resumem basicamente em duas: a monarquia francesa é de direito divino (o que para Hobbes é, quão muito, um elemento para atingir melhor as consciências dos súditos, mas não um fundamento jurídico para o poder) e é legitimista.

O legitimismo significa que o rei tem um direito próprio, em última análise proveniente de Deus, ao poder, e que este se transmite pelo sangue na família real. O resultado dessa religião da realeza é que o monarca sofre duas grandes limitações em sua ação: ele não pode alterar a sucessão ao trono (o que Hobbes explicitamente lhe permite), nem pode alienar o patrimônio régio, termo um tanto vago, mas que pode tanto significar uma proibição de dissipar o domínio real quanto de expor a perigo o reino.

Para Hobbes, tais proibições seriam vãs, porque implicariam submeter a autoridade, que deve ser absoluta, do governante a uma tutela que a enfraqueceria.

É por isso que o mais correto, na leitura de Hobbes, será pensá-lo como um teórico da soberania-realmente ilimitada – e não do absolutismo, forma historicamente restrita daquela.

indivisível, e embora o Governo ou poder executivo seja confiado a determinados órgãos ou indivíduos, a Soberania conserva a sua sede no povo que, a todo o tempo, poderá avocá-la a si” [...].

Afirma Norberto Bobbio:

Quando, no início do contrato social, Rousseau escreveu as fatídicas palavras o homem nasceu livre, e por toda a parte encontra-se em cadeias, indicou na libertação das cadeias, no ideal da liberdade, o τέλος, portanto, o sentido da história. A Revolução Francesa apareceria a seus grandes contemporâneos como a primeira e entusiasmante realização desse ideal (ainda que nem sempre plena e justa, com todos os seus execráveis horrores) (1997, p. 72).

É certo que a ideia de justiça rousseauiana, nasce com estado político civil, após a firmação do contrato social entre os membros da sociedade, a ser organizado democraticamente, desta via, resta claro que a teoria da justiça do presente Filósofo, tem em um de seus aspectos criticar os desvios de poder, os desmandos da política, o desgoverno das leis, em suma às instituições humanas em seu *status quo* (ALMEIDA, BITTAR, 2015). Afirma o Rousseau (2007, p. 37), “a passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança muito significativa, substituindo, em sua conduta, o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhes faltava”, onde, “[...] o homem, que até então o havia considerado a si mesmo, vê-se forçado a agir segundo outros princípios e a consultar a razão antes de escutar suas inclinações”.

Jean Jacques Rousseau, nas lições de Giorgio Del Vecchio (1979, p. 122), “pretendeu ditar as leis justas depois de ter explicitamente declarado que as leis vigentes (positivas) eram injustas”. Assim, como um teórico do jusnaturalismo, Rousseau baseia seu entendimento sobre o homem como ele é, e não como deveriam ser (STRAUSS, 2009). Onde a justiça, conforme Strauss (2007, p. 338), “reside no respeito pelo que da natureza humana deflui, não se podendo ultrapassar os limites que são ditados pelo ato de concessão de poder quando do perfazimento do contrato”. A partir do momento em que se instaura o estado civil, por intermédio do pacto social, ensina Rousseau (2009, p. 34) “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”.

A teoria do contrato social, fora fundamental, para as construções filosóficas da justiça ao longo da Idade Moderna, sendo modificada conforme a interpretação de cada teórico, de modo que melhor se enquadre tal ideia às suas pesquisas, o que se observa, é que apesar, das mudanças conceituais da teoria do contrato para cada autor, todos reconhecem a ideia de justiça, e que esta deve ser assegurada a todos os membros que compõem a sociedade civil.

O último, mas não menos importante filósofo do modernismo a ser estudado, trata-se de Immanuel Kant (1724-1804). Este demonstra com clareza o caráter racionalista de suas obras, pautando-se, também, no direito natural à liberdade de cada pessoa. Kant parte do pressuposto, que todos os homens possuem, de maneira inata o direito à liberdade, assim como pensa Locke, deste modo, para Kant, no entendimento de Miguel Reale (1999, p. 650), “ser homem é ser livre, existindo no homem, portanto, o poder de acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade”. Teórico do contratualismo, Kant, fora intimamente influenciado pelo pensamento filosófico de Jean-Jacques Rousseau, onde o contrato social⁴ apresenta-se como uma condição transcendental, para aquele, onde, a partir do pacto torna possível a existência do direito, tratando-se este, conforme a leitura de Reale (1999, p. 650-651), de

⁴Kant, expõe quanto ao seu estado de natureza, junto à Metafísica dos Costumes, da obra depreende-se que: A primeira coisa, portanto, sobre a qual cabe ao ser humano decidir, se não quer renunciar a todos os conceitos jurídicos, é o seguinte princípio: é preciso sair do estado de natureza, em que cada um age como que lhe vem à cabeça, e unir-se com todos os demais (com os quais não pode evitar entrar em relação recíproca) para submeter-se a uma coerção externa legalmente pública; ingressar em um estado, portanto, onde aquilo que deve ser reconhecido como o seu seja legalmente determinado a cada um e atribuído por um poder suficiente (que não seja o seu, mas sim um poder exterior); em outras palavras, ele deve ingressar antes de qualquer coisa, em um estado civil. Certamente o seu estado de natureza não deveria ser, por isso, um estado de injustiça (*iniustus*), em que os homens se confrontassem uns com os outros somente segundo a simples medida de sua força; mas era na verdade um estado desprovido de direito (*status iustitiae vacuus*), no qual, quando o direito era controverso (*ius controversum*), não se encontrava nenhum juiz competente para emitir uma sentença com força de lei, em nome da qual seria permitido a cada um impelir o outro pela violência a entrar em um estado jurídico: porque, embora segundo os conceitos jurídicos próprios de cada um algo exterior possa ser adquirido por ocupação ou por contrato, esta aquisição é somente provisória, todavia, enquanto não tiver para si a sanção de uma lei pública, já que não está determinada por uma justiça pública (distributiva) nem assegurada por nenhum poder que exerça esse direito. Se antes do ingresso no estado civil não se quisesse reconhecer nenhuma aquisição como jurídica, nem sequer provisoriamente, então aquele estado mesmo seria impossível. Quanto à forma, com efeito, as leis sobre o meu e o seu no estado de natureza contêm o mesmo que é prescrito no estado civil, na medida em que este é pensado somente segundo conceitos puros da razão – neste último são dadas apenas as condições sob as quais aquelas são postas em exercício (conforme a justiça distributiva). – Assim, pois, se no estado de natureza não existisse provisoriamente um meu e seu exteriores, não haveria deveres jurídicos em vista destes e, por conseguinte, tampouco um comando para sair desse estado (KANT, 2013, n.p.).

um "conjunto das condições mediante as quais o arbítrio de cada um se harmoniza com os dos demais, segundo uma lei geral de liberdade"

Kant como forte representante do racionalismo, defendia que os homens devem se guiar pela razão, fundamentalmente pela razão pura, agindo de modo a cumprir as leis morais e universais, que ditam o dever-ser, dos indivíduos, onde o homem, conforme, Immanuel Kant (2007, p. 59), "age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal". Estas leis se expressam por um imperativo hipotético ou categórico, comandos estes, com a função de dizer o que "seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa, mas, dizem-no a uma vontade que nem sempre faz qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la" (KANT, 2007, p.48).

Acerca dos imperativos hipotéticos e categóricos afirma Immanuel Kant:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética- ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são formulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico (KANT, 2007, p. 50).

Hans Kelsen realiza uma breve análise sobre o imperativo categórico de Kant ao afirmar que, "este imperativo não é propriamente pensado como uma norma de justiça, mas como um princípio geral e suprema da moral no qual está contido o princípio da justiça" (KELSEN, 1993, p. 21). A concepção de justiça para Kant, baseia-se, então, em uma teoria que tem como princípio base uma lei de caráter universal, embasada pelo imperativo categórico, que constitui leis morais ou leis da liberdade. E diferencia as regras da ética e justiça, do Direito, que estabelece limites às ações humanas externas, limites estes impostos por meio de coerção, no caso dos limites estabelecidos em lei. Conforme Weber (2013, p. 39), Immanuel Kant, "distingue leis éticas e leis jurídicas e lhes atribui um fundamento comum – as leis morais –, isto é, defende um conceito moral do Direito".

Immanuel Kant, como um teórico com fortes inclinações positivistas, diferencia a justiça do Direito, mas não deixa de afirmar que ambos conceitos possuem a razão e a liberdade como pontos em comum. Ensina Thadeu Weber (2013, p. 40-41), que para Kant, o Direito Natural e o positivo também se apartam entre si, no qual, “o primeiro trata dos princípios *a priori*, originários da razão. Refere-se ao imperativo categórico do Direito. O segundo trata das leis positivas, originárias do legislador”. O Direito Positivo terá, então, como pressuposto enunciar as ações que serão lícitas ou ilícitas, de outro lado cabe à razão dispor, por meio de princípios, diz respeito ao critério que determina o que deve ser tratado como justo ou injusto (WEBER, 2013).

Para Immanuel Kant (2013, n.p.), o jurisconsulto dever-se-á, “[...] também ser justo àquilo que as leis prescreviam, ou a questão do critério universal pelo qual se pode reconhecer em geral o justo e o injusto (*iustum et iniustum*)”. A presente questão lhe permanece oculta, se ele não abandona, por um determinado período aqueles princípios empíricos, e busca as fontes desses juízos baseado na razão pura, todavia, para o jurisconsulto àquelas leis possam lhe servir, certamente, como fio condutor, e assim, à ele se estabelecem os fundamentos de uma possível legislação (KANT, 2013).

Conforme, Weber (2013, p.40-46), “Kant confere, assim, às leis jurídicas um estatuto moral. O imperativo categórico, enunciado pela razão, diz respeito a ambos, direito e ética”. Além da razão, é a liberdade que também fundamenta as questões jurídicas e de justiça na teoria Kantiana, a lei universal do direito, é aquela em que o sujeito deve agir “externamente de tal modo que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”. Kant, não diz o que é justo, mas expõe, como se deve agir para que uma ação seja justa (WEBER, 2013).

A lei universal, trata-se uma lei racional, ou seja, pautada na razão, que enuncia o critério pelo qual uma ação deva ser considerada justa ou injusta. Para Immanuel Kant (2013, n.p.), “é correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.”. Consequentemente, “se minha ação, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, então age injustamente comigo aquele que me impede disso, pois este

impedimento (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais”.

Afirma Thadeu Weber (2013, p. 40-41):

Uma metafísica dos costumes se impõe para estabelecer os princípios a priori de uma legislação universal, que pode ser ética ou jurídica, dependendo do móbil das ações. Ambas, no entanto, dizem respeito às leis da liberdade, portanto, às leis morais. Pode-se, então, falar de um conceito moral do direito[...]. Tanto no direito quanto na ética há uma mútua imbricação entre liberdade e a lei à qual se obedece. É o imperativo categórico do Direito que enuncia o critério de justiça e é dele que derivam as leis positivas. Os princípios de justiça que orientam o direito positivo (tanto o privado como o público) são determinados ou derivados do direito natural.

Conforme observado ao longo do texto, a concepção do termo justiça, atravessou mudanças significativas ao longo do tempo, o conceito foi influenciado, principalmente, pelos contextos sociais, religiosos, filosóficos, políticos e jurídicos presentes à cada época, até seus estudos mais contemporâneos, que dizem respeito, à justiça social. A justiça social, está ligada intimamente à garantia de dignidade humana, tendo como principal fundamento de justiça salvaguardar a vida humana e seus valores éticos, morais e sociais, sendo estes, fundamentais ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Diante da relevância da justiça social ao presente século, ao próximo tópico estudar-se-á, então, suas principais construções.

2.4. A JUSTIÇA SOCIAL DO SÉCULO XIX:

Na Idade Contemporânea, estudiosos, filósofos e pensadores do direito iniciaram teorizações a um novo modo de pensar o conceito de justiça, qual seja, a ideia de justiça social, motivados pelas mudanças sociais, políticas e econômicas decorrentes das inovações tecnológicas e industriais, proporcionadas, tanto pela Revolução Industrial, como pela Revolução Francesa.

Este novo paradigma sociológico-político e econômico, vivenciados pela sociedade da época, propulsionaram de forma expressiva a formação das desigualdades sociais e uma distribuição injusta de direitos, que para a grande maioria dos idealizadores da justiça social, o Estado e as instituições sociais deverão assumir um papel de extrema importância, com o intuito de estabelecer uma sociedade justa, igualitária e solidária.

Como já enunciado o século XVIII, é marcado por profundas mudanças em diversos aspectos da sociedade, sendo inclusive marco temporal, que determina a passagem da Era Moderna à Contemporânea, destas mudanças não exclui-se as questões econômicas a economia dos países da época, que passaram a adotar o regime político-econômico do Liberalismo, em contraponto ao sistema comercial das Corporações de Ofício, tendo a Inglaterra como o primeiro país a adotar esta novo pensamento econômico-liberal (STEARNS, 2013, tradução nossa)⁵.

Adam Smith (1723-1790), em sua obra a Riqueza das Nações: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações, trouxe as bases do liberalismo econômico, tendo como principal fundamento para a construção de sua teoria a liberdade individual, e assim ao Estado caberia apenas intervir, no âmbito da educação, da defesa e da justiça. Conforme Adam Smith (1996, p. 170), deve a Autoridade Estatal, “[...] o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata”.

John Stuart Mill (1806-1873), adepto a corrente do Liberalismo Econômico, assim como Adam Smith, descreve em sua obra Princípios da Economia Política (1848), os Fundamentos e os Limites do Princípio do “*Laissez-Faire*” ou da Não-Interferência, onde para Mill (2019, p. 926), deve-se “restringir ao mínimo a intervenção da autoridade pública na vida da comunidade”. Evidente que a 1ª Revolução Industrial representou um período de grandes mudanças para as sociedades da época, principalmente no que tange a economia e tecnologia, acarretando alterações drásticas nas relações de trabalho e nas classes sociais, das mais diversas comunidades, não obstante, é no presente revolucionamento que o capitalismo se consolida como principal sistema financeiro do século.

⁵No original: Along with changes in agricultural production and a stream of new inventions and attendant intellectual enthusiasm came additional shifts in England's domestic manufacturing system, initially beneath the surface. The nation was already a leader in world trade. It had a growing population by the 1730s, and the public was expressing interest in more fashionable clothing – an early manifestation of new consumer tastes. This setting prompted a handful of domestic producers to think about expanding their operations, in a gradual shift that proved to be the forerunner of a new organization of manufacturing labor (STEARNS, 2013, p. 24).

Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (1998), apresentam as principais características do capitalismo, dentre elas destacam-se, a privatização dos meios de produção. Onde os empregados devem ser assalariados, contratados de modo formal e livre, o mercado deverá ser pautado na iniciativa e em empresas do tipo privada, não obrigatoriamente exercida de forma pessoal, a busca por métodos e técnicas, de forma direta ou indireta, para que o capital se valorize, e sobretudo, explorar as opções do mercado, com intuito de aferir lucros. Indubitável, que o capitalismo liberal-industrial, trouxe benefícios econômicos extremamente relevantes para a sociedade, capacitando o aumento da produção de mercadorias, o que diminuiu o valor dos produtos, e permitiu o acúmulo de capital e lucratividade.

A ascensão da economia por meio do sistema capitalista liberal, só fora possível, com a grande exploração das classes proletárias. Neste momento, a miséria intensa imperou em grande parte dos empregados da época, onde é evidente que o capitalismo e a primeira revolução industrial foram construídos nas costas dos explorados (STEARNS, 2013, tradução nossa)⁶. As condições de labor precárias marcaram este momento, jornadas de trabalho intensas, sem pausas, extremamente longas, em especial os salários baixos. De acordo com Eric J. Hobsbawm (2015, p. 29), “A mecanização aumentou muito a produtividade (isto é, reduziu o custo por unidade produzida) da mão-de-obra, que de qualquer forma recebia salários abomináveis já que era formada em grande parte por mulheres e crianças”.

Expõe Eric Hobsbawm:

[...] o capitalista se apropriava - em forma de lucro - do excedente que o trabalhador produzia além daquilo que ele recebia de volta sob a forma de salário. (O fato de que os proprietários de terras também se apropriassem de uma parte deste excedente não afetou fundamentalmente o assunto. De fato, o capitalista explorava o trabalhador [...]) (HOBBSAWM, 2015, p. 173).

Certo que as condições precárias de labor agravaram de modo proporcional às Revoluções Industriais subsequentes – segunda e terceira –, evidente que a forma de produção capitalista-liberal-industrial, ensejou fortes desigualdades econômicas e sociais, entre as classes, permitindo que os empregadores acumulem grande quantia de capital, em distinção dos

⁶No original: [...] intense misery pervaded the experience of many of the human beings involved the industrial revolution was built on the backs of exploited labor (STEARNS, 2013, p. 27).

empregados, que em grande parte eram explorados. Tal situação de desigualdade, despertou o interesse e a preocupação de teóricos e filósofos, como Karl Marx (1883), que principiou as ideias do socialismo e comunismo, em suas obras, como em O Manifesto Comunista (1848), senão veja-se um trecho da obra:

[...] este direito igual continua trazendo implícita uma limitação burguesa. O direito dos produtores é proporcional ao trabalho que prestou; a igualdade, aqui, consiste em que é medida pelo mesmo critério: pelo trabalho. Mas, alguns indivíduos são superiores, física e intelectualmente, a outros e, pois, no mesmo tempo, prestam trabalho, ou podem trabalhar mais tempo; e o trabalho, para servir de medida, tem que ser determinado quanto à duração ou intensidade; de outro modo, deixa de ser uma medida. Este direito igual é um direito desigual para trabalho desigual. Não reconhece nenhuma distinção de classe, por aqui cada indivíduo não é mais do que um operário como os demais; mas reconhece, tacitamente, como outros tantos privilégios naturais, as desiguais aptidões dos indivíduos, por conseguinte, a desigual capacidade de rendimento. No fundo é, portanto, como todo direito, o direito da desigualdade. O direito só pode consistir, por natureza, na aplicação de uma medida igual; mas os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos por uma mesma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual, sempre quando sejam olhados apenas sob um aspecto determinado; por exemplo, no caso concreto, só como operários, e não veja neles nenhuma outra coisa, isto é, prescinda-se de tudo o mais. Prossegamos: uns operários são casados e outros não, uns têm mais filhos que outros, etc. Para igual trabalho e, por conseguinte, para igual participação no fundo social de consumo, uns obtêm de fato mais do que outros, uns são mais ricos do que outros, etc. Para evitar todos estes inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual" (MARX, ENGELS, 1999, p. 214).

A justiça social, assim, como o socialismo, ou mesmo o comunismo, a justiça social, tem como âmago de sua construção ideológica, buscar amenizar a desigualdades sociais e entre classes, fruto do sistema capitalista-liberal e industrial, sobretudo diante da crise do sistema liberal perpassada pelos Estados Unidos da América no ano de 1929, sendo evidente a necessidade da transição do Estado Liberal que imperava nos séculos XVIII e XIX, para o Estado do Bem-estar Social, – associado aos princípios pregados pela justiça social –, tinha como meta principal desenvolver mecanismos públicos, e estatais com o intuito de minimizar as desigualdades sociais, econômicas e de classes, provocadas pelo sistema liberal-capitalista da época, como a não interferência estatal, onde o mercado se autorregularia, propagadas pelos economistas do Liberalismo Econômico.

Conforme, Argelina Cheibub Figueiredo (1997, p.97), “a justiça social, surge a princípio como um conjunto de atividades ou programas governamentais

destinados a remediar falhas do *laissez-faire*". Por outro lado, a origem da justiça social, não é consensual entre os teóricos, ensina Lacerda que (2016, p. 68), "alguns autores a atribuem ao socialismo, outros à doutrina social da Igreja e outros ainda ao liberalismo em suas primeiras revisões". Bruno Amado Lacerda (2016, p.69) atribui a origem da justiça social "ao jesuíta italiano Luigi Taparelli o primeiro uso da expressão "justiça social". A concepção de justiça social na obra de Taparelli apresenta-se, de modo, deveras distinto, do conceito atual (LACERDA, 2016).

Ubiratan Borges de Macedo (1995), afirma que foram os católicos sociais que começaram a usar o termo justiça social, em meados do século XIX, no ano de 1931, Pio XI, por diversas vezes usou a expressão junto a Encíclica Quadragesimo Anno, o que acabou por evidenciar a posição da Igreja aos problemas sociais existentes. Conforme Lacerda, "com os documentos papais, [...] a expressão adquire maior visibilidade, ultrapassando a esfera de influência da própria Igreja e ingressando, em definitivo, nos discursos políticos, jurídicos e econômico" (2016, p. 85-86).

Um importante ponto, à despeito do conceito de justiça social desenvolvido pela Igreja, diz respeito à Dignidade, conforme os ensinamentos cristãos, segundo Barzotto (2013, n.p.), a "consideração do humano apenas na sua condição de pessoa exige que todos sejam considerados na sua igual dignidade". Mas foi a partir do século XIX que a justiça social, passa a efetivamente se consolidar como teoria, pelo trabalho empenhado pelos teóricos da época em encontrar um terceiro caminho entre individualismo liberal e coletivismo socialista (LACERDA, 2016). Assim, ao que se sabe não se trata de uma "proposta socialista, como erroneamente se pensa, nem de um liberalismo revisionista (embora exista atualmente um liberalismo igualitário, como o de Rawls, que a encampa), mas de pensadores ligados à Igreja Católica, à teologia cristã e ao solidarismo então nascente" (LACERDA, 2016, p. 86).

A partir do século XIX, a ideia de justiça social, assume uma força, que não irá mais se esvaecer, até mesmo com as críticas desfavoráveis a teoria (LACERDA, 2016). A consolidação da justiça social, representou uma forte influência para os documentos político-jurídicos de todo mundo como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (LACERDA, 2016), e inclusive no Brasil, tendo a ideia de justiça social, devidamente recepcionada

pela Constituição Federal de 1988. Conforme David Johnston (2018, p. 192-193), a justiça social, se trata de um conjunto de princípios, do qual elabora-se uma ideia de distribuição justa de direitos e privilégios, “deveres e sofrimentos, que pode ser utilizada para avaliar o conjunto das instituições sociais e para defender a transformação dessas instituições caso se constate que elas são deficientes”, para o autor esta é a ideia de justiça social.

Nancy Fraser, revela que a ideia de justiça social, atualmente vai além da questão distributiva, e amenização de desigualdade sociais:

Para além disso, a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, identidade e diferença.

O que é preciso é uma concepção ampla e abrangente, capaz de abranger pelo menos dois conjuntos de preocupações. Por um lado, ela deve abarcar as preocupações tradicionais das teorias de justiça distributiva, especialmente a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe. Ao mesmo tempo, deve igualmente abarcar as preocupações recentemente salientadas pelas filosofias do reconhecimento, especialmente o desrespeito, o imperialismo cultural e a hierarquia de estatuto. Rejeitando formulações sectárias que caracterizam a distribuição e o reconhecimento como visões mutuamente incompatíveis da justiça, tal concepção tem de abrangê-las a ambas. O resultado seria uma concepção bidimensional de justiça, o único tipo de concepção capaz de abranger toda a magnitude da injustiça no contexto da globalização (2002, p. 11).

No caso do Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro, fora fortemente influenciado pelas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e o movimento de dignificação do direito, posteriores as duas grandes Guerras (SZANIAWSKI, 2005), senão veja-se, algumas passagens da presente carta, que visam garantir justiça social, “considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher”, continua, “e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Outrossim, seu artigo 7, no qual, “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A justiça social passou a integrar o texto constitucional brasileiro, estruturando-se como um dos princípios basilares que compõem o Estado

Democrático de Direito brasileiro, devidamente positivados junto aos artigos 170 e 193 da Constituição Federal de 1988⁷. A recepção da justiça social junto ao texto constitucional brasileiro, a realidade, que se observa no país, ainda é outra, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019, *online*), informa que, em 2018, o rendimento médio mensal real do 1% da população com maiores rendimentos era de R\$ 27.744, o que corresponde a 33,8 vezes o rendimento dos 50% da população com os menores rendimentos (R\$ 820). Ademais, “em 2018, o índice de Gini do rendimento médio mensal real domiciliar *per capita* para o Brasil foi estimado em 0,545, número este, que classificou o Brasil como o nono país mais desigual do mundo, segundo o Banco Mundial (IBGE, 2019, *online*)”.

Com a pandemia provocada pelo Coronavírus, o nível de desigualdade social, no Brasil, fora intensificado, de acordo com os dados do IBGE, “a taxa média de desocupação em 2020 foi recorde em 20 estados do país, acompanhando a média nacional, que aumentou de 11,9% em 2019 para 13,5% no ano passado, a maior da série histórica da PNAD Contínua, iniciada em 2012” (BARROS, 2021, *online*), é certo que tais números, incidiram no aumento de desigualdades sociais.

A justiça social, busca, portanto, ofertar meios, por intermédio das instituições sociais, com o intuito de equilibrar estas discrepâncias na sociedade, viabilizando assim, vida digna. Fato, é que a justiça social, passou a ser devidamente reconhecida, e vista, como verdadeira Teoria, mais efetivamente, na doutrina de John Rawls, este, foi responsável por metodizar, princípios e conceitos, que possibilitaram a ascensão e a disseminação da Teoria da justiça

⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas (BRASIL, 1988).

social, o que lhe faz de extrema relevância a presente pesquisa, garantindo um subcapítulo em sequência próprio para seu estudo.

2.4.1. Breve estudo da Teoria da Justiça Social de John Rawls:

O período contemporâneo, fora marcado por grandes mudanças quanto acepção de justiça até então conhecida, em destaque a justiça social, que passara a aderir em sua construção teórica questões econômicas, sociais, políticas, como esferas que influenciam a caracterização do justo. John Rawls, influenciado por tais princípios da justiça social, passou a exercer suas pesquisas em cima do tema. É na obra *Uma Teoria da justiça* (1971), que Rawls propõe uma verdadeira teoria, fornecendo os atributos para a formação de uma sociedade verdadeira, e efetivamente justa.

A Teoria da justiça de John Rawls está intrinsecamente fundada nas estruturas e instituições da sociedade, onde sua ideia de justiça parte fundamentalmente dos presentes institutos sociais. Conforme o autor, “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais [...]” (RAWLS, 1997, p. 3), este, expõe: “Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas” (RAWLS, 1997, p. 4). Para Rawls (1997) o objeto primário de sua Teoria da justiça são as instituições e estruturas básicas da sociedade.

Ensina John Rawls:

Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituições política e os principais acordos econômicos e sociais. Assim, a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção, e família monogâmica constituem exemplos das instituições sociais mais importantes (RAWLS, 1997, p 7-8).

Segundo John Rawls (1997), é certo que o objeto da justiça tratado como primário, tratam-se das estruturas básicas sociais, uma vez que seus efeitos, atingem de forma profunda a sociedade e estão presentes desde seu início. Ainda conforme o autor, as desigualdades entre as pessoas originam-se a partir do nascimento, imposta, de certa maneira, pelas as instituições sejam as

políticas, econômicas ou sociais. Podem estas serem beneficiadas geneticamente, sendo dotadas por exemplo, com mais inteligência que as demais, ou mesmo nascerem em família com condições financeiras elevadas, determinando em expectativas de vida variadas.

O autor representa uma mudança significativa aos estudos da justiça social, buscou, assim, estruturar seus conceitos, com o fim de estabelecer uma teoria. Rawls, intenta construir uma pesquisa sobre a justiça social, pautada na ideia do contrato social, já estudada, em momento anterior, mas para isso, formula um neo-contratualismo. A sociedade, assim compactua, para estabelecer os primeiros institutos e princípios de justiça, que irão permear toda a vivência humana, nas demais esferas sociais, e todo este movimento encoberto por um “véu de ignorância”.

Rawls (1997, p. 8) explana que essas desigualdades são especialmente profundas, pois afetam difusamente a possibilidade de vida das pessoas, e desde seu início. Afirma o autor que tais desigualdades “não podem ser justificadas mediante um apelo às noções de mérito ou valor”, vez que, são “supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar”. Para John Rawls uma sociedade justa e bem ordenada, é aquela em que:

[...] uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios (RAWLS, 1997, p.5)

John Rawls, assume em suas obras diversos institutos do contrato social, tratando-se, portanto, de um teórico do neo-contratualismo contemporâneo, conforme este, “meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant” (1997, p. 12). Rawls ao aderir a ideia do contrato social, toma em parte as construções teóricas de pensadores modernos que o antecedem, como Thomas Hobbes, John Locke, e Jean-Jacques Rousseau (JOHNSTON, 2018). Afirma David Johnston, que “o método é imaginar que a sociedade foi fundada por meio de

um acordo entre seus membros que determina as condições de sua associação” (2018, p. 232).

Para o autor o presente contrato, trata-se de um contrato hipotético, que deverá ser aderido, de forma livre, por todas as pessoas que compõem a sociedade. Conforme Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 492), John Rawls, “como hipótese de estudo, parte-se para a análise da posição original das partes no momento de realização do pacto social, para, com base nisso, traçarem-se as linhas com as quais se organiza a tecitura da justiça”.

John Rawls (1997, p. 20-21), explana que “o objetivo da abordagem contratualista é o de estabelecer que tomados em seu conjunto esses pressupostos estabelecem parâmetros adequados para os princípios de justiça aceitáveis”, assumindo que a posição original de sua teoria, pauta-se na ideia do contrato social hipotético, senão veja-se: “Ainda assim, podemos pensar na interpretação da posição original que apresentarei, como sendo o resultado desse tipo de roteiro hipotético de reflexão”.

É da ideia do contrato social hipotético que Rawls estabelece a posição original da sociedade, onde de maneira livre cada ser humano escolhe aderir ao pacto, onde conforme o autor, a “posição original é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecido sejam equitativos” (RAWLS, 1997, p. 19). Ensina Gargarella que, “Rawls refere-se, então, portanto, a um acordo que firmaríamos sob certas condições ideais, e no qual é respeitado nosso caráter de seres livre e iguais” (2008, p. 14-15). Para Rawls, “parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios” (1997, p. 21).

A equidade (*fairness*), representa na obra de John Rawls um importante conceito jurídico a integrar sua Teoria da justiça, onde “a equidade provém do fato em que pessoas dotadas de razão, firmam por meio de um contrato social, os princípios de justiça. Segundo John Rawls (1997, p. 14). Partindo de uma posição igualitária, a posição original, e estes primeiros princípios, deverão “regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições”. Portanto, nota-se, que o conceito de equidade integra uma parte central para teoria da justiça de Rawls, assim, para Eduardo C. Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 489), “sua teoria da justiça é uma teoria da justiça como

equidade”, esta, “[...] dá-se quando do momento inicial em que se definem as premissas com as quais se construirão as estruturas institucionais da sociedade”.

É no momento do contrato, da posição original, que a sociedade de maneira equitativa, – em condição igualdade –, irá definir as instituições básicas da sociedade, e seus princípios, o que demonstra a relevância do conceito de equidade na obra de Rawls. Afirma o mesmo que, “Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social” (RAWLS, 1997, p. 13). Outrossim, destaca, Rawls (1997, p. 13) que “[...] dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações mútuas, essa situação original é equitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capazes, na minha hipótese, de um senso de justiça”.

A justiça como equidade, para John Rawls (1997), está intrinsecamente ligada a ideia da posição original, o *status quo* da sociedade, onde os acordos fundamentais, no momento traçados, são equitativamente alcançados, assim, a o conceito do justo em equidade, transmite a ideia de que os princípios de justiça, que são definidos no momento inicial, os são feitos de forma equitativa.

Segundo Gargarella (2008, p. 20), no sistema de justiça como equidade, “considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em uma posição de igualdade”. Rawls, conforme Roberto Gargarella (2008, p. 21), “imagina uma discussão realizada por indivíduos racionais e interessados em si mesmos, que se propõe eleger – por unanimidade, e depois de deliberar entre eles – os princípios sociais que deverão organizar a sociedade. Para John Rawls:

Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior e uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 1997, p. 5).

Conforme o autor, a posição original, o *status quo* da sociedade, está “encoberto” por um “véu de ignorância”, no qual, “ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status social* e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes” (RAWLS, 1997, p.13), Rawls ensina que “as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares, portanto os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância” (RAWLS, 1997, p.13). Para Sandel (2015, p. 163), o “véu de ignorância” garante a equanimidade do poder e do conhecimento que a posição original requer. Ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos [...]”. Afirma Michael J. Sandel (2015, p. 163), “[...] o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha”.

John Rawls (1997) ao estabelecer a ideia da posição original, em sua Teoria da justiça, e para evidentemente estabelecer um processo que estabeleça equidade entre as partes que integram a sociedade, de maneira garantir que quaisquer princípios estabelecidos neste momento, e aceitos, sejam justos. Aqueles que fazem parte deste processo, não têm conhecimento de seus fatos particulares, afirma Rawls (1997, p. 147), “como seu lugar na sociedade, a sua posição de classe, ou seu *status social*; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante”.

Ensina Rawls (1997, p. 147-148), que estes, “não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”. Tais considerações gerais, são os fatos genéricos sobre a sociedade humana, assim, as pessoas apesar de estarem envoltas pelo “véu de ignorância”, entendem, “as relações políticas e os princípios da teoria econômica; conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana”.

John Rawls, procura estruturar uma Teoria da justiça social, este, constrói seu pensamento, neo-contratual, integrando o conceito de contrato social, em sua construção teórica, atrelando fundamentos da razão, da liberdade, e da igualdade, trabalhando a necessidade da criação societária

envolta por um “véu de ignorância”, com o intuito de garantir equidade, e com isso a defesa da justiça, pautado nos princípios da Igualdade e Diferença que serão melhor apresentados no capítulo posterior.

2.4.1.1. A justiça como equidade e os princípios de John Rawls:

O conceito de equidade, e os princípios trabalhados por John Rawls em sua obra, tratam-se de institutos interligados, então para melhor compreensão, serão estudados simultaneamente junto ao presente texto. Os princípios da Igualdade e da Diferença defendidos por Rawls em sua teoria, são os alicerces centrais, de sua concepção de justiça como equidade.

Para John Rawls (1997, p. 5), quando se constrói uma sociedade alguns princípios são necessários para ordená-la devidamente, estes são reconhecidos como os princípios sociais, os presentes “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”.

Os princípios, ensina John Rawls, devem ser selecionados, de modo racional, por aqueles que integram a sociedade, em condições equitativas de escolha, encobertos por um “véu de ignorância” que impede, que os membros conheçam seu status social. Outrossim, junto à introdução da obra, *Justiça como Equidade: uma reformulação*, Erin Kelly destaca que, “a justiça como equidade é, portanto, uma teoria da justiça que parte da ideia de um contrato social”, e continua, “os princípios que articula afirmam uma concepção liberal ampla de direitos e liberdades básicos, e só admitem desigualdades de renda e riqueza que sejam vantajosas para os menos favorecidos (RAWLS, 2003, XI).

A justiça como equidade, deverá estruturar-se, tendo por base dois princípios: de justiça, de Igualdade (1º) e o da Diferença (2º). E acrescenta:

“Primeiro. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras. Segundo. As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: (a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos; (b) decorram de posições e funções às quais todos têm. São esses princípios os responsáveis pelo equacionamento de todo o sistema de organização das instituições justas acesso” (RAWLS, 1997, p.64).

Expõe Rawls (1997, p.12), que a “ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso

original”. As partes que integram a sociedade, de forma livre e racional, “preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”. Os presentes princípios selecionados, durante o momento que se pactua o contrato social, deverá regular todos os acordos consecutivos, estes princípios, irão estipular os tipos de cooperação social que se poderá formar, e as formas de governos que poderão se estabelecer. Segundo Rawls, “a essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade”.

O conceito de justiça social para Rawls, conforme Oliveira (2015, p. 114), “trata-se de uma concepção segundo a qual os mais ponderados e razoáveis princípios de justiça seriam estabelecidos sobre a base contratual de um acordo comum entre sujeitos em condições formais de equidade”. Para este, “os princípios que aí configuram uma compreensão liberal sobre bases fundamentalmente amplas de justiça são articulados a partir da ideia de contrato social, pela qual as desigualdades reais de renda e riqueza seriam balizadas por princípios morais razoáveis”. Amartya Sen (2009, p. 64-65), expõe em sua obra, que “a escolha unânime desses princípios de justiça faz boa parte do trabalho no sistema rawlsiano, o que inclui a escolha das instituições para a estrutura básica da sociedade, bem como a determinação de uma concepção política da justiça [...]”.

Os homens dotados de razão, realizam a escolha dos princípios nesta posição hipotética de liberdade equitativa, predizendo que o problema de escolha terá uma solução, determina-se, desta forma os princípios de justiça (RAWLS, 1997). Ainda, de acordo com Rawls (1997, p. 13) “na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social”, sendo que esta posição original, certamente é hipotética, e não real.

Os princípios da Igualdade e da Diferença, são aqueles reconhecidos por Rawls (1997, p. 65), como princípios que a sociedade acaba por escolher de modo consensual no momento do contrato social, tais princípios, devem “obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo”, ao que se percebe, “essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas

iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais”.

Ensina Rawls (1997, p. 16), que “as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes, o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade”, assim, para o autor, “são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade”, os presentes princípios são capazes de excluir “instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo”.

Desta forma, denota-se de forma clara que a Teoria da justiça social de Rawls, pautada em uma justiça de equidade, que tem como base e alicerce os princípios da justiça social, quais sejam o da Igualdade e o da Diferença, que são escolhidos racionalmente e livremente, pelos membros que compõem a sociedade, encobertos por um “véu de ignorância”. O estudo do conceito da justiça se fez de extrema relevância, uma vez que este deverá ser associado a ideia de dignidade humana, com o intuito de proteger à pessoa humana e os direitos da personalidade, como será tratado a seguir.

2.5. JUSTIÇA E DIGNIDADE HUMANA: PROTEÇÃO À PESSOA EM SEUS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS:

O Cristianismo exerceu, e exerce, um papel de grande relevância para o desenvolvimento da ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, e do conceito de justiça, que atualmente delinea-se. Os valores pregados pela Doutrina Cristã, como o amor, a fraternidade e a solidariedade, ensejaram um novo panorama sobre a sociedade, e também ao direito, uma vez que, os inéditos conceitos morais e éticos, desenvolvidos pela teoria Cristã, foram responsáveis pelo reconhecimento dos indivíduos, universalmente, no qual, todos são amados e assumidos como filhos de Deus-pai, o que legitimou todos sujeitos como pessoa humana, e consequentemente merecedores de uma vida digna e justa.

Foram as atrocidades ocorridas nos períodos, de primeira e segunda Guerra Mundiais, que ensejaram, as mudanças significativas perpetradas pela

Doutrina Cristã, ao justo e ao digno, e que fulminaram no efetivo reconhecimento da dignidade humana, e sua necessária proteção à nível internacional, e sua garantia no direito interno de todos os países.

Os horrores realizados durante os regimes totalitários culminaram na necessidade extrema da revalorização e garantia dos Direitos do Homem, deve-se lembrar, que todos os episódios que aconteceram durante as Guerras, encontravam-se juridicamente amparadas diante da corrente positivista que imperava na época e “na esteira do movimento neoempirista que, antes da segunda Grande Guerra, grassava na Europa, por influência do Círculo de Viena e da Escola de Cambridge” (ROSS, 2003, p. 9).

Conforme Javier Hervada (1982, p. 125), “recebem o nome de normas jurídicas aquelas normas que se referem a condutas justas, isto é, a condutas que são devidas – obrigatórias – porque constituem um dever de justiça comutativa, de justiça distributiva ou de justiça legal;”. Hervada, expõe que, “uma norma jurídica é, quando a conduta que prescreve constitui uma dívida justa”.

Conceitos axiológicos, como a ética, moral e a justiça, propriamente dita, devem servir de base e fundamentação no momento de formulação e processo criativo das normas jurídicas. Segundo Javier Hervada (1982, p. 125), “toda a regulação de condutas que origine uma obrigação de justiça de a seguir, isto é, que se imponha por um dever estritamente justo, é norma jurídica. *Norma*, porque é regra de conduta; e jurídica porque obriga com dever de justiça”.

A ideia justiça, perfaz-se insuficiente para garantia e tutela dos Direitos do Homem, em todos os seus âmbitos, assim, na contemporaneidade, mais especificamente, pós as duas Grandes Guerras, a dignidade humana deverá prestar-se como alicerce, para garantia de justiça, e conseqüentemente tutela dos direitos de personalidade.

Conforme, Gilberto Giacoia (2002, p. 16), “é possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores”, ainda de acordo com o autor, “como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades – característica do mundo moderno – que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna”. Sobretudo, diante do fato, que atualmente se vive em uma sociedade, fortemente estabelecida convicções capitalistas, e guiada por ideais individualistas, é o que se observa na passagem teorizada por Zygmunt Bauman:

Não surpreende que não mais se escrevam distopias nestes tempos: o mundo pós-fordista, “moderno fluído”, dos indivíduos que escolhem em liberdade, não mais se ocupa do sinistro *Grande Irmão*, que puniria os que saíssem da linha. Neste mundo, no entanto, tampouco há espaço para o benigno e cuidadoso Irmão Mais Velho, em que se podia confiar e buscar apoio para decidir que as coisas eram dignas de ser feitas ou possuídas e com quem se podia contar para proteger o irmão mais novo dos valentões que se punham em seu caminho; e assim as utopias da boa sociedade também deixaram de ser escritas. Tudo, por assim dizer, corre agora por conta do indivíduo” (2001, p. 73-74).

Mister observar, que uma norma jurídica, pode ser considerada válida, e nem por isso é revestida de justiça, evidente que todo ordenamento jurídico, que se conheça, é dotado de imperfeições. Entre a ideia e concepção que se tem do justo e do digno, e a realidade que se perfaz no direito, há sempre uma lacuna, que acaba por criar um distanciamento entre a justiça, o digno e o direito, depender de cada sociedade, e o ordenamento jurídico aplicado. Certamente, vislumbra-se que um sistema jurídico normativo de cunho legalista-exegético, é válido, mas não há como garantir que se tratam de ordens justas, a exemplo dos regimes totalitários do séc. XIX.

Ensina Miguel Reale, que por meio “da análise dos princípios transcendentais da ordem jurídica até a empírica interpretação de suas normas particulares, a vida dos direitos e desdobra mediante suas estruturas e modelos, cuja natureza e níveis são diversos”, e continua o autor, expondo que, tais conceitos estão “todos interligados pelo comum propósito de uma objetiva conexão entre meios e fins, seja, entre a realidade e a ideia de justiça” (1994, p. 114).

Nas lições de Rudolph Von Ihering:

[...] a justiça por um lado segura a balança, em que ela pesa o direito, e pelo outro segura a espada com que ela a executa. A Espada sem a balança seria pura força, a balança sem a espada seria a impotência da lei. A balança e a espada têm que andar juntas, e o estado da lei só é perfeito quando o poder em que a justiça carrega a espada está igualado pela habilidade com que ela segura balança. (2012, p. 53-54).

Importante, expor, acerca da influência do movimento jusnaturalista, e a necessidade do direito e a justiça “caminharem” juntos, não sendo possível sua separação ideológica. Com relação presente movimento, denota-se que o mesmo, percorreu as mais variadas fases ao longo do tempo. A Filosofia do Direito Natural, mais especificamente, da Idade Contemporânea, apresenta-se como óptica para a interpretação jurídica, onde, uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça, importante frisar, que para os jusnaturalistas o presente

axioma é infundável, da mesma forma que os valores de justiça são invariáveis. Para os teóricos, contrários à posição do Direito Jusnatural, o principal problema da presente corrente, diz respeito à sua possível, abstratividade e vagueza, para se formular um conceito devidamente concreto, do que seria um direito justo.

Ensina Norberto Bobbio:

[...] quando nos colocamos o problema do que é o direito em uma dada situação histórica, nos questionamos sobre o que é de fato direito e não sobre o que queríamos que ele fosse ou o que deveria ser. Mas, se nos perguntarmos o que de fato é o direito, não poderemos deixar de responder, ao menos, que na realidade vale como direito também o direito injusto e que não existe nenhum ordenamento perfeitamente justo. (BOBBIO, 2008, p. 56).

Um conjunto de valores fundamentais, quais sejam, conceitos axiológicos imutáveis, que trazidos ao longo da história para o plano da consciência, tornaram-se bens universalmente válidos, que são essenciais à vivência em sociedade, como se fossem inatos. Ao aplicar-se a perspectiva axiológica ao direito, o autor, revela a possibilidade de atribuir “o constante renascer do Direito Natural ao sentimento de que a vida do direito não pode deixar de obedecer a pressupostos ligados às exigências histórico-axiológicas, às conquistas da experiência humana na sua autoconsciência temporal” (REALE, 1994).

Reale (1994, p. 141), expõe que, “o valor da pessoa humana condiciona a experiência estimativa do homem, o que quer dizer a sua história, é claro que é nos ciclos culturais que se desenvolvem os esforços de realização do humano”, deste modo, explica o autor, que tais ações “em torno do fulcro central vão-se ordenando constelações axiológicas distintas, múltiplas expressões do Espírito no processo de seu desvelar-se”.

Para Reale (1994, p. 28), “[...] a justiça não é um valor que tenha um fim em si mesmo: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de ideias e de atitudes”. Por outro lado, a Dignidade Humana para o jurista, apresenta-se como fonte de todos os valores, um elemento extra a compor a tridimensionalidade do direito – valor, fato e norma –.

A dignidade da pessoa humana, se desvela para a sociedade como um valor fundamental a guiar e edificar a sociedade e do direito, isto é, um conceito axio-ontológico intrínseco a todas as pessoas humanas, ou como afirma, Ricardo

Maurício Freire Soares “um valor-fim” (2019, p.131), já o conceito de justiça, conforme o autor, tem por fundamento principiológico “assegurar os demais valores do homem, inclusive a Dignidade Humana, por tratar-se de “valor-meio” (SOARES, 2019, p.131).

A justiça, da mesma maneira que o princípio da dignidade da pessoa humana, são juízos de valor de caráter axiológico, e integram o âmago de todas as pessoas humanas, as instituições sociais, que ordenam a sociedade, inclusive as instituições jurídicas, não devem, portanto, perder de vista a garantia de dignidade a todos (GIACOIA, 2002), ou seja, conforme, Gilberto Giacoia (2002, p. 17) têm como objetivo “a realização da pessoa humana, enquanto ser individual, porém, que faz parte do todo social”. As transformações, sócio-políticas e jurídicas, que ocorreram ao longo do tempo, foram, portanto, imprescindíveis para a garantia de um direito mais justo, que transportara a dignidade da pessoa humana como o epicentro do Direito, fundamento e base jurídica, a edificar o ordenamento jurídico (FERMENTÃO; PERA, 2013).

Alexandre de Moraes, ao delinear os atuais contornos reconhecidos ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a defini como uma:

[...] unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres Humanos e a busca ao Direito à Felicidade (MORAES, 2014, p. 18).

A pessoa humana, portanto, encontra-se, centralmente posicionada perante o ordenamento jurídico, devendo o aplicador do direito, durante a atividade interpretativa das normas jurídicas e de sua aplicação, pautar-se na dignidade humana como fundamento base do presente processo, desta maneira, certo é que a dignidade é característica intrínseca ao homem, assim, a valorização da pessoa como ser humana, salvaguarda de sua dignidade, recolocando o indivíduo como ponto nuclear, de defesa e proteção de sua personalidade. A dignidade humana, então, “está relacionada ao valor da pessoa, valor esse de essencial importância para a concretização dos direitos

fundamentais e direitos de personalidade, dirigidos invariavelmente para o desenvolvimento da pessoa” (FERMENTÃO; PERA, 2013, p. 11).

O direito é, desta maneira, instrumento indispensável para salvaguarda da Dignidade Humana, garantia de justiça, e tutela dos direitos personalíssimos. Ao que se percebe, é cristalina, a relevância da justiça e da dignidade humana, para a garantia dos direitos personalíssimos, uma vez que, os três institutos estão intrinsecamente conectados, devendo, assim, nos casos concretos, e nas normas jurídicas todos estes serem efetivamente tutelados, sempre tendo em vista, que a pessoa é centro, e enfoque de proteção em todos os âmbitos de juridicidade.

Afirma, Miguel Reale (1994, p. 127), “o “bem comum”, por conseguinte, de que falo, é o bem da “comum idade das pessoas”, na harmonia de “valores de convivência”, distintos e complementares, em um processo histórico que tem como fulcro a pessoa, valor-fonte de todos os valores.

O reconhecimento da dignidade humana como epicentro do direito, resultou na necessidade da proteção da personalidade, considerando que, os direitos de personalidade e a dignidade humana estão interligados, onde a garantia de vida digna promove a consequente proteção da personalidade. Tais, direitos, assim, como a justiça que fazem a pessoa, pessoa humana, devendo estes institutos serem assegurados de maneira tríade, e simultânea. Assevera Gilberto Giacoia (2002, p. 26), que a garantia e defesa dos direitos individuais, “num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas, mais justas, mais iguais mais generosas”.

Atesta Miguel Reale:

É nesse poderoso e plástico contexto que o homem trabalha, almejando segurança e receando-se de seus excessos; reclamando ordem e temendo-lhe o peso desmedido; seduzido pela certeza e perplexo diante de suas imobilidades manietadoras; pugnando por justiça, mas com desconfiança das formas estereotipadas das distorções e da rotina. Mas não haverá desespero, antes uma firme confiança, se, postos diante dessa perplexidade criadora, convenceremo-nos de que é no desafio da liberdade e no poder de síntese do espírito que se funda a dignidade do homem (1994, p. 88).

Segundo Miguel Reale (1994, p. 140), o sujeito, o homem é “uno em virtude da unidade ontológico-axiológica que é a pessoa humana, e, ao mesmo

tempo, infinito em virtude da carência e da impenitência do homem”. Deve-se assim, de acordo, com Reale, (1994, p. 140) reconhecer a pessoa como verdadeira fonte de valores, ou seja, “(fonte do que deve ser, do que ainda não é, do que poderá jamais vir a ser é que se pode, com efeito, conceber a história na conciliação necessária de duas exigências essenciais, de unidade e de infinitude”. Ensina Gilberto Giacoia (2002, p. 30), “justiça é ainda dignidade capacidade de comover-se; com dor, com fome, com a grande temeridade; da opressão, da exclusão da dominação ter coragem de converter-se; enfim, justiça libertação ser teu mundo cidadão. Viver sem medo de ser feliz”.

Portanto, a justiça e a dignidade humana, tratam-se de valores axiológicos interconectados, desta forma, devem ser garantidos simultaneamente, no momento da interpretação e aplicação do direito, sua não defesa afeta todos os valores que são inerentes à pessoa humana, inclusive aos direitos de personalidade. Tendo em vista, que os direitos da personalidade integram a parte mais íntima dos sujeitos, assim como, a dignidade humana, por isso, estes dois institutos devem explorados mais especificamente, e sobretudo, necessária a demonstração de sua intrínseca relação, o que será estudado no próximo capítulo da presente dissertação.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PARA GARANTIA DE DIGNIDADE E TUTELA DA PERSONALIDADE:

O princípio da dignidade da pessoa humana, e os direitos personalíssimos, possuem, uma intrínseca relação, inclusive, há uma interdependência dos conceitos. Demonstrar-se-á, portanto, que o presente princípio e a personalidade dos sujeitos, devem assim, no momento da interpretação e aplicação das normas ambos serem assegurados. Tanto a Dignidade, como os direitos da personalidade, ao longo da história se construíram, modificaram, e também, passaram a compor, o direito brasileiro, assumindo uma posição obrigatória de defesa e tutela.

Os direitos da personalidade evoluíram, e tomaram para si avanços significativos durante o desenvolvimento da sociedade e do direito, especialmente, quanto a tutela dos sujeitos dotados de personalidade. A dignidade humana e os direitos personalíssimos perpassaram por mudanças contundentes em seus entendimentos e conceituações, sobretudo, o âmago de

suas ideias e construções, foram influenciadas, após a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, que possibilitaram uma mudança paradigmática do direito, que retomaram a necessidade de proteção da Dignidade e da personalidade, tanto no judiciário interno, como em âmbito internacional.

Quanto a tutela da personalidade, duas teorias foram construídas pelos juristas, qual seja, a teoria do direito geral de personalidade, e a corrente dos direitos personalíssimos fracionados, onde, a teoria geral preza pela defesa integral da personalidade, não sendo necessária e efetiva posituação dos direitos para que sejam assegurados. Por outro lado, a tutela fracionada, defende que os direitos de personalidade precisam ser legislados juridicamente para que sejam reconhecidos e tutelados.

Os direitos da personalidade, e a dignidade humana, ambos são institutos reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil a Dignidade Humana fora recepcionada e devidamente positivada junto ao texto constitucional de 1988, já os direitos da personalidade, foram admitidos junto a legislação civilista de 2002 nos artigos 11 ao 21.

O reconhecimento da Dignidade como epicentro do direito, e cláusula de proteção da pessoa humana, fato este que acabou por encadear, na também necessária proteção da personalidade, evidente que, há uma interconexão entre ambos institutos, o que encadeou na necessidade da proteção da personalidade, uma vez que, os direitos de personalidade e a Dignidade Humana estão interligados, onde a proteção de vida digna, enseja, consequentemente, a proteção da personalidade, e assim, tais direitos fazem a pessoa, pessoa humana, devendo ambos serem assegurados e garantidos, por intermédio do reconhecimento da Dignidade como cláusula de tutela geral da personalidade.

A hermenêutica jurídica, trata-se, de filosofia indispensável no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Vez que, os aplicadores do direito além do conhecimento sobre o ordenamento jurídico, precisam estar atentos aos valores que formam e modificam a sociedade, e assim, em que pese as alterações sociais ou jurídicas, o intérprete da norma, utilizando-se da hermenêutica jurídica, e seus fundamentos, poderão ponderar *in casu*, com o fim de garantir dignidade humana, e consequentemente resguardar os direitos personalíssimos.

3.1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA:

Existe uma intrínseca relação entre os direitos da personalidade e a dignidade humana. Em meados do século XX, o direito vivenciara uma quebra paradigmática de valores, impulsionada pelos horrores ocorridos durante a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, o que levou a retomada da relevância dos juízos axiológicos, como a dignidade humana, nas construções jurídicas, e assim, o presente princípio passara a integrar os mais diversos documentos de direito interno, ou internacionais, como por exemplo, a Constituição do Brasil de 1988, e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

As duas Grandes Guerras foram imprescindíveis para a mudança do direito, principalmente em âmbito internacional, onde a retomada de valores éticos e morais influenciaram o movimento de redignificação dos sistemas jurídicos, elevando o princípio da dignidade humana como valor orientador dos demais textos legislativos, e a obrigatoriedade de sua defesa à todas as pessoas, e por todos os ordenamentos em todo mundo. No Brasil, foi a partir da promulgação da Constituição de 1988, que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ordenar todas as esferas do direito brasileiro.

A Constituição do Brasil de 1988, traz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, veja-se: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988, *online*). Além do artigo 1º, o texto constitucional também positivou a dignidade humana junto aos artigos 5º, III; 170, caput; 226, §7º; 227, caput; 230, caput. Conforme Elimar Szaniawski (2005, p. 141), trata-se a Dignidade Humana, de um “supraprincípio”, qual seja, “a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição”.

A dignidade da pessoa humana, então, eleva-se como centro do Direito, fundamento e base jurídica, a edificar e trilhar todo ordenamento jurídico brasileiro (FERMENTÃO; PERA, 2013). Foi por meio da promulgação do texto constitucional de 1988, que uma nova fase e um novo papel para o Código Civil Brasileiro se iniciou, onde as normas civilistas devem ser valoradas e

interpretadas em conjunto aos mais diversos diplomas setoriais, cada qual com vocação universalizante (TEPEDINO, 2006). Esta nova fase, representa a constitucionalização do direito civil no Brasil, no qual o ordenamento civil como um todo passou a ser hermeneuticamente interpretado em consonância a carta Constitucional de 1988.

Segundo Paulo Lôbo (2004, n. p.), “pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”. Ensina Carlos Alberto Bittar (2014, p. 36):

Na perspectiva do novo direito civil, que tem afinidade com os temas do direito constitucional, além da estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas, os direitos da personalidade estão balizados não somente por um franco, explícito e declara- do rol não taxativo de direitos reconhecidos pelo traçado que lhes foi conferido pelo projeto do Código Civil de Miguel Reale, mas também por uma fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III: “a dignidade da pessoa humana”. Este princípio serve, nesse sentido, como bússola do sistema jurídico como um todo, e, nestes termos, serve de funda- mento a unificar o tratamento da matéria, não importando a perspectiva na qual se abordem esses direitos, e muito menos a ramificação do direito à qual se esteja a reportar.

De acordo com Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes (2014), o princípio da dignidade da pessoa humana, devidamente positivado no art. 1º, III, da Constituição de 1988, atua como cláusula geral de tutela da personalidade, possibilitando que os mais diversos instrumentos jurídicos de defesa dos direitos possam ser utilizados para a salvaguarda da personalidade.

Nas lições de Elimar Szaniawski:

[...] A Constituição em vigor adota a cláusula geral, como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (2005, p. 137)

O Enunciado nº 274, emitido na IV Jornada de Direito Civil (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007), determina a cláusula de tutela geral dos direitos personalíssimos, senão veja-se: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de

tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...]”. Desta forma, é evidente, a intrínseca relação entre a dignidade humana e os direitos da personalidade, sobretudo, a partir do movimento de constitucionalização do direito civil, onde o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, funciona como instrumento de proteção geral da personalidade humana. Conforme Danilo Doneda (2005, p. 82), “tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana [...]”.

Os direitos de personalidade encontram-se devidamente positivados, no Código Civil Brasileiro, capítulo II, dos artigos 11 ao 21, mas como já visto, é pacífico que a tutela da personalidade no Brasil é de caráter geral, vez que os de personalidade, são intrínsecos à pessoa humana, e assim, em que pese, estarem positivados ou não, são direitos de cunho jusnatural, onde a pessoa ao nascer, já os possui, e devem ser devidamente assegurados, por toda sua existência. Neste sentido, a personalidade, propriamente dita, se “resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consistente na parte intrínseca da pessoa humana” (SZANIAWSKI, 2005), assim como a Dignidade Humana, princípio este de caráter teleológico, ontológico e axiológico, que estabelece a condição de pessoa humana ao homem.

Assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (2009, p. 65).

Os direitos personalíssimos, expõe Anderson Schreiber (2014, p. 5), são “[...] considerados essenciais à condição humana, direito sem os quais ‘todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa’”, cabendo, segundo Bittar (2014, p. 38), “ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do Direito Positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –”.

A valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, e conseqüente tutela de sua personalidade, assegurando, uma ampla e totalitária proteção de sua integridade física e psíquica, indispensável à plena realização do digno, a edificar o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Há de se ressaltar que, conforme Elimar Szaniawski (2005, p. 58), “a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica, sendo o fenômeno denominado de repersonalização do direito”.

Ainda conforme o autor, o Direito Civil – assim como os demais campos do direito – estão em processo contínuo de repersonalização, processo no qual, a pessoa humana é inserida como centro do ordenamento jurídico, onde todas normas devem repousar e passar pelo crivo de proteção da dignidade do ser humano; o ordenamento jurídico deve visar o homem como seu principal destinatário, com intuito, sempre, de tutelar a Dignidade, e garantir o livre desenvolvimento da personalidade. Segundo Elimar Szaniawski (2005, p. 59) os direitos da personalidade se tratam de direitos subjetivos “de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano”.

Maria Celina Bodin de Moraes ensina que:

A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes, e problemáticos, consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser tidos como uma categoria aberta. De fato, à uma identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura-se como um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada. (2010, p. 125)

A Dignidade Humana, trata-se de um princípio integrador, pois deve ser salvaguardado a todos os sujeitos, além de integrador, é um princípio orientador, vez que encontra-se como epicentro do ordenamento jurídico, devendo ser respeitado nos mais diversos âmbitos do direito, sendo o início e o fim de toda atividade hermenêutica realizada pelos aplicadores jurídicos. Ensina Silva (1998, p. 91), “que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”. Afirma, José Afonso da Silva (1998, p. 91) que

a dignidade “se entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento”.

Expõe Javier Hervada (1982, p. 55):

O que é ser pessoa? Uma pessoa é um ser, que é ser tão intensamente – de tal maneira é ser – que domina seu próprio ser. Por isso, a pessoa é *sui iuris*, dona de seu próprio ser. O próprio domínio – na sua radicalidade ontológica – é o distintivo do seu pessoal e o fundamento de sua dignidade. O domínio da pessoa humana sobre o seu próprio ser gera, de imediato, o domínio sobre quanto o constitui (a sua vida, a sua integridade física, o seu pensamento, a sua relação com Deus, etc.).

Para Fernanda Borgetti Cantali (2009), a defesa dos direitos de personalidade, deve-se amparar na Constituição Federal, orientando-se, sobretudo, pelos valores e princípios presentes no texto constitucional, culminando na reinterpretação do Código Civil e dos direitos privados, a ser realizadas constantemente pelos intérpretes do direito. O objetivo da defesa dos direitos da personalidade é de privilegiar os conceitos existenciais, a garantia de dignidade humana, e o livre desenvolvimento da pessoa humana. Assim, o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, funciona como cláusula geral de defesa da personalidade, além, segundo Morato (2012, p. 154), de consagrar o “indispensável reconhecimento à dignidade da pessoa humana, sem a qual inexistiria uma ordem jurídica efetivamente justa e sempre com a relevância e adequação que estão na gênese de tal dispositivo”.

A dignidade humana e a tutela da personalidade, possuem uma correlação intrínseca existencial, no qual, não há a possibilidade de se desenvolver os direitos da personalidade de maneira efetiva, se o digno não for assegurado ao indivíduo. Ao fim e ao cabo, o princípio da dignidade humana, é fundamento de origem para os demais direitos do ordenamento jurídico, devendo ser salvaguardado também no momento de aplicação hermenêutica *in casu*.

O princípio da dignidade da pessoa humana, deve, portanto, ser assegurada do início ao fim da análise jurídica, é desta forma, que funciona e age o princípio da dignidade da pessoa como uma cláusula geral de tutela da personalidade do sujeito, tutelando-o em todas as dimensões (SZANIAWSKI, 2005).

Nas duas últimas décadas, observa-se, a crescente importância e necessidade de se ampliar a defesa dos direitos subjetivos, para uma efetiva

tutela da personalidade. A cláusula geral de tutela dos direitos personalíssimos, deve ser garantida e respeitada, perante toda atividade e ordenamento jurídico. A garantia do caráter geral dos direitos de personalidade, devem, então, servir como ferramenta de eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais, nas relações privadas, de modo a atender as lacunas ainda não positivadas no âmbito do Estado de Direito, com o fim de garantir eficácia e tutela aos direitos personalíssimos e plena garantia da Dignidade Humana.

3.1.1. A evolução da personalidade: um breve histórico necessário sobre os avanços acerca da tutela dos direitos personalíssimos:

Os direitos personalíssimos até estabelecerem sua atual concepção e definição, percorreram um longo período histórico dotado de mudanças. Assim, faz-se imprescindível para o estudo dos presentes direitos, analisar mesmo que brevemente, os marcos históricos mais relevantes que acarretaram ao entendimento atual dos direitos personalíssimos.

A evolução histórica do direito de personalidade, teve início na antiguidade greco-romana, posteriormente, o período do medievo, sofrera influências do Cristianismo para sua aceção de direitos da personalidade. Na Idade Moderna, a personalidade foi fundamentalmente influenciada pelo humanismo, e pela teoria “*ius in se ipsum*”, sendo a primeira teoria que buscou explicar direitos ligados a pessoa em si, bem como as ideias iniciais do direito geral de personalidade.

Ao longo do século XIX, o conceito da personalidade, perpassou, pelas teorias negativistas da escola histórica do Direito, que contestavam a existência de um direito geral de personalidade. De outro lado, a corrente positivista-legalista, a qual defende a ideia do fracionamento da salvaguarda dos direitos da personalidade, sendo, portanto, imprescindível o estudo da tutela da personalidade, no perpassar dos anos, e a forma como remoldou-se, passando a integrar o direito internacional, como interno.

Conforme Danilo Doneda (2020, n.p.), “é possível encontrar na literatura jurídica menções a antigas formas de proteção da pessoa, desde as *dike kakegorias*, do direitogrego ou, no direitoromano, a *vindicatio libertatis*, o instituto da *potestas in se ipsum* e, principalmente, a *actio iniuriarum aestimatoria*”, palavras estas que apareceram ao longo dos anos, como verbetes vinculados

ao desenvolvimento da noção dos direitos de personalidade junto a história do direito (DONEDA, 2020). Nesta esteira, sabe-se que junto à antiguidade tanto grega como romana, haviam-se manifestações dispersadas quanto a proteção da personalidade individual, ensina Elimar Szaniawski (1993, p. 23) que “as origens mais remotas da existência de categorias jurídicas e destinadas a tutelar a personalidade humana são encontradas na *hybris* e na *iniura* romana”.

No que diz respeito a personalidade na Grécia antiga, esta sofrera grande influência dos filósofos da época, mais especificamente de Aristóteles, sua teoria acerca do justo, e a ideia de equidade, desaguaram no reconhecimento da igualdade entre os cidadãos gregos, além da necessidade da existência de leis, que regulamentem o círculo social, e a relação entre seus membros, com o intuito, de garantir sempre o bem comum (SZANIAWSKI, 1993).

Segundo Elimar Szaniawski (1993, p. 25): “esta nova visão, imprimida pelos filósofos gregos, consolidou a proteção jurídica da personalidade humana, reconhecendo a existência de um único e geral direito de personalidade em cada ser humano”, possibilitando a consolidação, conforme o autor “de uma cláusula geral protetora da personalidade de cada indivíduo, representada pela *hybris*.”

A *hybris* grega era uma ação de natureza exclusivamente penal. Destaca-se, portanto, que da existência da ideia de personalidade no período grego, esta apresentava-se de modo embrionário, mas ainda assim, não se pode despontar a relevância jurídica que representara, uma vez que, a filosofia grega antiga, elevou o homem como centro referencial do ordenamento, da mesma forma que atualmente se conhece (CANTALI, 2009).

Quanto as noções da personalidade em Roma, o instrumento associado é *actio iniuriarum*, (esta ação é característica da época clássica romana que se iniciou no séc II a. C, até 284 d.C, abrangendo o período pré-imperial até o Alto Império) romana (CANTALI, 2009). A presente ação tinha como fundamento à proteção das pessoas contra qualquer atitude injuriosa, abrangendo qualquer atentado à pessoa física ou moral do cidadão (TEPEDINO, 2004). Elimar Szaniawski, (1993, p. 32) sustenta que “a tutela da personalidade humana através da *actio iniuriarum* assumiu a feição de verdadeira cláusula geral protetora da personalidade do ser humano.

Segundo Elimar Szaniawski (2005, p. 25-26), “no direitoromano, a expressão personalidade restringia-se aos indivíduos que reunissem os três

status, a saber: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*". Assim, as pessoas, que não eram livres, reconhecidas como cidadãos romanos e aqueles que não pudessem constituir família por meio das justas núpcias, não eram dotados de personalidade, como por exemplo, os escravos (SZANIAWSKI, 2005).

A *actio iniuriarum*, voltava-se à tutela da personalidade, no aspecto penal, apenas, assim conforme, Elimar Szaniawski a presente ação, em momento primeiro, destinava-se à proteção da vida e da integridade física, mas evoluiu para a proteção contra qualquer ofensa injuriosa. Segundo Fernanda Borguetti Cantali, "a *actio iniuriarum* mostrava tão somente a forma como os romanos tutelavam os direitos da personalidade e não a forma como concebiam estes direitos". Além da *actio iniuriarum*, dois outros instrumentos de proteção à pessoa, possuíam destaque na construção da personalidade romana, quais sejam: a *hybris* e as *aixias*.

Nas lições de Elimar Szaniawski,

A proteção da personalidade humana se assentava sobre três ideias centrais. A primeira formulava a noção do repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibia a prática de atos de insolência contra a pessoa humana a tutela da personalidade da pessoa humana era exercida através da *hybris* e mediante repressão à prática de atos de injúria e sevícias, destacando-se as *aixias* (2005, p. 24-25).

Ao que se percebe, a *actio iniuriarum*, representara um marco excepcional à proteção da personalidade humana, uma vez que por intermédio dela, expandiu-se aos poucos, a tutela personalíssima romana, defendendo a lesão da personalidade das pessoas, contra a prática de atos criminais ilícitos, tais quais, a lesão corporal, difamação e o estupro (SZANIAWSKI, 2005). Ressalta-se que a tutela da personalidade em Roma, não representava a proteção personalíssima que se reconhece atualmente, ou seja, de acordo com Danilo Doneda (2020, n.p.), "nem sequer havia uma categoria que pudesse ser relacionada com a atual noção de personalidade; esta "proteção" era feita em um quadro por demais diverso para não implicar em graves distorções se tomado como modelo".

O advento da Idade Média, foi marcado por mudanças expressivas na ordem jurídica, e disto não exclui-se os direitos da personalidade. A queda do Império Romano do Ocidente representa o início da era medieval, e de novas

perspectivas acerca da personalidade, sobretudo diante do nascimento de Cristo, e a influência do Cristianismo junto ao direito. A Doutrina Cristã, remoldou a concepção da pessoa, por meio dos ensinamentos de Cristo, como, a caridade, o amor, e a fraternidade, assim, evidente que o Cristianismo humanizaria o direito, dulcificando-o (FERMENTÃO, 2006). A Doutrina Cristã traduz, então, uma ideia universalista entre as pessoas, vez que todos são iguais perante aos olhos de Deus, havendo agora o reconhecimento da personalidade a quaisquer seres humanos, diferentemente do que ocorria com os direitos de personalidade na antiguidade greco-romana.

Afirma a jurista Fernanda Borghetti Cantali:

Foi com o Cristianismo, através das ideias de fraternidade universal que implicam a igualdade de direitos e a inviolabilidade da pessoa, que o homem passa a ser inserido no campo da subjetividade, deixando de ser tratado apenas em perspectiva instrumental, passando a ser considerado sujeito portador de valores (2009, p. 32).

Para o Cristianismo, todas as pessoas são reconhecidas à imagem e semelhança de Deus, sendo a própria personificação do Criador. A personalidade na Idade Média foi marcada pela desvinculação das instituições e estratificações sociais, e passou a adquirir unicidade e individualidade junto ao corpo social, tais mudanças ideológicas serão responsáveis, segundo Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 35), pelo “desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade, os quais irão se solidificar na modernidade”.

Ao interpretar os ensinamentos de Cristo, ensina Thomas Paine (2017, p. 59-60, tradução nossa):

Todas as histórias da criação e todas as narrativas tradicionais, quer venham do mundo culto ou não, não importa o quanto variem em suas opiniões ou crenças em certos assuntos particulares, concordam em um ponto: a unidade do homem; com isso quero dizer que todos os homens são do mesmo grau e, conseqüentemente, que todos os homens nasceram iguais, com direitos naturais iguais, da mesma forma como se a posteridade tivesse continuado pela criação, e não pela geração, pois esta é apenas a maneira pela qual o primeiro é realizado e, conseqüentemente, cada criança nascida no mundo deve ser considerada como derivando sua existência do próprio Deus. O mundo é tão novo para ele quanto para o primeiro homem que existiu, e seu direitonatural é da mesma natureza⁸.

⁸No original: Todas las historias de la creación y todas las narraciones tradicionales, ya procedan del mundo culto o inculto, por mucho que varíen en sus opiniones o creencias en determinados particulares, convienen en un punto: la unidad del hombre; con lo cual yo quiero significar que todos los hombres son del mismo grado y, por consecuencia, que todos los hombres nacieron iguales, con iguales derechos naturales, de la misma manera que si la posteridad hubiera continuado por creación, en lugar de por generación, ya que esta última es sólo la manera por la

A Era Cristã foi fundada no direito canônico, o qual, segundo Hespanha (2012, p. 143), “proclamava a subordinação dos direitos humanos (secular e eclesiástico) ao direito divino, revelado pelas Escrituras ou pela tradição”. Além disto, de acordo com Elimar Szaniawski (2005, p. 36), “a ideia de dignidade teve origem na concepção cristã de pessoa como uma substância racional e no princípio da imortalidade da alma e ressurreição do corpo”, fora neste período da história, por meio do pensamento de Santo Tomás de Aquino, que o germe da ideia de dignidade da pessoa humana abrolhou (CANTALI, 2009).

O direito da personalidade na Idade Média, ao assumir a concepção de dignidade, transportou a personalidade humana à uma nova feição, permitindo maior desenvolvimento da teoria, além de afirmar o homem como verdadeira pessoa, sendo este, centro e fundamento do ordenamento jurídico.

Ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 35): “A doutrina cristã afirmou o indivíduo como um valor absoluto, exaltou o sentimento da Idade Média e lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa”. As construções teóricas do período medieval, principalmente na Baixa Idade Média, deram os primeiros passos para a construção de um direito geral de personalidade, pautado nas ideias da Doutrina do Direito Natural e que se firmaram na Idade Moderna à partir do século XVI.

A personalidade na Idade Moderna, fora fundamentalmente influenciada pelo movimento renascentista, sobretudo o humanismo, pautada na teoria do *ius in se ipsum*, dando origem, conforme Szaniawski (2005, p. 38), as primeiras noções de “direitosubjetivo e a existência de um poder de vontade individual”, a corrente teórica do *ius in se ipsum*, afirmaram a manifestação de “diversos direitos inerentes à pessoa humana”.

Ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 39):

A Escola do DireitoNatural desenvolve amplamente a doutrina do humanismo antropocentrista, voluntarista e individualista, ao lado da doutrina dos direitos subjetivos, rompendo, de vez, com a concepção medieval de poder e direito, “disputado” entre a Igreja e os monarcas.

cual la primera se lleva a efecto y, en consecuencia, debe considerarse que cada niño nacido en el mundo deriva su existencia del mismo Dios. El mundo es tan nuevo para él como para el primer hombre que existió y su derecho natural es de la misma índole.

O surgimento do sistema capitalista em meados do século XIV, está intrinsecamente ligado à ascensão da burguesia – classe de pequenos comerciantes da época –, segundo Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 37), os burgueses idealizavam que um “Estado somente poderia ser rico se fosse forte internacionalmente. Para tanto, seria necessária a expansão das atividades mercantis e capitalistas, o que inexoravelmente levou à outorga de liberdade e poder político social aos burgueses”. Continua a autora (2009, p. 37), que com a presente autonomia a burguesia, sua emergência era certa, e “caracterizou-se pela separação dos interesses econômicos-privados dos interesses políticos-públicos”.

A ideia de personalidade, fora fortemente marcada pelas mudanças sociais, e assim, em meados do século XIX, o Direito passou por um processo intenso de codificação e sistematização de Códigos. Expõe Fernanda Borguetti Cantali que: “o Direito Privado passou a ser disciplinado ampla e sistematicamente pelo legislador” (2009, p. 37). De acordo com Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 37), O Poder Legislativo Moderno, então, “fortemente influenciado pela ideologia burguesa, construiu, após a Revolução Francesa, um direito jusracionalista e iluminista”.

A onda de codificação ou o movimento de codificação do direito junto aos ideais da Revolução Francesa, de igualdade, liberdade e fraternidade, e do iluminismo, atrelado ao movimento de positivação do direito foram estopim para promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789. Conforme Cantali (2009, p. 37), “eclouiu em 1804 com o Código Civil Francês, o Código de Napoleão, seguindo-se, quase cem anos depois, o Código Civil alemão, o BGB, tratava-se pois da era da codificação”.

O movimento de codificação, em meados do século XIX, “resultou na sistematização exagerada do direito e seu fechamento em categorias estanques”, é o que ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 42), certamente tal concepção afetou aos direitos de personalidade, e a teoria geral da personalidade, fragmentando-os. Segundo Fernanda Borguetti Cantali, (2009, p. 44), o positivismo jurídico culminou na ideia de que a “tutela jurídica somente se dava a partir do direito posto, fragmentou-se o direito geral de personalidade em diversos direitos de personalidade autônomos, tipicados em lei”.

Foi apenas no século XX, com as atrocidades acometidas contra a pessoa humana e seus demais direitos, durante as duas Grandes Guerras, que houve o ressurgimento da teoria geral da Personalidade e o movimento de redignificação do homem, em concordância a este posicionamento afirma a jurista Fernanda Borghetti Cantali: “mais fundamental foi a imposição de respeito à dignidade da pessoa humana como uma comando jurídico a partir das Constituições, o que possibilitava o resgate do direito geral de personalidade” (2009, p. 56).

As duas Grandes Guerras, foram de extrema relevância, para o movimento de redignificação da Pessoa Humana no século XX, sendo responsável pela “repersonalização do direito” (SZANIAWSKI, 2005). Ambas guerras mundiais, ensejaram a necessidade de se ampliar a proteção dos direitos de personalidade, e uma verdadeira tutela do homem e os direitos inerentes à sua condição humana (CANTALI, 2009), deste modo, afirma Cantali (2009, p. 58) que, “a transição de um Estado Liberal para um Estado Social rompeu definitivamente com o sistema jurídico concebido nos séculos XVIII e XIX, pois o fim das ditaduras totalitárias no início do século XX”, ademais, de acordo com a autora, “a instauração de uma nova ordem econômica-social demonstraram que o Direito Civil clássico era insuficiente para atender as novas necessidades do homem” (CANTALI, 2009, p. 58).

Os eventos ocorridos na 1ª e 2ª Guerra Mundiais, foram então responsáveis pelos diversos documentos jurídicos promulgados em prol da defesa de direitos relacionados à pessoa estes assim, passaram a proteger o ser humano dotado de dignidade, recolocando-o como o principal destinatário da ordem jurídica, senão veja-se:

O privilégio dos valores existenciais diante da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade se impôs em nível nacional em diversos países, bem como em abrangência internacional, promovendo uma verdadeira alteração paradigmática nos sistemas jurídicos. No âmbito internacional, muitas foram as declarações e convenções no sentido de dar maior resguardo ao homem enquanto ser humano dotado de dignidade. Logo após o término da segunda guerra mundial, em 1948, a ONU enunciou, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgou-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais solidificando os princípios de respeito à vida, à vida privada e familiar, à liberdade, dentre outros. Posteriormente, em 1966, foi promulgado o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis (CANTALI, 2009, p. 55).

Além dos documentos já citados, ressalta Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 55), a “Conferência Internacional dos Direitos do Homem realizada em 1968, em Teerã, outrossim, no presente ano, realizou-se a “sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, bem como a sessão da Conferência Geral da UNESCO”.

Desta forma, demonstrou-se ao longo do texto, o percurso histórico perpassado pelos direitos da personalidade, a construção de seus conceitos teóricos, e os avanços acerca da tutela da personalidade, assim, observa-se que os direitos personalíssimos percorreram um longo processo abarrotado de mudanças em sua acepção, sendo de extrema necessidade o estudo do desenvolvimento histórico-social da personalidade. Evidente que as duas Grandes Guerras exerceram um papel de fundamental relevância tanto para a tutela da personalidade, como na garantia de dignidade humana, como já brevemente discutido, devendo certamente o presente assunto ser mais aprofundado, o que se verá a seguir.

3.2. A TUTELA GERAL DA PERSONALIDADE VERSUS OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRACIONADOS:

Os direitos de personalidade, ao longo dos séculos passaram por três momentos de maior relevância, no que diz respeito as correntes de tutela da personalidade, quais sejam, a geral, e a dos direitos fracionados.

Conforme, Elimar Szaniawski (2005), o primeiro momento se dá nos séculos XVI e XVII, onde ocorreu o movimento de integração dos direitos da personalidade. Posteriormente, junto ao século XIX, houve o fracionamento do direito geral de personalidade, e finalmente, em meados do século XX, se dá o renascimento da tutela geral dos direitos personalíssimos. Assim, ao longo do texto, apresentar-se-á, os três momentos, e o que difere a corrente da tutela geral e fragmentada da personalidade.

Segundo Gustavo Tepedino (2004, n.p.), “com a consagração dos direitos da personalidade como direitos subjetivos privados absolutos, oponíveis *erga omnes*”, duas correntes surgiram para a tipificação da personalidade, a “pluralista (defensora da existência de múltiplos direitos da personalidade) e monista (que sustenta a existência de um único direito da personalidade, originário e geral). A concepção pluralista, ou dos direitos de personalidade

fracionados, diz respeito, acerca da existência de direitos distintos da personalidade, reunidos por características comuns, a formar uma categoria, sendo, assim, direitos autônomos e com regulação própria, contrapondo a concepção unitarista, onde a personalidade parte de um desdobramento de um direito geral (FONSECA, 1995).

Conforme Elimar Szaniawski (2005), é na Baixa Idade Média, que se principiaram os ideais jurídicos para a construção de um direito geral de personalidade. O fim do Medievo e o início da Idade Moderna (século XVI), e são marcadas por novos paradigmas, principalmente nas Ciências da Natureza, e na Filosofia com o Iluminismo e o Humanismo; é certo que tais mudanças iriam influenciar o Direito, e conseqüentemente os direitos de personalidade. Ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 38), que a partir século XVI, as presentes transformações na sociedade, “alavancaram novas ideias, que já fermentavam desde o recrudescimento da Baixa Idade Média, conduziram os juristas da época à formulação do direito geral de personalidade, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de direito subjetivo e a existência de um poder de vontade individual”.

A corrente do direito geral da personalidade, então, alinha-se a Teoria do Direito Natural, onde os direitos de personalidade, tratam-se de direitos inatos, ou seja, que dizem respeito à direitos inerentes ao homem, decorrentes apenas de sua condição de pessoa humana, estes existem mesmo sem serem positivados.

Em consonância a este pensamento afirma Vicente Raó (1999, p. 78) que, “uma concepção geral de direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, universais e necessários, dos quais resulta, princípios, estes inerentes à natureza do homem [...]”, assim, de acordo com Elimar Szaniawski (2005, p. 39), “a Escola do Direito Natural desenvolve amplamente a doutrina do humanismo antropocentrista, voluntarista e individualista, ao lado da doutrina dos direitos subjetivos”.

Carlos Alberto Bittar (2014, p. 38), dispõe sobre a posição dos naturalistas com relação ao conceito da personalidade, e seus direitos, senão veja-se:

[...] os naturalistas (como Limongi França) salientam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana.

Acentuam que mesmo a concepção de direitos da personalidade adquiridos – de De Cupis e outros, como o direitomorale de autor – não os desnatura, porque há sempre o pressuposto da personalidade natural, de que, neste caso, a obra é prolongamento ou reflexo (posição de Filadelfo Azevedo).

O direito geral da personalidade, em meados do século XIX, passou por um intenso processo de fracionamento, tendo em vista, o movimento de codificação vivenciado pelo Direito na época. Como já anteriormente exposto, o início do movimento de codificação, fora ensejado pelos ideais da classe burguesa, principalmente, os defendidos na Revolução Francesa, quais sejam, igualdade, liberdade e fraternidade. Assim, a classe burguesa reivindicava sua autonomia, tanto em âmbito político-social como financeiro, e certamente, os movimentos revolucionários ensejaram a ascensão do poder burguês, e com isso, ocorrera a separação dos interesses econômicos-privados dos interesses políticos-público, dando origem à um Direito essencialmente positivado, jusracionalista e iluminista (CANTALI, 2009).

A teoria do *ius in se ipsum*, acabara se intensificando, o direito que sustentava-se no subjetivismo da Doutrina do Direito Natural, onde as normas são, conforme Vicente Raó (1999, p. 78), “própria dos princípios supremos, universais e necessários”, se transportaram por um forte movimento racio-antropocentrista jurídico, caracterizado pelo Positivismo Jurídico; desta forma, o direito não era mais pautado nas regras da natureza, mas submetia-se a necessária legislação do homem para sua efetiva validade.

Para a Doutrina do Positivismo Jurídico, conforme os ensinamentos de Capelo de Sousa (1995, p. 50), os direitos da personalidade devem por “sua própria natureza estar específica e circunscritamente previstos na Lei”, o Positivismo, então, acabou por fragmentar o direito geral de personalidade, ou seja, conforme, ensina, Cantali (2009, p. 44), “em diversos direitos autônomos, tipificados em lei”.

Observa-se, então, que quanto a tutela da personalidade, duas teorias foram construídas e se firmaram pelos juristas, como já teorizado, têm-se a teoria do direito geral de personalidade, e a corrente dos direitos personalíssimos fracionados a serem estudadas. Denota-se que, teoria geral da personalidade, preza pela defesa integral da pessoa humana, e de seus direitos

personalíssimos, não sendo necessária e efetiva positivação dos direitos para que sejam devidamente assegurados. Por outro lado, a tutela fracionada, defende que os direitos de personalidade precisam ser legislados juridicamente para que sejam reconhecidos e salvaguardados.

Segundo Elimar Szaniawski, no presente período, duas Escolas do Direito, se destacaram, quanto suas posições com relação à teoria geral da personalidade, quais sejam a Escola Histórica do Direito, e a do Positivismo Jurídico, este expõe:

As mencionadas escolas de direito trouxeram alterações fundamentais em relação à categoria do direito geral de personalidade e na maneira de tutelar a personalidade humana, a qual, ainda, era protegida pela *actio iniurarium*, embora a evolução da doutrina, desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, tenha contribuído para formação da moderna concepção dos direitos de personalidade. Em relação à categoria direito de personalidade, a Escola Histórica do Direito concebia o direito geral de personalidade como uma direito que alguém possui sobre sua própria pessoa, na evolução da noção do antigo *ius in se ipsum*, sustentando que o direito geral de personalidade deveria ser entendido como um direito que alguém possui sobre si mesmo e que teria por objeto a própria pessoa [...], a mencionada escola negava a existência de um direito geral de personalidade, destinado a tutelar a personalidade do ser humano [...].

De outro lado, o crescimento da doutrina do positivismo jurídico, em oposição ao jusnaturalismo, buscando transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência, no sentido do próprio termo, tendo por modelo as ciências físicas e matemáticas, faz a distinção entre as categorias juízo de fato e juízo de valor, procurando expurgar da jurisprudência, tudo aquilo que diz respeito aos juízos de valor e de noções metafísicas da ciência jurídica, atribuindo ao Estado a constituição do direito, fonte única do direito positivo (2005, p. 42-43).

O movimento de codificação, em meados do século XIX, foi responsável por sistematizar o direito em uma estrutura estritamente, legalista e exegética, fechando-o em categorias estanques, onde apenas as normas jurídicas devidamente positivadas, era reconhecido como direito (SZANIAWSKI, 2005). De acordo, com Carlos Alberto Bittar (2014, p. 38), os juristas que seguem a teoria dos direitos fracionados de personalidade, acreditam, que os direitos personalíssimos devam ser incluídos “apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica [...]. Em conclusão, acentuam que todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo: daí sua delimitação no direitopositivo em cada caso”.

Adriano de Cupis, como positivista, expõe que:

Todo meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos. É assim que, mudando a consciência

moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no meio da sociedade muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade. Ao repecurtir-se esta concepção sobre o ordenamento jurídico, os direitos da personalidade adquirem uma figura positiva. É só então que o atributo da essencialidade adquire um valor jurídico integral, isto é, quando os direitos se revestem da referida essencialidade, não só tomam o lugar próprio no sistema do ordenamento positivo, mas adquirem, além disso, uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que se referem. Por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento jurídico (CUPIS, 2008, p. 24).

Fora apenas no século XX, com as atrocidades acometidas contra a pessoa humana e seus demais direitos ao longo das duas Grandes Guerras, que houve o ressurgimento da Teoria Geral da Personalidade e o movimento de Redignificação do homem. Afirma Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 56), “mais fundamental foi a imposição de respeito à dignidade da pessoa humana como uma comando jurídico a partir das Constituições, o que possibilitava o resgate do direito geral de personalidade”. É neste momento, segundo Elimar Szaniawski (2005, p. 56), que ocorre o fenômeno de “descodificação do direito”, tal “fenômeno consiste outorgar ao operador do direito, o poder de aplicar, diretamente, os princípios e os valores inseridos nas normas constitucionais não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas, também nas relações entre indivíduos particulares [...]”.

Os horrores ocorridos na 1ª e 2ª Guerra Mundiais, serviram de estopim para promulgação dos mais diversos documentos jurídicos, e Constituições, com o fim de proteger a pessoa humana, defendendo assim sua Dignidade, reposicionando o homem como centro do direito, fazendo com que a tutela do direito geral de personalidade fosse retomada.

Afirma Danilo Doneda (2005, p. 76), que “em especial no pós-guerra, os direitos da personalidade começaram a exibir o perfil que portam atualmente”, ainda conforme o autor, “grande parte da doutrina identificava nestes direitos o meio de tutela de um mínimo essencial, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa” (DONEDA, 2005, p. 76).

Nas lições de Adriano de Cupis (2008, p. 24):

[...] Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade complementamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer

que, se els não existissem, a pessoa não existiria como tal. São os chamados “direitos essências” com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.

Observou-se, então, que há duas correntes que se destacaram, quanto a tutela da personalidade, sendo estas, a teoria do direito geral de personalidade, e a linha dos direitos personalíssimos fracionados. Constatou-se, que esta representa uma via de maior tutela e salvaguarda aos direitos personalíssimos, uma vez que, com as constantes mudanças sócio-jurídicas, há a necessidade de se ampliar a gama de direitos subjetivos, e a manutenção tanto da tutela geral de personalidade, como o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, nas relações privadas, com o fim de garantir o desenvolvimento pleno da personalidade. Mas qual destas teorias o Brasil recepcionou? Como o direito de personalidade se firmou no direito brasileiro? Certamente, tais questões serão respondidas no próximo tópico.

3.3. A RECEPÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002:

Diferentemente do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002, trouxe um capítulo próprio acerca dos direitos de personalidade (Parte I, Título II, Capítulo II, artigos 11 ao 21), não obstante, é apenas com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, e a positivação dos princípios fundamentais, como os artigos 1º, 3º e 5º, princípios estes, precursores da edificação da Estado Democrático de Direito no Brasil, que estabeleceram a tutela e a proteção aos direitos fundamentais, estando incluídos a proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade. Assim, o Código Civil de 2002, posterior à Constituição Federal de 1988, estabeleceu a proteção dos direitos da personalidade.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 122-123), ensina que, “quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição [...]”, desta forma, “consolidou-se definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias)”.

De acordo com Flávio Tartuce (TARTUCE, 2005, *online*), “a tutela da pessoa natural é construída com base em três preceitos fundamentais

constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando a erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); e a igualdade em sentido amplo ou isonomia”. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, ensina Alexandre de Moraes (2010, p. 125), “a previsão do inciso III, do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam”. Assim, os direitos de personalidade foram timidamente positivados junto ao Código Civil de 2002, mas diante do princípio da dignidade humana, prestando-se como cláusula geral de tutela da personalidade, estes então não devem ser assumidos como exaustivos pelos intérpretes do direito.

Gustavo Tepedino (2004, n.p.), dispõe sobre os direitos de personalidade que foram positivados junto ao Código Civil de 2002, senão veja-se, o presente Código, “dedica um capítulo aos direitos da personalidade, em dez artigos, do 11 ao 21. Na esteira de disposições semelhantes dos arts. 5 a 10 do Código Civil italiano, encontram-se aí enunciados os direitos à integridade física, o direito ao nome, a proteção à honra, à imagem e à privacidade”. Assevera, então, Tepedino (2003, p. 17) que: “os direitos da personalidade, ausentes no Código de 1916, foram admitidos no Brasil por força de construções doutrinárias, com base em leis especiais e na Constituição da República”. Ao caso do ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente das teorias seguidas pelo Direito Alemão e Português, trilhou um caminho próximo, da doutrina tipificadora e fracionária dos juristas italianos, como Adriano de Cupis (ZANINI, QUEIROZ, 2020).

O Projeto do Código Civil, apenas foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, após longos debates, foram positivadas 1.063 emendas, e um total de 2.100 artigos (REALE, 2002). Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, percebe-se que os redatores das leis, ao nomearem o novo capítulo a despeito da personalidade, como “Dos Direitos da Personalidade, buscaram apenas elucidar algumas normas, em que se priorizou a exatidão e a clareza dos enunciados, devidamente enquadrados, ao que se percebe não coincidem com o intuito de adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade. Conforme, destaca, Miguel Reale (2002, n.p.), “o Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver

através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos”.

Entre a maioria dos juristas, o Código Civil de 2002, não logrou em sua redação uma cláusula geral de tutela da personalidade, tendo preterido, conforme Zanini e Queiroz (2020, p. 100), “a concepção extremada pela doutrina tradicional dos direitos típicos, que toma a pessoa de forma fragmentada”. De acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini e Odete Novais Carneiro Queiroz (2012, p. 104), “apesar da promulgação do Código Civil brasileiro em pleno século XXI, é certo que a legislação nacional, pelo menos no que toca aos direitos da personalidade, poderia ter avançado mais, prevendo, expressamente, ao lado dos direitos especiais da personalidade, a tutela geral da personalidade.

Flávio Tartuce (2005, *online*), dispõe sobre a personalidade positivada no Código Civil de 2002, senão veja-se:

Encerrando, acreditamos que o novo Código Civil não supre todo o tratamento esperado em relação aos direitos da personalidade, que sequer podem ser concebidos dentro de um modelo ou rol taxativo de regras e situações. De qualquer forma, os onze artigos que constam da atual codificação privada já constituem um importante avanço quanto à matéria, merecendo estudo aprofundado pelos aplicadores do direito.

Elimar Szaniawski (2005), afirma que a proteção da tutela da personalidade, inseriu-se no ordenamento brasileiro, por meio da *iniura* e da respectiva *actio iniurarium* que se constituía em uma cláusula geral de proteção da personalidade, oriunda das ordenações, vigendo de 1532 às vésperas da vigência do Código Civil de 1916. Já, no que diz respeito ao Código Civil Brasileiro anterior (1916), observa-se, conforme Fernanda Borguetti Cantali, (2009, p. 92), que este continha algumas breves passagens sobre a personalidade, “como nas hipóteses de indenização por lesão ao direito à integridade física e psicológica, de reparação do dano à honra em casos de injúria e difamação, de indenização por dano à honra da mulher ou por danos causados por violência sexual”. Disciplina Antônio Carlos Morato (2012, p. 122) que, “ao versar sobre a proteção da pessoa o Código Civil de 1916 tinha dispositivos que – implicitamente admitiam os direitos da personalidade, sendo inegável a relevância jurídica de tal diploma legal.

Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 92), dispõe,

Nesta perspectiva é que se afirma, que o Código de 1916 não disciplinava os direitos de personalidade, até porque, em razão da ideologia liberal que o subjazia, as raras hipóteses de proteção da personalidade destinavam-se a tutelá-los apenas através do binômio dano-reparação, denotando forte apego ao caráter patrimonialista característico das codificações liberais.

Ressalta-se que, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Civil 2002, o caráter patrimonialista, e o movimento de codificação, ainda imperavam de modo incisivo. Deve-se lembrar, que, em que pese o Código de 2002, ter sido promulgado após a Constituição Federal de 1988, a sua redação fora concluída em 1984, diante disto, a disciplina dos direitos de personalidade no Código Civil, ainda era muito enraizada pelas teorias patrimonialistas da “era da codificação”, dispensando proteger de maneira básica, no que diz respeito ao binômio dano-reparação (CANTALI, 2009). Nesta toada, “o Código Civil de 2002, muito embora tenha sido promulgado após a Constituição de 1988, foi elaborado na década de setenta e, assim, seu texto carrega muitos anacronismos e deficiências que se opõem ao movimento de personalização” (CANTALI, 2009, p. 100).

Gustavo Tepedino, acerta ao dizer que o Código Civil de 2002, nasceu já velho, uma vez que apesar de promulgado pós-constituição de 1988, foi redigido nos anos setenta, então o texto constitucional não leva em conta a história da Constituição, e a jurisprudência da época, que mudam paradigmaticamente a preocupação das normas, voltando-se para pessoa, ao invés do patrimônio, dando mais valor ao ser do que o ter, e as questões existenciais mais do que patrimoniais (TEPEDINO, 2001, p. IV). A partir disto, enuncia o autor que muito embora, o Código Civil de 2002, apresenta-se como uma grande inovação, “o capítulo destinado aos direitos da personalidade acaba sendo, bem da verdade, um dos terrenos onde mais nitidamente se percebe o acanhamento do legislador de 2002”, sobretudo, segundo Tepedino, Barboza e Moraes (2014, p. 32), “quando se compara o texto codificado ao que já se havia positivado e ao estado da doutrina e da jurisprudência”.

Basicamente o atual Código (2002), positivou:

O legislador assim dividiu os 11 artigos que tratam dos direitos da personalidade no novo CC: nos artigos 11 e 12, trata-se da natureza e da tutela destes direitos enquanto todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade: o direito à integridade psicofísica (arts. 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21) (DONEDA, 2005, p. 83).

O ordenamento jurídico brasileiro, foi fundamentalmente, influenciado pelos textos legais promulgados internacionalmente, principalmente, pelo Código Italiano, que adotou a teoria fracionada de proteção da tutela da personalidade. O grande impasse que o Código Civil, sofre é que o mesmo fora redigido anteriormente à Constituição Federal de 1988, o que certamente, influuiu, para que os redatores do texto civilistas, assumissem a posição fracionada de proteção da personalidade. Assim, a proteção fracionária e positivista do Código Civil, não é mais admitida pelo jurídico brasileiro, vez que após a promulgação da Constituição, esta estabelece a dignidade humana como epicentro do ordenamento de direito no Brasil, este passa a adotar a teoria de tutela geral, pautada no princípio da Dignidade, como cláusula de proteção integral da personalidade.

Evidente, que os artigos sobre a personalidade previstos no Código Civil de 2002, não se mostram exaustivos, devem estes ser constantemente interpretados conforme a Constituição, em um processo contínuo de repersonalização (SZANIAWSKI, 2005) e reconstitucionalização do direito. Conforme Gustavo Tepedino (2004, n.p.), “deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses do ressarcimento, mas, de maneira muito mais ampla”, com o objetivo de garantir e tutelar a personalidade humana, mesmo que ainda não prevista no rol de direitos da personalidade elencados pelo legislador (TEPEDINO, 2004).

A evolução social é dinâmica, os fatos sociais tornam difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas. As normas jurídicas atualmente previstas sobre a personalidade não são capazes de resguardar à pessoa humana de modo exaustivo, diante de tal evolução. Assim, o intérprete diante do caso concreto deverá agir de modo a proteger a dignidade e personalidade dos indivíduos (TEPEDINO, 2004).

A dignidade humana no Brasil foi recepcionada e positivada junto ao texto constitucional de 1988, por outro lado, os direitos personalíssimos, encontram-se devidamente dispostos nos artigos 11 ao 21 do Código Civil Brasileiro de 2002, seguindo a linha de fracionamento da personalidade, o que se mostrou insuficiente para sua tutela, sendo então, necessário adotar a

dignidade humana como verdadeira cláusula geral de proteção dos direitos personalíssimos, o que será visto a seguir.

3.3.1. Da tutela geral de personalidade: a cláusula geral de proteção dos direitos personalíssimos e a dignidade humana:

A Constituição Federal de 1988, desempenha um papel de enorme relevância, modificando a forma como os direitos de personalidade e sua tutela são tratados no Brasil. É por intermédio da positivação do princípio da Dignidade Humana, junto ao artigo 1º, inciso III, da presente carta, que os artigos 11 a 21 do Código Civil, deverão ser obrigatoriamente e constantemente, interpretados em consonância ao texto constitucional.

Ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 137), “nossa Constituição [...], reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.

O Código Civil Brasileiro de 2002, traz em seu capítulo II, disposições acerca dos direitos de personalidade dos artigos 11 ao 21, tendo positivado, o direito ao próprio nome, o direito à honra, o direito à imagem e à privacidade. Assim o presente Código dedicara todo um capítulo aos direitos personalíssimos, sendo a primeira vez que o legislador brasileiro discriminou especificamente sobre a personalidade. Os direitos de personalidade, foram tutelados na parte geral do código de 2002, o que determinou uma mudança paradigmática evidente do direito civil (DONEDA, 2005), que conforme Danilo Doneda (2005, p. 71) “se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. A esta constatação segue uma reelaboração da dogmática civilística, na qual os direitos da personalidade desempenham papel fundamental”.

Durante o processo de redação do Código Civil de 2002, os juristas colaboradores, optaram pela tutela fragmentária dos direitos personalíssimos, ao contrário dos legisladores portugueses, que acabaram por positivar uma cláusula Geral de tais direitos, destaca-se, então, o artigo 70 do Código Civil português: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” (ESTADO PORTUGUÊS, 1966, *online*), outrossim, “2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a

pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida” (ESTADO PORTUGUÊS, 1966, *online*).

Danilo Doneda (2005, p. 78), afirma que tipificar os direitos da personalidade, “pareceu uma solução teórica bastante viável para muitos autores”. Desta, “eram identificados alguns direitos da personalidade presentes no ordenamento, como o direito ao nome ou a inviolabilidade da correspondência, por exemplo, e utilizava-se a técnica de tutela dos direitos subjetivos” (DONEDA, 2005, p. 78).

Em que pese, a posição fragmentada adotada pela codificação civilista, no que diz respeito a personalidade, a partir da adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio orientador de todo ordenamento jurídico brasileiro, o dispositivo passa a ser reconhecido como cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade, para além dos artigos do código, com intuito de preservar e defender a pessoa humana seus mais diversos âmbitos.

Anderson Schreiber (2008, p. 235), explana de modo assertivo, que apesar do ordenamento jurídico brasileiro ter optado pelo fracionamento dos direitos de personalidade, evidente que, é incabível uma interpretação legislativa exegética dos presentes artigos, conforme o autor, no momento de codificação dos direitos personalíssimos, o legislador do Código Civil de 2002:

[...] em vez de indicar parâmetros de ponderação para hipóteses frequentes de colisão, preferiu, com raríssimas exceções, uma regulação isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos da personalidade, estipulando soluções pré-moldadas e estáticas que procuram camuflar sob a curta roupagem normativa uma realidade grandiosa demais para ser ocultada, e que acaba por se revelar, diariamente, mesmo para os espectadores menos curiosos (SCHREIBER, 2008, p. 235).

Carlos Alberto Bittar, se manifesta sobre a distribuição dos direitos da personalidade:

[...] podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto) (BITTAR, 2014, p. 49).

É certo, que o rol de direitos personalíssimos positivados, elencados pela doutrina, ou adotados pela jurisprudência, encontram-se longe de serem esgotados. Diversos direitos relacionados a personalidade, ainda não foram positivados, ou nem mesmo ainda são conhecidos, vez que a sociedade perpassa constantemente por mudanças e avanços, alterando seu status recorrentemente. Assim, interpretar exegeticamente os artigos 11 à 21 do Código Civil, não se mostra suficientemente capaz de garantir e proteger a personalidade humana em sua completude e complexidade (CANTALI, 2009).

Os direitos da personalidade estão protegidos pelo Princípio Constitucional de tutela à dignidade humana, possibilitando abranger a pessoa humana sempre que seus direitos personalíssimos forem desrespeitados, precisando que o direito caminhe *pari passu* com a evolução social. Afirmar Carlos Alberto Bittar que (2014, p. 117), “com a evolução do pensamento jurídico, em sua constante luta para manter sob controle o avanço das técnicas, em razão da defesa dos valores fundamentais da estrutura humana”.

A tutela da personalidade humana, deve-se abrigar na Constituição, como uma verdadeira cláusula de proteção geral, sobretudo, junto aos artigos 1º, inciso, II e III, 3º e 5º. Tratam-se estes de princípios ordenadores e edificadores da República Federativa do Brasil, servindo como diretriz para a reinterpretação do Código Civil e dos direitos privados aos aplicadores do Direito, com o fim de salvaguardar a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade (CANTALI, 2009). Os direitos fundamentais no Brasil, possuem eficácia direta e imediata nas relações privadas, como bem expõe que Daniel Sarmiento (2004, p. 279): “no caso brasileiro, à eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do direito privado”.

O grande receio da doutrina que nega a existência do direito geral de personalidade, é a perda da proteção ideal que estes deveriam ter, neste sentido Capelo de Sousa, ensina que:

“Perante as distorções entre o que o direito estabelece a respeito dos direitos do homem (particularmente, dos direitos de personalidade e do direito geral de personalidade) e o modo como as respectivas normas são aplicadas; face ao demagógico aproveitamento de tais direitos a redutor nível meramente discursivo e ideologizante, sobretudo, por parte dos políticos e sociais que espalham os homens na competitiva e demolidora sociedade contemporânea e devido ainda à

subalternização e instrumentalização de tais direito pelos socialmente mais poderosos, há quem considere como aporéticos esses direitos, hesitando acerca da possibilidade da sua concretização ou negando mesmo tal possibilidade” (1995, p. 106).

A preocupação dos teóricos que negam a doutrina geral da personalidade, não deve prevalecer, vez que, de acordo com Anderson Schreiber (2008, p. 233-234), “a disciplina dos direitos da personalidade exige técnica legislativa fundada em cláusulas gerais que, escapando ao rigorismo de uma normativa excessivamente regulamentar, se mostre capaz de acompanhar a evolução tecnológica e científica”. Assim, para que haja a tutela efetiva da dignidade humana, seguindo os ditames da carta constitucional, não há possibilidades de se setorizar a tutela da personalidade, ou mesmo tipificar casos previamente existente, os quais o ordenamento pudesse incidir (SCHREIBER, 2008).

A existência de uma cláusula geral da personalidade, é, portanto, indispensável para salvaguarda da dignidade humana. Assim, o intérprete do direito, deverá atentar-se as mudanças sociais, com o intuito de ponderar sob os casos concretos, possíveis novos direitos de personalidade, que não se encontrem positivados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Há então, segundo, Anderson Schreiber (2008, p. 235), a “impossibilidade de uma regulação rígida para os direitos da personalidade, que proíba em absoluto certas condutas, ou autorize outras”, valendo-se, “mais consentânea com a matéria uma atuação legislativa que, atentando menos ao aspecto estrutural dos comportamentos, e mais ao seu componente finalístico, cuide de indicar parâmetros de ponderação entre os diversos interesses tutelados”.

Argumenta Danilo Doneda (2005, p. 78-79):

[...] a crescente necessidade de proteção da pessoa humana, pela qual faziam pressão as instâncias superiores do ordenamento, fez com que ganhassem força as teorias que apontavam pela necessidade da proteção da personalidade não através de um conjunto de direitos tipificados, mas, porém, por uma regra geral que englobasse todos os casos nos quais estivessem em questão bens da personalidade.

Importante, destacar que independente, da positivação de uma cláusula geral da personalidade como o Código Civil Português, ou direitos personalíssimos multifacetados, a defesa da dignidade deve imperar em todos os casos, ensina Gustavo Tepedino (2004, n.p.) que, “nesta direção, não se

trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento [...]”, uma vez que, a expectativa não é de que o legislador solucione, “em abstrato e de modo absoluto, a questão dos direitos da personalidade, mas simplesmente que oriente o Poder Judiciário e as autoridades administrativas para um resultado último que não pode prescindir da concreta avaliação dos interesses colidentes” (TEPEDINO, 2004, n.p.).

De acordo com os juristas Leonardo Estevam De Assis Zanini e Odete Novais Carneiro Queiroz (2020, p. 104), “o direito geral da personalidade está implícito no ordenamento jurídico pátrio, sustentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF)”, outrossim, “no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema” (QUEIROZ; ZANINI, 2020, p. 104).

Afirma Gustavo Tepedino (2004, n.p.):

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. Sublinhe-se a técnica legislativa – não por acaso – empregada pelo constituinte, fixando, no Título I, princípios fundamentais que, ali situados, impõem específica função aos demais direitos constitucionais, permeando todo o sistema jurídico com os valores ali indicados, expressos nos fundamentos e objetivos da República.

Os direitos da personalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, recebem, portanto, uma proteção geral possibilitada pela edificação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III da Constituição Federal) como fundador do Direito, sendo sua posição garantida no início e fim, de toda matéria jurídica no país.

Conforme Leonardo Estevam De Assis Zanini e Odete Novais Carneiro Queiroz (2020), evidente, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro é compatível com a teoria do direito geral da personalidade, outrossim, certa é, sua necessidade para efetiva proteção da dignidade humana. Assim, o direito

brasileiro, se faz capaz de tutelar a personalidade, de forma concomitante, por de forma concomitante, por um direito geral e por direitos especiais.

Ensinam os autores que:

“o que falta, na verdade, é a vontade de superar a visão tradicional, que construiu a teoria dos direitos da personalidade sobre uma base dogmática patrimonialista, pois só assim estaremos dando a adequada proteção à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, garantindo a eficácia da Constituição” (QUEIROZ; ZANINI, 2020, p. 105).

A dignidade humana e os direitos de personalidade, como já observado, são valores intrinsecamente correlacionados, onde praticamente se confundem, pois, ambos institutos, fazem parte do âmago da existência humana, sem os quais, à uma verdadeira objetificação do ser, nesta esteira, não há como a personalidade se desenvolver livremente, sem que a dignidade seja por sempre garantida.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é orientador dos demais textos legislativos, no qual, o digno deve ser assegurado, pelos intérpretes dos direitos, quando da interpretação das normas jurídicas, e no momento de sua aplicação aos casos concretos, a dignidade, por obrigatoriedade, tem de ser tutelada, e assim, garantir a defesa dos direitos de personalidade, vez que o presente princípio funciona então como cláusula geral de tutela da personalidade dos seres humanos, protegendo-os em todas suas dimensões (SZANIAWSKI, 2005).

Compreende-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, foi responsável pelo movimento de repersonalização e redignificação do direito (SZAVIAWSKI; CANTALI), estabelecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado junto ao artigo 1º, inciso III, da presente Constituição Federal de 1988, como cláusula geral de tutela da personalidade, fazendo com que, os artigos 11 a 21 do Código Civil, passam a ser obrigatoriamente interpretados pelos aplicadores do direito em consonância ao texto constitucional, desta forma, mesmo se algum direito da personalidade não esteja devidamente positivado ele deverá ser garantido, o que permite o livre desenvolvimento da personalidade. Neste caso, evidente que a hermenêutica jurídica presta um papel de relevância para a defesa destes direitos, como será estudado, no próximo tema deste trabalho.

3.4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DA HERMENÊUTICA JURÍDICA:

Os direitos da personalidade e a dignidade humana são indisponíveis à vida humana. A análise de tais direitos se faz necessária diante da garantia de vida digna e do desenvolvimento da personalidade, e, a filosofia dos direitos e apresenta para a interpretação de tais normas, por meio da hermenêutica jurídica. Esta como ciência preocupa-se, fundamentalmente, em metodizar os processos de interpretação do mundo jurídico.

A terminologia hermenêutica, provém do grego *hermeneuein*, do presente termo, é que surgira o mito de Hermes, que segundo Lênio Luiz Streck, a figura mitológica, representa “um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais” (2017, p. 127). Conforme Streck (2019, p. 10), a hermenêutica tem como tarefa compreender o mundo sensível e adotar-lhe sentido, é da aplicação do texto jurídico ao caso concreto, que este poderá ser compreendido, onde a “hermenêutica responde, e, no direito, a saída está na interpretação construtiva” (STRECK, 2019, p. 10).

A hermenêutica jurídica, é, portanto, uma ciência de fundamentação imprescindível, cuja principal tarefa é construir uma filosofia voltada a interpretar os textos jurídicos, nas palavras de Carlos Maximiliano (2020, p. 17), esta “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito”. Nesta esteira, observa-se que, a hermenêutica jurídica, é mais do que um instrumento que auxilia o direito, e sim, como já anteriormente exposto, diz respeito a uma verdadeira filosofia (OLIVEIRA; STRECK, 2015, *online*).

Indubitável, afirmar que frente as mudanças sociais recorrentes e diárias, o direito se mostra incapaz de trilhar *pari passu* aos casos concretos que surgem a todo momento na sociedade, sendo, portanto, a hermenêutica jurídica imprescindível para garantia de juridicidade digna e com a devida tutela dos direitos de personalidade.

A Constituição Federal de 1988, certamente, representa um marco histórico ao direito brasileiro, vez que, após a promulgação do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a erigir a ordem jurídica do Brasil, instituindo assim, que toda a interpretação realizada

pelos operadores jurídicos deva ser voltada a garantir o presente princípio. A dignidade humana, assume então, a tarefa de guiar as ações hermenêuticas executadas pelos juristas, devendo, portanto, os hermeneutas a cada caso concreto interpretar o ordenamento jurídico com o intuito de defender sobretudo o digno, e consequentemente tutelar os direitos de personalidade.

Conforme Robert Alexy (2011), os direitos fundamentais, a isto se inclui a dignidade humana, além da liberdade e à igualdade, regulam a ordem jurídica de modo aberto, outrossim, abordam os casos concretos controversos da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, de modo aberto. E o princípio da dignidade da pessoa humana tratar-se-á de mandamento “*prima facie*”, ou seja, este exige sua efetivação no maior grau possível diante das situações jurídicas e dos casos concretos que se apresentam (ALEXY, 2011).

Continua o autor, “os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2011, p. 104). Além disso, se aos direitos fundamentais, forem acrescentados os conceitos acerca das finalidades do Estado, a estrutura da democracia, do Estado Social e de Direito, “chega-se a um sistema de conceitos que abarca os conceitos-chave do direito racional moderno, complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX” (ALEXY, 2011, p. 27).

Como já afirmado, a Constituição Federal de 1988, representa um marco ao direito brasileiro, sendo responsável por inúmeras mudanças na atividade hermenêutica dos aplicadores jurídicos do Brasil. Outrossim, vale ressaltar que tais mudanças jurídicas foram alicerçadas após as crueldades perpetradas durante a Primeira e Segunda Grande Guerras, que despertaram a necessidade de se reestabelecer o caráter imprescindível da dignidade humana.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 45), “a teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX”. Continua a autora expondo que, “diversos fatores históricos impulsionaram a participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, o que por sua vez implicou uma ampla reformulação das premissas hermenêuticas até então prevalentes (PEREIRA, 2018, p. 45).

Afirma Miguel Reale (1994) que o direito, é incapaz de se fazer trilhar em compasso com as mudanças que ocorrem na sociedade, que remolda-se dia a dia. Nesta toada, afirma o jurista que, “não há direito sem interpretação, como se sabe, desde que foi revelado o círculo vicioso que se oculta na velha parêmia *interpretatio cessat in claris*, visto como a afirmação de clareza já é o resultado de um ato hermenêutico”. (REALE, 1994, p. 113).

Ensina Gustavo Tepedino (2003), que ao intérprete do direito cabe a missão de ler e interpretar o novelo de direitos personalíssimos positivados nos artigos 11 a 21 do Código Civil à luz da tutela constitucional emancipatória, com o intuito de reconhecer que a Constituição é fundamento e diretriz hermenêutica, que servirão além de parâmetros para o legislador ordinário e para o Poder Público, a proteger o indivíduo contra a ação estatal, são capazes de alcançar também a economia privada, atingindo, assim, as relações contratuais. Assevera, então, Lênio Luiz Streck (2014, p. 243-244) que, a “Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade – é o topos hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico”.

A aplicação hermenêutica e a interpretação jurídica se adequadamente realizadas pelos operadores do direito, são imprescindíveis, para que se garanta dignidade humana, e a proteção dos direitos personalíssimos durante sua atividade hermeneuta. A hermenêutica jurídica necessita então mover-se *pari passu* com a proteção da dignidade e a tutela da personalidade humana, tendo em vista, que o homem é o epicentro de todo ordenamento jurídico.

Conforme Gustavo Tepedino (2003, p. 20 -21):

Para evitar a insuperável objeção, o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais de modo só aparentemente semelhante à técnica do passado, reproduzida inclusive pelo Código de 2002. O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas. Tal é a tendência das leis especiais promulgadas a partir dos anos 90, assim como dos Códigos Civis mais recentes e dos Projetos de codificação supranacional.

Dito isto, evidente que os intérpretes do direito, utilizando-se da hermenêutica jurídica, deverão ponderar os valores e princípios diante do caso concreto, tendo ao momento, como fio condutor a dignidade humana, que deverá ser garantida, tendo em vista que, “o fundamento e o fim de todo direito é o homem [...]”. Vale dizer que todo o direito é feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico”, o homem é assim, “o destinatário final tanto da mais prosaica quanto da mais elevada norma jurídica” (ANDRADE, 2003, p. 316), por este ângulo, ao se garantir a defesa à dignidade humana, consequentemente tutela-se os direitos personalíssimos.

A pessoa humana localiza-se centralmente posicionada perante o direito brasileiro, devendo o hermeneuta jurídico, durante a atividade hermenêutica frente os casos concretos que diariamente lhe aparecem, deverão pautar-se na dignidade humana como fundamento base durante o presente processo. Assim, em que pese, as mudanças recorrentes na sociedade e também na ordem jurídica, o jurista irá se utilizar do trabalho hermenêutico para ponderação *in casu*, tendo como único fim garantir dignidade humana, e consequentemente tutelar os direitos personalíssimos. Como anteriormente já exposto, o hermeneuta jurídico tem como objetivo interpretar e buscar o sentido das normas jurídicas aos casos concretos, que viabilizam o aplicador do direito aprofundar-se nas exigências humanas e sociais, em busca de garantir dignidade e salvaguardar os direitos da personalidade.

Disciplina Ana Paula de Barcellos (2005, p. 2), que “o Judiciário ocupa-se exatamente de ponderar, [...] as provas produzidas (para definir quais fatos ocorreram) e as razões apresentadas pelas partes (para decidir a disposição aplicável ao caso e suas consequências)”. Afirma Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 84), que o aplicador do direito deve reconhecer o ordenamento jurídico como uma máquina dinâmica, como se fosse verdadeiramente viva, em uma coordenação operante produtiva, “como um organismo em perene movimento que, imerso no mundo atual, é capaz de autointegrar-se, segundo um desenho atual de coerência, de acordo com as mutáveis circunstâncias da sociedade”.

Continua o autor:

[...] a interpretação jurídica, como toda interpretação, contém um momento cognoscitivo e uma função normativa, consistente em obter máximas de decisão e ação prática, visto que a interpretação mantém a vida da lei e das outras fontes do direito.

Decerto, constitui uma ilusão acreditar que a disciplina codificada não

apresenta lacunas e que seja direito vivo e vigente tudo o que está escrito no Código, sendo também um grave erro crer que é possível imobilizar o direito e paralisar seu dinamismo com o formalismo na aplicação abstrata da lei. Sendo assim, a interpretação que interessa ao direito é uma atividade dirigida a reconhecer e a reconstruir o significado que há de atribuir a formas representativas do fenômeno jurídico, com base numa estrutura de valorações (SOARES, 2009, p. 84)

O aplicador do direito tem como tarefa primordial, entender e compreender os conceitos essenciais da hermenêutica, e da interpretação jurídica, com o fim de realizar a aplicação da norma, garantir e adequar sua eficácia aos casos concretos. De acordo com Vicente Ráo (1999), as elucidações construídas pelos tribunais jurídicos na ausência de leis, ou mesmo para além das leis, são qualificados para criar um verdadeiro Direito, desde que constantes e uniformes. Ressalta-se, que não são capazes de formular um direito no sentido formal e normativo, (pois a tanto se contrariariam invencíveis razões e conceitos de direito público), mas no sentido de um consenso correspondendo às necessidades sociais. Ainda conforme o autor, o presente direito construído junto ao judiciário, “pouco a pouco se generaliza e confere às soluções assim adotadas uma aplicação constante, que as próprias leis acabam por admitir e consagrar, revestindo-as de caráter obrigatório” (RÁO, 1999, p. 476).

Segundo Ana Paula de Barcellos (2011), durante o processo hermenêutico de elaboração da efetividade jurídicos dos princípios, o aplicador do direito, certamente irá se deparar com conflitos entre normas, ou seja, disposições diferentes que sugerem soluções diversas também, e em grande parte incompatíveis, para um mesmo caso. Igualmente, conforme a autora, ao examinar-se “o sistema jurídico como um todo, alguns enunciados parecem inviabilizar a atribuição de eficácia simétrica a determinado princípio, ao passo que outros parecem exigir essa conclusão” (BARCELLOS, 2011, p. 116).

O hermeneuta a qualquer tempo poderá ser confrontado com normas conflituosas, de caráter valorativo, ou questões políticas em tensão, que não são capazes de serem superadas pela via hermenêutica tradicional de solução de antinomias, e assim, para solucioná-los, faz-se necessário recorrer à técnica de ponderação.

Ingo Wolfgang Sarlet, (2009, p. 66), ressalta que as normas de direitos fundamentais, tratam-se de um campo altamente fértil para a criação judicial, vez que, dizem respeito a normas com certa abertura interpretativa, devido sua

indeterminação e forte carga valorativa dos conceitos que as integram. Desta maneira, ainda nas palavras de Sarlet, “a premissa, mas a norma jurídica (re) formulada pelo próprio juiz a partir da seleção dos preceitos incidentes e da determinação dos significados destes” (2009, p. 67). Consonante a isto, ensina, André Gustavo Côrrea de Andrade, “em todos os casos, caberá ao julgador, na dignidade do exercício de sua função, buscar a defesa e a concretização do princípio constitucional que exige o respeito à dignidade inerente a todo ser humano” (2003, p. 335).

Os intérpretes do direito necessitam da hermenêutica jurídica, quando se deparam com um novo caso concreto, vez que o ordenamento jurídico possui lacunas, ou seja, não o é perfeito. Não é sempre que o texto legislativo enuncia algo sobre o quadro em questão analisado, e muitas vezes a legislação não se enquadra mais com a realidade social, o que certamente, impede que o direito consiga trilhar ao lado das mudanças sociais e jurídicas que ocorrem recorrentemente em sociedade.

Deverão os aplicadores do direito ponderarem as mais diversas situações jurídicas que lhe surgem, por intermédio da hermenêutica jurídica, com o fim de garantir dignidade humana, e tutelar os direitos personalíssimos. Visto isto, a hermenêutica jurídica, exerce um papel fundamental de garantia de direitos, para a salvaguarda de justiça (social), e proteção da dignidade, o que faz-se necessário, um capítulo próprio para seu estudo, que será seguidamente exposto.

4. DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA A EFICÁCIA DE JUSTIÇA:

A análise da hermenêutica e a sua eficácia para a justiça buscará, a priori, a origem da hermenêutica, um breve histórico, acerca do seu surgimento, e como suas construções teóricas desenvolveram-se ao longo do tempo, até compor-se como verdadeiro saber filosófico, e não mais, apenas um conjunto de métodos a auxiliar o Direito. Trata-se de uma Ciência independente, que juntamente ao processo de interpretar, buscam determinar o sentido e o alcance dos textos normativos, perante aos casos concretos específicos. Há de se ressaltar que os conceitos da hermenêutica e interpretação, se diferenciam entre si, mas são essencialmente necessários de maneira correlata, devendo atuar em conjunto no momento da análise *in casu*.

O exame da hermenêutica, buscará na filosofia de Hans-Georg Gadamer, respostas. Qual o papel do intérprete e o objeto a ser interpretado, se estão conectados por um contexto de tradição, equivalendo, assim, a uma prévia compreensão de seus sentidos. Sua hermenêutica filosófica não pretende lograr um conhecimento estritamente objetivo, mas recebe influências dos contextos temporais e históricos, exercidos mutuamente sobre o sujeito e o objeto no processo de compreensão. Demonstrando, também, como a hermenêutica filosófica influenciou nas ciências sociais, e especialmente ao direito.

O estudo teórico acerca da hermenêutica jurídica, se faz relevante, sobretudo, em dar destaque a importância da hermenêutica jurídica, como saber filosófico indispensável à vivência do direito. Portanto, a ciência hermética jurídica, se perfaz imprescindível, para o mundo social e jurídico atualmente, tendo em vista, que a sociedade trata-se de um organismo vivo, pendente a mudanças e transformações constantes em ritmo acelerado, o que impossibilita que o sistema normativo jurídico, consiga acompanhá-las. Caberá então aos aplicadores do direito, utilizando da filosofia hermenêutica, e da interpretação do direito, fazer com que os valores do direito sejam assegurados, perante os casos concretos específicos.

Para melhor entendimento sobre a hermenêutica jurídica e a forma com que correlaciona-se diretamente à garantia de dignidade e justiça. Destacar-se-á que, a dignidade da pessoa humana, representa um valor, que emerge da própria experiência social entre os homens, perpassando pelos influxos do tempo e espaço, é deste movimento que brotam os princípios axiológicos que irão ditar a forma como que esta deverá configurar-se. A justiça é considerada uma das primeiras virtudes das instituições sociais (RAWLS), sendo esta, valor intrínseco ao direito e à existência humana. Todas as pessoas humanas possuem em seu âmago mais interior, a justiça, sendo, portanto, esta impreterivelmente inviolável, o mesmo processo acontece com a Dignidade Humana, devendo, portanto, ambas serem tuteladas simultaneamente pelo direito e seus operadores.

Explicar-se-á, para tanto, à despeito da hermenêutica jurídica como filosofia indispensável às decisões jurídicas brasileiras, para eficácia do direito visando justiça. Deve o hermeneuta, sobretudo, verificar, se é a verdadeira justiça que o guia no momento da aplicação do Direito, ou se tratam-se de pré-

conceitos que o inclinaram neste ou naquele sentido. Por isso, importância da hermenêutica e interpretação jurídica para a garantia de decisões jurídicas justas. Sendo que, uma decisão que não é justa afeta diretamente a tutela dos demais direitos do indivíduo, devendo, então a justiça em última *ratio*, ser certamente assegurada.

4.1. A ORIGEM DA HERMENÊUTICA: UM BREVE HISTÓRICO SOBRE SEU SURGIMENTO E CONSTRUÇÕES TEÓRICAS:

A hermenêutica jurídica, como ciência preocupa-se, fundamentalmente, com a metodização dos processos que envolvem a interpretação do Direito. A palavra hermenêutica, como já exposto, provém do grego *hermeneuein*. Do presente termo, surgira o mito de Hermes, a figura mitológica.

Conforme Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 3), a “palavra grega *hermeios*, referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia* remetem à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes”.

Ainda de acordo com o autor (2010, p. 3), “esta figura mítica era, na visão da antiguidade ocidental, responsável pela medição entre os Deus e os homens. Hermes, a quem se atribui a descoberta da escrita, atuava como um mensageiro, unindo a esfera divino-transcendental e a civilização humana”. Assim, a interpretação artística (*kunstmäßige*) (“hermenéia”) dos poetas se desenvolveu na Grécia a partir da necessidade do ensino (DILTHEY, 1999).

Nas lições de Marcelo Mazotti (2010, p. 1):

A mitologia grega é extremamente simbólica para revelar-nos a semântica originária do vernáculo que estudamos. Ao deus Hermes não cabia a tarefa pura e simples de transmitir ou repassar a mensagem divina, ao contrário, deveria ele realizar um papel ativo em sua tarefa, devendo transformar algo ininteligível em inteligível, compreensível.

Quanto a origem etimológica da palavra hermenêutica, provém esta do verbo grego *hermeneuein*, frequentemente retratado pelo verbo interpretar, e o substantivo *hermeneia*, que se traduz na palavra interpretar. Ambos termos etimológicos, foram responsáveis por dar alento a compreensão da hermenêutica nos tempos modernos. Ao se investigar ambas palavras, e suas orientações básicas, quanto ao seu antigo significado, foram assim capazes de

esclarecer consideravelmente a natureza do interpretar em teologia, literatura e direito (SOARES, 2010).

De acordo com, Karl-Otto Apel (1985, p. 267-268, tradução nossa), “o termo, hermenêutica, como ontologia, semiótica, sistema, entre outros, é um neologismo derivado do grego que surgiu no século XVII e veio substituir, especialmente na teologia protestante, a antiga expressão latina e humanista da arte interpretada⁹”, ainda, conforme o autor, o “termo hermenêutica, como seu sujeito, remete-nos às suas origens gregas”¹⁰ (APEL, 1985, p. 267-268, tradução nossa).

A hermenêutica, na era helenística, era tratada como a arte de interpretar seus poetas, relacionando-se estritamente, com os conceitos de gramática, retórica e dialética, “sobretudo no chamado método alegórico, que permitia conjugar os mitos recebidos da tradição comum. consciência esclarecida por meio da filosofia – especialmente da ética”¹¹.

Conforme, Eduardo Iamundo (2017, p. 21), “durante o período clássico grego a hermenêutica dedicava-se de um modo geral para a interpretação do significado do *logos* ou, então, para a compreensão e interpretação das obras dos dramaturgos”, ao que se sabe da ideia de hermenêutica na Antiguidade Clássica, observou-se, a necessária sistematização dos trabalhos hermenêuticos. Além da terminologia grega acerca da palavra hermenêutica, a teologia cristã, também referenciava-se ao presente termo, mas sua origem, vêm da substituição da expressão latina *ars interpretandi* (a arte da interpretação)¹² (APEL, 1985, p. 267-268, tradução nossa), diferentemente do grego, que pautava-se no mito de Hermes. Neste sentido:

Hermes traz a mensagem do destino. *Hermeneuein* é esse descobrir de qualquer coisa que traz a mensagem, na medida em que o que se mostra pode tornar-se mensagem. Assim, levada à sua raiz grega mais

⁹No original: El término hermenêutica, al igual que ontologia, semiótica, sistema y demás, es un neologismo derivado del griego que apareció en el siglo XVII y vino a suplir, especialmente en la teología protestante, a la vieja expresión latina y humanista de la *ars interpretandi* (APEL, 1985, p. 267-268, tradução nossa).

¹⁰No original: Con todo, el término hermenêutica, igual que su asunto, nos remite a sus orígenes griegos (APEL, 1985, p. 267-268).

¹¹No original: Em cuanto arte de interpretación de los poetas, [...] fue cultivada ya en la época helenística en estrecha conexión con las demás [...] (gramática, retórica y dialectica), sobre todo en el llamado método alegórico, que permitía compaginar los mitos recibidos de la tradición con una conciencia esclarecida por medio de la filosofía – especialmente de la ética (APEL, 1985, p. 269).

¹²No original: [...] a la vieja expresión latina y humanista de la *ars interpretandi* (APEL, 1985, p. 267-268).

antiga, a origem das atuais palavras, hermenêutica e hermenêutico, sugere o processo de tornar compreensíveis, especialmente enquanto tal processo envolve linguagem (SOARES, 2008, p. 90).

Foi na Idade Média que a hermenêutica assumiu novas interpretações. Teólogos judeus, cristãos e islâmicos, usavam da arte da interpretação aplicadas às Sagradas Escrituras¹³ (APEL, 1985, p. 269, tradução nossa). No Medievo, a aplicação hermenêutica, foi utilizada para a interpretação do *corpus iuris canonici* na tradição colocada particularmente a serviço das religiões escritas (APEL, 1985, p. 269, tradução nossa)¹⁴. A exegese bíblica, foi fundamentalmente relevante para o desenvolvimento hermenêutico, no qual, este está conectado à busca pelos significados de textos sagrados, para se compreender a intenção ou a vontade da divindade, como importante para a crença. A hermenêutica, de interpretação bíblica atingiu a sua formulação em razão da reforma protestante, em que pese, os textos bíblicos estarem presos aos dogmas da igreja. (SOARES, 2013).

Conforme Richard E. Palmer (2002, p. 54, tradução nossa), “a compreensão mais antiga e talvez mais difundida da palavra hermenêutica refere-se aos princípios da interpretação bíblica”, explica o autor que, “há uma justificativa histórica para essa definição, visto que a palavra começou a ser usada no uso moderno precisamente por causa da necessidade de estabelecer as regras para a exegese correta das Escrituras”¹⁵.

De acordo com, Eduardo Iamundo, “a preocupação da hermenêutica estava concentrada na interpretação ou, melhor ainda, para a exegese dos textos bíblicos, filosóficos ou do direito” (2017, p. 21). Desta forma, “havia uma diversidade de objetos nesse campo de estudos. A ausência da esquematização ou formatação impedia a apreensão e, por consequência, a definição do objeto de estudo da hermenêutica” (IAMUNDO, 2017, p. 21).

¹³No original: El arte de la interpretaci3n fue tambi3n recibido con este sentido por los te3logos jud3os, cristianos e isl3micos y aplicado a la Sagrada Escritura (APEL, 1985, p. 269).

¹⁴No original: El arte de la interpretaci3n fue tambi3n recibido con este sentido por los te3logos jud3os, cristianos e isl3micos y aplicado a la Sagrada Escritura (APEL, 1985, p. 269).

¹⁵No original: la m3s antigua y quiz3s la m3s extendida comprensi3n de la palabra hermeneutica se refiere a los principios de la interpretaci3n b3blica. Existe una justificaci3n hist3rica de esta definici3n, ya que la palabra empez3 a emplearse con el uso moderno precisamente a ra3z de la necesidad de exponer las reglas para la correcta ex3gesis de las Escrituras (PALMER, 2002, p. 54).

A interpretação dos textos bíblicos, deu origem aos estudos da hermenêutica bíblica ou teológica, ao presente tempo duas escolas se destacaram: a Escola de Alexandria e a Escola de Antioquia:

Entre os cristãos, inicialmente, existiam duas grandes escolas de hermenêutica bíblica: a Escola de Alexandria e a Escola de Antioquia. A primeira, tinha Clemente e Orígenes como seus grandes corifeus. Estes procuravam conciliar a mensagem cristã com a filosofia grega e, para a consumação de tal objetivo, alegorizavam os relatos históricos contidos na Escritura. Enquanto isso, os seguidores da Escola de Antioquia, prestigiando a compreensão mais óbvia dos textos, favoreciam uma interpretação mais literal. Acreditavam que, na Bíblia, existiam alegorias, no entanto, distinguiram a interpretação das Escrituras alegóricas da interpretação alegórica da Escritura (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 34-35).

A partir dos séculos XVI e XVII, recorda, Karl-Otto Apel (1985, p. 269, tradução nossa), que “a hermenêutica passou por um aprofundamento teórico cada vez que as relações com a tradição entraram em crise e a questão da correta interpretação do sentido dos textos transmitidos se instalou nas consciências”¹⁶.

Com o início do movimento Renascentista, as construções e regras acerca da interpretação assumem um novo patamar. É neste momento, mais precisamente junto ao século XVIII, que o racionalismo desenvolve-se, e simultaneamente a filologia clássica frutifica-se, ocasionando um impacto determinante na hermenêutica bíblica. Então, conforme, Palmer (2002, p. 59) “surtiu o método histórico-crítico na teologia. Ambas as escolas de interpretação bíblica, gramatical e histórica afirmavam que os métodos interpretativos aplicados à Bíblia eram precisamente aqueles usados em outros livros”¹⁷.

É neste momento, que traça-se um corte epistemológico na hermenêutica, separando-a da antiguidade clássica e Cristã por meio da linguística, pelas condições de vida e pela nacionalidade. A partir do Renascimento, a interpretação passou por uma transposição, para um novo

¹⁶No original: En los tempos posteriores, la hermenêutica experimentaba una profundización teórica cada vez que las relaciones con la tradición sufrían una crisis y se instalaba en las consciências la pregunta por la interpretación correcta del sentido de los textos transmitidos (APEL, 1985, p. 269).

¹⁷No original: el desarrollo del racionalismo y la llegada simultánea de la filología clásica en el siglo XVIII tuvo una profunda repercusión sobre la hermenêutica bíblica. Apareció entonces el método histórico-crítico en teología. Tanto las escuelas de interpretación bíblica, gramaticales, como las, históricas, afirmaron que los métodos interpretativos que se aplicaban a la Biblia eran precisamente los que se utilizaban para otros libros”¹⁷ (PALMER, 2002, p. 59).

mundo cultural, por meio dos estudos relacionados à gramática, de conteúdo e história, diferentemente do que outrora em Roma.

Esta nova hermenêutica, trata-se, da hermenêutica filológica, esta tem como objetivo ser mais criativa e construtiva, de uma maneira inovadora. Assim, a filologia, a hermenêutica e a crítica entraram em um estágio superior (DILTHEY, 1999). Ao partir deste período, surgiram as mais variadas escolas hermenêuticas, entre as principais, destacam-se, a Escola bíblica, Escola filológica, Escola histórica, e a Escola fenomenológica (MAZOTTI, 2010, p. VII).

Palmer (1999, *apud*, SOARES, 2010, p. 4) assinala que o campo da hermenêutica, passara por fases, conforme o tempo, e de acordo com as condições históricos-sociais, o estudo hermenêutico também se transformara, assim, o autor em sua obra *Hermenêutica*, interpreta as correntes da hermenêutica que se formaram, e as elenca em ordem, mais ou menos cronológicas, até meados da contemporaneidade, quais sejam: tem sido interpretado baseado em correntes de pensamento (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) um teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica da *geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, “simultaneamente recolectivos e inconoclasticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos” (SOARES, 2010, p. 4).

As novas formas em que a filosofia hermenêutica se remoldou, tiveram influência direta das alterações históricas, políticas, filosóficas e jurídicas, de cada momento social, e assim, desenvolveu-se, deixou de ser apenas método auxiliar, passando a ser verdadeira parte da ciência e da filosofia. Não sendo mais apenas aplicada à textos bíblicos ou literários, passando também a ser aplicada, as demais disciplinas, sobretudo, as sociais, o que certamente, afetou diretamente a forma como o direito passou a ser interpretado.

Wilhelm Dilthey (1999, p. 32), ensina que, a hermenêutica deve fundamentar teoreticamente na validade universal da interpretação - sobre a qual se baseia toda a certeza da história - em contraposição à contínua invasão da arbitrariedade romântica e da subjetividade cética no âmbito da história. Concebida na conjunção entre teoria do conhecimento, lógica e metodologia das ciências humanas, esta teoria da interpretação se torna um importante elo de

ligação entre a filosofia e as ciências históricas, ela se torna um elemento principal para a fundamentação das ciências humanas. Ricardo Maurício Freire Soares, formula, uma síntese da evolução da hermenêutica, ao longo dos anos, de forma cronológica:

Com efeito, após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a Idade Médias pelas interpretações agostiniana e tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza filológica. Nos albores do mundo moderno, a hermenêutica volta-se para a sistematização de técnicas de leitura, as quais serviriam à compreensão de obras clássicas e religiosas. As operações filológicas de interpretação desenvolvem-se em face de regras rigorosamente determinadas: explicações lexicais, retificações gramaticais e crítica dos erros dos copistas. O horizonte hermenêutico é o da restituição de um texto, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido. Numa tal perspectiva, o sentido é menos para construir do que para reencontrar, como uma verdade que o tempo teria encoberto” (FREIRE, 2008, p. 93).

A hermenêutica atingiu pela primeira vez o *status* de filosofia somente na modernidade, mais especificamente no romantismo alemão, com F. Schleiermacher. Esse autor – por sinal também teólogo – estabeleceu as bases para se pensar a hermenêutica enquanto *teoria universal do compreender e do interpretar*, desvencilhando-a daqueles saberes dogmáticos que a impulsionaram no contexto do século XVII (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*).

Friederich Schleiermacher, então, eleva a hermenêutica, ao título de filosofia, passando esta ser uma ciência que busca interpretar e compreender o mundo, dando-lhe significado, decifrando as situações sociais, possibilitando seu conhecimento. É a visão assumida por Heidegger, e desenvolvida por Gadamer, seu discípulo, este é, quem efetivamente, estabelece e firma os conceitos, em suas obras, de que a hermenêutica, é sim filosofia.

Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2015, *online*) ensinam que, no início do século XIX, com o advento dos estudos da teologia protestantismo pelo teólogo Friedrich Schleiermacher, aconteceu a utilização da hermenêutica como fonte aos saberes humanos. Depois do falecimento deste, a hermenêutica que era teológica, enfraqueceu, e, somente no final do século XIX o filósofo Wilhelm Dilthey, começou a vislumbrar na hermenêutica o fundamento para o conhecimento como experiência concreta, histórica e viva. Surge então a interpretação por meio da filosofia, que se vale da história, da religião e da arte, levando os estudos humanísticos à realidade humana. Com isso houve a

ampliação do horizonte da hermenêutica como experiência personalíssima de cada pessoa.

Pode-se, então, observar, que a hermenêutica remoldou-se ao longo do tempo, sendo que sua origem se divide entre o entendimento latino, e o entendimento grego, este proveniente ao mito de Hermes. Posteriormente, a hermenêutica objetivou-se a interpretar essencialmente os textos bíblicos, mais conhecido por hermenêutica teológica. Finalmente depreendeu-se, que a hermenêutica atingirá, apenas no modernismo seu reconhecimento como filosofia, na teoria de Friedrich Schleiermacher. Atualmente a hermenêutica perfaz em três vias como ciência do *interpretar*, teológico, filológico e jurídico. Sendo a hermenêutica, filosofia do *interpretar*, imprescindível se faz desvencilhar ambos conceitos, como será visto no capítulo seguinte.

4.1.1. A hermenêutica e a interpretação:

A hermenêutica e a interpretação, em que pese, tratem-se de conceitos distintos, possuem diversas características que, aproximam os termos, e demonstram a interrelação entre os mesmos. Importante, portanto, se faz demonstrar a construção destes, e a forma como se definem, sobretudo, com o intuito de delinear os traços da filosofia hermenêutica, e como a interpretação atua, nesta ciência.

Conforme Francisco Meton Marques de Lima ([s.d.], n.p.), a interpretação está contida na hermenêutica, desde que esta pode ser definida como “a teoria ou filosofia da interpretação do sentido”, a hermenêutica possui, então um sentido mais profundo, que a interpretação. Etimologicamente a palavra “interpretação” provém do termo latino (*inter-penetrare*), o qual significa, penetrar mais para dentro. O presente significado, deve-se às atividades religiosas de feiticeiros ou mesmo adivinhas, que analisavam a parte interior, e as entranhas de animais mortos, como uma espécie de adivinhação, para se prever o destino das pessoas, e possíveis respostas (SOARES, 2013).

Quando se fala em interpretação, deve-se ter por certo, que tudo no mundo é, em algum momento interpretado. Assim, em sentido *lato sensu*, interpretar, incorpora, toda e qualquer tradução que os sujeitos fazem de fenômenos naturais, ou mesmo culturais, quanto, interpretar em *stricto sensu*, significa estipular o sentido e o alcance das expressões. Por outro lado, a

hermenêutica, possui a tarefa de compreender só (mas de todo) do patrimônio cultural (não do natural) dos homens. Exemplifica-se, uma pedra, apenas em seu estado natural, não dispõe de interesse hermenêutico, mas no momento em que o homem a toca, atribui a pedra uma utilidade, ou mesmo lhe manifesta algo, dando-lhe valor cultural, passando a ser objeto de estudo da hermenêutica. Diante disto, a hermenêutica exerce um papel mais amplo que a interpretação, mas ambos termos são estritamente vinculados em suas funções. Onde a hermenêutica metodiza as funções interpretativas (LIMA, [s.d.]).

De acordo, com Lênio Luiz Streck, a sociedade antiga clássica, nunca soube o que os deuses diziam, qual mensagem estes queriam passar, daí a figura de Hermes, pois este era o mensageiro dos deuses, e tinha como tarefa, transmitir o que os deuses diziam. E assim, o autor questiona, “que podemos nós, contemporâneos, compreender do modo como os gregos enxergavam a relação dos homens com os sentidos? ”, onde posteriormente, ele mesmo conclui, que existir, e interpretar, compõem representam duas faces de uma mesma moeda, o homem não possui saídas, este enquanto ser no mundo, está condenado a interpretar (STRECK, 2019, p. 7).

De acordo com Lima (LIMA, [s.d.], n.p.), “a interpretação (interpretativo – *interpartes*) opera do homem para o homem, feita por um terceiro neutro”. Já “o objeto da hermenêutica é o agir, com sentido. A hermenêutica busca o sentido, não só o conceito, de algo para a vida humana. A hermenêutica é ciência da compreensão (com-preensão = juntar coisas opostas), que visa a conciliar coisas opostas [...]”.

Segundo Hans George Gadamer, ao longo do tempo, a arte do compreender e do interpretar desenvolveu-se por dois caminhos distintos: O teológico e o filológico, “a hermenêutica teológica a partir de sua defesa de compreensão reformista da Bíblia contra o ataque dos teólogos tridentinos e seu apelo ao caráter indispensável da tradição”, e, para o autor “a hermenêutica filológica apareceu como instrumental para as tentativas humanísticas de redescobrir a literatura clássica” (GADAMER, 1997, p. 273-274).

Sabe-se que, o ser humano, a todo momento está interpretando, seja interpretando as situações em que se depara, seja interpretando seus sentimentos, seja interpretar algo que está lendo, portanto, ser, humano, significa que a todo momento está fadado a interpretar.

Carlos Maximiliano (2020, p. 9), ensina que, “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”, e complementa, “[...] porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio”. Marcelo Mazotti (2010, p. 9), sobre a hermenêutica e interpretação, expõe que, vários autores conceituam a hermenêutica como a arte de interpretar, ou como a ciência cujo o objeto é a determinação do sentido de um texto. A verdade é que a hermenêutica e interpretação possuem um substrato semântico comum que faz referência a dizer explicar e traduzir.

Francisco Meton Marques de Lima ([s.d.], n.p.), ensina:

Hermenêutica, na sua forma verbal (*hermeneuein*) sugere três significados: exprimir ou dizer, explicar e traduzir, que são expressos pelo verbo português interpretar. Assim, transpondo para a linguagem jurídica, dizer o Direito seria impor, ditar a regra; explicar seria a interpretação *stricto sensu*; e traduzir seria a verbalização da linguagem técnica para o nível de compreensão geral, do tempo na história, da mudança de significado da linguagem [...]. É previsível alertar que a cadeia interpretativa é bem mais ampla: há o mundo do texto primitivo, o do que o interpreta, o do que o transmite e a mensagem que o destinatário apreende. Quanto mais antigo o texto, maior essa cadeia. E esse regresso à origem e o retorno de lá para cá, mapeando a geografia, os costumes, a linguagem, as tradições, a ‘história agindo’, as catástrofes... são tarefas hermenêuticas.

De acordo com Lima ([s.d.]), a filosofia, assumiu daqueles que interpretam leis, principalmente os estudos religiosos, dando forma a ciência hermenêutica, e, por meio disto o desenvolveram os métodos hermenêuticos, pelo qual é pretendido, preencher as lacunas deixadas pela metafísica, e, assim, amenizar qualquer crise, de fundamentação do conhecimento. Observa-se, então, que a hermenêutica, trata-se de uma verdadeira superciência da interpretação (BETTI, 1956, *apud* SOARES, 2010). Assim, “interpretar é, pois, aplicar a norma ao caso concreto obtendo-se a resposta correta e adequada ao Estado Democrático de Direito” (FERREIRA, MORAES, 2013, n.p.).

Observa-se que, após um determinado período, a hermenêutica e a interpretação, passaram a trilhar um mesmo percurso, onde, não por poucas vezes, há uma intersecção entre os presentes institutos, mas depreende-se, que a ciência hermenêutica ocupa uma posição de arcabouço para todos os espectros da interpretação.

Dispõe, Marcelo Mazotti (2010, p. 8) que, “ao que tudo indica, o vocábulo, hermenêutica, apesar de ter raízes na Antiguidade, apenas começou a ser utilizado recentemente, a partir do surgimento dos estudos de interpretação bíblica no séc. XVII”.

Leciona, Lênio Luiz Streck (2019, p. 12), que “o Hermeneuta terá que buscar a resposta, investigando a raiz do problema. Ele terá que fazer isso de um modo que o próprio fenômeno fique descascado e que ele se “desvele””. Diante disto, “todo ato de recepção, em linguagem, em arte e em música é um ato de interpretação. Ler e aplicar é interpretar. Quando lemos – prosa, poesia, texto de lei –, procuramos compreender aquilo” (STRECK, 2019, p. 19).

Percebe-se então, que todo ato de recepção, seja, na linguagem, arte, ou na música, trata-se de um ato de interpretação. Ao interpretarmos, realizamos uma leitura e aplicação dos conceitos. Ao se ler textos literários ou jurídicos, busca-se compreender o sentido daquilo que se propõe-se, dá-se então aos presentes conceitos, uma interpretação inteligível, atribuindo então, um lugar ao mundo, que já nos era mundo (STRECK, 2019, p. 19-20).

Lênio Luiz Streck, também, (2019, p. 8-9), em sua obra, Compreender direito – hermenêutica, disciplina a arte de interpretar, senão veja-se:

Não há uma cisão entre aplicar e interpretar, porque, afinal, “interpretar” é (também) apreender, explicar, traduzir, comparar, aplicar, representar; interpretar pressupõe uma intenção de significados, de possibilidades. Em todos os momentos, aplicamos a diferença. Quando olhamos para algo, essa coisa já nos aparece “enquanto algo”. Assim acontece na interpretação/aplicação do Direito. Quando me a uma lei, o seu sentido – que me é sempre antecipado pela pré-compreensão – já me proporciona o sentido, que me é possibilitado pela diferença ontológica.

Vicente Raó (1999, p. 456), diferencia a hermenêutica, da interpretação, de acordo com o autor, “a Hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação;”, de outro lado, Lênio Luiz Streck, diz: a “interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente estes princípios e estas leis científicas”. Deve-se ter, como certo, que a atividade interpretativa, não deve ser feita de forma livre quando se atribui sentidos aos textos. Estará o intérprete

sempre atrelado as amarras da tradição, que lhe exerce constrangimento (2019, p. 9).

Interpretar, portanto, é explicitar aquilo que se compreende. É tudo aquilo que se pode compreender, e que em algum momento se expõe ao mundo; a interpretação, faz, então o papel de relacionar as palavras com o mundo, desvelando-o. Se algo é compreendido, logo, foi interpretado, e este algo deve ser comunicado ao mundo, através das palavras, devendo essas serem verdadeiras.

É por esta razão, ensina Streck (2019, p. 21), que “a hermenêutica não nega importância da argumentação. Sempre interpretamos. Sempre argumentamos. Precisamos argumentar”. Conforme, Ricardo Freire Soares, “a interpretação não deve limitar-se em um reconhecimento meramente contemplativo do significado próprio da norma considerada em sua abstração e generalidade”, expõe o autor que, “a tarefa de interpretar que afeta ao jurista não se esgota com o voltar a conhecer uma manifestação do pensamento, mas busca também integrar a realidade social em relação com a ordem e a composição preventiva dos conflitos de interesses previsíveis” (SOARES, 2008, p. 101).

Nas lições de Freire (2008, p. 92):

O vocábulo - hermenêutica será utilizado, no presente trabalho, para designar um saber que procura problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e o escopo da interpretação humana, nos planos artístico, literário e jurídico. Por sua vez, a prática interpretativa indicará uma espécie de compreensão dos fenômenos culturais, que se manifesta através da mediação comunicativa estabelecida entre uma dada obra – como, por exemplo, o sistema jurídico – e a comunidade humana.

Para Norberto Bobbio (2006), a atividade interpretativa, não se restringe a interpretar os textos jurídicos, sendo esta utilizada, para apreender as Escrituras Sagradas, interpretações arqueológicas, literárias ou mesmo musicais. Assim, conforme o autor, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”. Vale ressaltar, que consoante ao jurista, o direito, trata-se de um dos campos em que a atividade interpretativa mais se desenvolveu, e se organizou.

O direito, é constituído, segundo Norberto Bobbio (2006, p. 213), “por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas, etc.) que

exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador, que pôs as leis contidas em tais textos”.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 17), “toda atividade interpretativa tem de visar, na ordem, aquilo que é compreensível, isto é, inteligível em sentido concreto. Destarte, pode-se dizer que um sistema (econômico, político, jurídico) constitui uma ordem, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto”.

O hermeneuta busca suas respostas investigando a raiz do problema a qual se depara. O intérprete, então, analisará o fenômeno, até que este fique desvelado, que seu significado seja verdadeiramente exposto.

Para Lênio Luiz Streck, “todo ato de recepção, em linguagem, em arte e em música é um ato de interpretação. Ler e aplicar é interpretar” (2019, p. 19). Assim, “o texto, enquanto objeto hermenêutico, figura como a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico” (SOARES, 2008, p. 96).

O movimento de interpretação, portanto, deverá revelar, qual a intenção que guiou o intérprete no momento em que toma a decisão, possibilitando se atingir o significado da conduta humana (SOARES, 2008). “A riqueza da experiência humana possibilita ao hermeneuta internalizar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior e, portanto, compreendê-la” (SOARES, 2008, p. 96). Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (*Sinngebung*) [...] (STRECK, 2014).

Nota-se, portanto, que a hermenêutica e a interpretação, são conceitos que se distinguem, não obstante, possuem uma evidente correlação, que lhes é intrínseca, vez que, como já debatido, a hermenêutica trata-se de uma superciência da interpretação. Ou seja, a hermenêutica e interpretação, se alinham no processo hermenêutico, e são indispensáveis quando do momento de compreensão a aplicação dos textos por seus intérpretes. Importante, destacar, que fora a hermenêutica filosófica construída por Hans-Georg Gadamer, que influenciou diretamente a construção teórica da hermenêutica jurídica, e o reconhecimento da hermenêutica como filosofia, o que será abordado ao longo do próximo tópico.

4.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA:

A hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-George Gadamer (1997), influenciou e influencia significativamente a construção, da ciência hermenêutica jurídica, sendo, portanto, fundamental, para o presente trabalho, realizar o estudo da hermenêutica gadameriana. Nascido em 11 de fevereiro de 1900, na cidade de Marburgo, na Alemanha, Hans-Georg Gadamer foi determinante as pesquisas acerca da hermenêutica na contemporaneidade.

Gadamer, defende a existência de uma hermenêutica filosófica, onde o intérprete e o objeto de compreensão, ligam-se por um contexto de tradição, correspondendo a uma prévia ideia sobre a compreensão. Para o autor não se há pretensão em alcançar conhecimento objetivo, metodológico – como imperava nas teorias hermenêuticas anteriores –, Gadamer almejava explicar e descrever a vida humana no aspecto, histórico-temporal, sendo a hermenêutica, portanto, um conhecimento filosófico.

O início do século XIX, foi marcado pelo fluxo intenso de estudos sobre teologia, sobretudo por meio das pesquisas realizadas pelo teólogo Friedrich Schleiermacher, assim, a hermenêutica passou a servir de fonte aos saberes humanos. Com o seu falecimento, a corrente hermenêutica bíblica, enfraqueceu. É, somente no final do século XIX, que o filósofo Wilhelm Dilthey, passa a mudar a forma como a hermenêutica é vista, atribuindo à presente filosofia o elemento de historicidade (STRECK, OLIVEIRA, 2015).

Palmer interpretando as ideias de Dilthey, ensina que, “uma ciência pertence às humanidades, apenas se seu objeto nos for acessível por meio de um procedimento baseado na relação sistemática entre vida, expressão e compreensão”¹⁸ (2002, p. 137, tradução nossa). Para Palmer, “essa fórmula experiência-expressão-compreensão é muito mais do que autoexplicativa, pois cada termo tem um significado bastante diferente em termos da filosofia de vida de Dilthey”¹⁹ (2002, p. 137, tradução nossa).

Richard E. Palmer, então, expõe que, para Dilthey, “a hermenêutica adquire uma nova e maior importância: ela se torna, não apenas uma teoria da

¹⁸No original: una ciencia pertenece a las humanidades, dice Dilthey, sólo si su objeto es accesible para nosotros mediante un procedimiento basado en la relación sistemática entre vida, expresión y comprensión. (PALMER, 2002, p. 137).

¹⁹No original: esta fórmula experiencia - expresión - comprensión es mucho más que autoexplicativa, ya que cada término presenta um significado bastante distinto en términos de la filosofía de la vida de Dilthey (PALMER, 2002, p. 137).

interpretação do texto, mas de como a vida se revela e se expressa nas obras”²⁰ (PALMER, 2002, p. 137, tradução nossa), renovando de forma considerável a hermenêutica geral, adicionando à esta, o horizonte da historicidade, que será desenvolvida posteriormente por Heidegger²¹ (PALMER, 2002, p. 157, tradução nossa).

A partir disto, iniciam-se os estudos para construção de uma hermenêutica pautada em um contexto filosófico, ensejando pesquisas de caráter humanístico à realidade humana. Surge então a interpretação por meio da filosofia, que se vale da história, da religião e da arte. Diante disto, houvera a ampliação do horizonte hermenêutico como uma experiência personalíssima de cada pessoa humana.

Hans-Georg Gadamer, propôs a construção de uma hermenêutica filosófica. Sua teoria difere-se, daquilo que Schleiermacher e Dilthey projetaram em suas obras. Para Gadamer, a universalidade da hermenêutica se ampara na linguagem e em sua dimensão existencial, e não sob um ângulo formal-metodológico (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*). Gadamer, desenvolve a visão hermenêutica trabalhada por Martin Heidegger. Gadamer, não propunha em sua teoria estudar objetificação da compreensão, mas, sim, a interação entre os sujeitos e objetos, inseridos em um contexto temporal e sociocultural, onde tais conceitos interferem-se entre si no processo de compreensão.

Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2015, *online*), expõem que, “na visão de Gadamer, destacam-se: a reabilitação da autoridade da tradição; a valorização dos pré-conceitos para o acontecimento da compreensão; e a distância temporal como fator determinante para o desenvolvimento de horizontes interpretativos mais adequados”.

A hermenêutica filosófica Gadameriana, se ampara em três pilares fundamentais para construção de sua teoria, quais sejam, a tradição, a linguagem e compreensão, num espectro de universalidade entre os termos. A compreensão, para Gadamer, “vai do todo à parte e desta ao todo” (GADAMER, 1997, p. 436), assim, o círculo hermenêutico gadameriano, pressupõe uma

²⁰No original: la hermenéutica adquiere una nueva y mayor importancia: se convierte, no sólo en teoría de la interpretación del texto, sino de cómo la vida se revela y se expresa en las obras (PALMER, 2002, p. 137).

²¹No original: pero Dilthey renovó el proyecto de una hermenéutica general y avanzó en él de forma significativa. Lo colocó en el horizonte de la historicidad [...] (PALMER, 2002, p. 157).

regra hermenêutica, onde tem-se de “compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo” (GADAMER, p. 436).

Para o Gadamer, “o círculo, portanto, não é de natureza formal”. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete” (1997, p. 439). Assim, a guia para compreensão de um texto, é a antecipação de seu sentido, não sendo um ato de subjetividade por parte daquele que interpreta, já que, se “determina a partir da comunhão que nos une com a tradição” (GADAMER, 1997, p. 439).

Hans Georg-Gadamer, trouxe um novo paradigma para a hermenêutica, com sua construção hermética filosófica. O filósofo apresenta, uma relação circular, e também dinâmica entre todo e a parte, o que possibilita estruturar a compreensão. Gadamer, valoriza o sentido ontológico-existencial do compreender, preocupa-se, assim menos com o método (ZENNI, 2018).

A hermenêutica contemporânea, principalmente aquela que advém de Gadamer, “é antitética à subjetividade assujeitadora do mundo e abre o problema da interpretação, inclusive aquela que se ocupa do material jurídico, para os caminhos da intersubjetividade” (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*). Conforme, Ernildo Stein (2014, p. 212), “Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixando de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da história”. Portanto, “[...] a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido” (STEIN, 2014, p. 212).

Ensina Hans-Georg Gadamer (1997, p. 405) que: “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés”. E complementa: “Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão”.

Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que este, ele diga alguma coisa por si mesmo. Por isso, uma consciência formada hermeticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para

a alteridade do texto. Mas “essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes”. E conclui: “O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com suas próprias opiniões prévias” (GADAMER, 1997, p. 405).

A reflexão da teoria hermenêutica Heideggeriana, constrói-se na realização da interpretação compreensiva, levando-a, então, à um sentido ontológico positivo. A intenção de Heidegger então era introduzir, “além do nível do ente e do outro nível, ligado ao ser, um terceiro nível do *ser-aí*, conduzia à ideia da compreensão do ser” (STEIN, 2014, p. 211). Por outro lado, Gadamer, se opunha à ideia de Heidegger, quanto ao uso da fenomenologia hermenêutica para os pensamentos de compreensão do ser (STEIN, 2014). Hans Georg-Gadamer, abrange em sua teoria hermenêutica, o conceito de facticidade, mas não acolhe a questão transcendental. Assim, se Heidegger em seu projeto de compreensão visava alcançar ao problema do ser, em nível transcendental, compreendido na analítica existencial, Gadamer, inova, e desenvolve sua teoria, em um “projeto que procura recuperar a historicidade do mundo vivido” (STEIN, 2014, p. 212).

Para a hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer, o intérprete e o objeto de interpretação, conectam-se em um contexto de tradição, tanto o texto interpretado, como quem o interpreta, estão sujeitos à uma prévia compreensão, dada pela tradição e historicidade, das quais não consegue se desvincular. Sua hermenêutica filosófica, não pretende alcançar um conhecimento objetivo, mas almeja fundamentalmente, explicar e descrever a vida humana, em sua forma histórica-temporal.

Ernildo Stein (2014, p. 224), explica que a hermenêutica filosófica, desenvolve uma teoria, “que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana do mundo vivido. Gadamer trata, em seu livro, de três aspectos principais de uma análise muito mais ampla que são o acontecer da verdade na arte, na história e na linguagem”. Assim, a hermenêutica filosófica, procura conectar o presente interpretado, com o

passado, busca assim, o atual da cultura, com os conceitos que asseguram a tradição, em que se fundem no horizonte hermenêutico (ZENNI, 2018).

Afirma Hans Georg-Gadamer (1997, p. 447-448):

Nada além do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendido. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Tornará conscientes os próprios preconceitos, que a guiam na compreensão, com o fim de que a tradição se destaque, por sua vez, como opinião diferente, dando-lhe assim o seu direito. É claro que destacar um preconceito implica em suspender sua validade. Pois na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como juízo. Como poderia então ser destacado? Conseguir pôr um preconceito diante dos olhos é impossível, enquanto este estiver constante e desapercebidamente em obra, porém somente quando, por assim dizer, ele é atraído por estímulo. Esse estímulo procede precisamente do encontro com a tradição. Pois o que incita à compreensão deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade. Já vimos, que a compreensão começa aí onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que ela exige com isso: a de suspender por completo os próprios preconceitos. Porém, a suspensão de todo juízo e, a fortiori, de todo preconceito, visto logicamente, tem a estrutura de pergunta.

Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2015, *online*), interpretando a hermenêutica Gadameriana, afirmam que, “a subjetividade cede o lugar de protagonista para a tradição e para uma consciência que se sabe produto dos efeitos da história”. O intérprete não necessita superar, a carga pré-compreensiva de pré-conceitos, ou mesmo a distância temporal que o separa do texto interpretado, poderá aquele se aliar a tais conceituações no momento interpretativo (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*). Compreender, então, integra o ser, e o faz pessoa humana.

Segundo Alessandro Váler Zenni, “partindo do *dasein* heideggeriano, o ser do homem no mundo (ser aí), em direção à vereda transcendente do *ser-para* na finitude de seu ser, a história, a existência estariam na mesma pré-compreensão e a pré-ocupação, compreender, trata-se, de um modo de ser da existência humana” (ZENNI, 2018, p. 151). Compreender, então, sua posição no mundo e para o mundo, é o que torna o ser, pessoa universalmente considerada, o ponto de início da ação empírica, corresponde uma pré-compreensão de mundo, e isto tudo será devidamente reproduzido na linguagem (ZENNI, 2018).

Atualmente, a hermenêutica assumira um novo contexto, de maior destaque, e aplicação, sendo maior que apenas um conjunto de métodos que

auxiliam o intérprete na compreensão dos textos. A filosofia hermenêutica, passa então a exercer uma forte influência e destaque, na área do direito, uma vez que, exige do hermeneuta que este atrele o ato de pré-compreensão, ao momento interpretativo, ampliando, assim, o círculo hermenêutico.

Para Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2015, *online*), a hermenêutica contemporânea, trata-se de verdadeira filosofia, não correspondendo mais à uma disciplina acessória, como por exemplo, Carlos Maximiliano, expunha em sua teoria, em termos gadammerianos, a hermenêutica, encontra-se vinculada à própria existência e sua vinculação com a linguagem. Não obstante, conforme Alessandro Váler Zenni (2018, p. 151-152), “é o texto, a linguagem escrutada, o centro da hermenêutica filosófica de Gadamer, malgrado as sucessivas perguntas e respostas do hermeneuta pelo tegumento cultural nele enxertado dar características genuínas ao método, figurando como vero diálogo”.

Conforme Richard E. Palmer (2002, p. 265-266, tradução nossa):

A concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é do mesmo alcance universal da razão e da linguagem. A especulatividade, se profundamente entendida, não é apenas a chave para a compreensão da hermenêutica de Gadamer, mas o verdadeiro fundamento de suas demandas por universalidade. Compreender, diz Gadamer, é sempre um acontecimento histórico, dialético e linguístico, tanto nas ciências como nas humanidades e até na cozinha. Hermenêutica é a ontologia e fenomenologia da compreensão.²²

A hermenêutica gadammeriana, certamente, baseia-se nos elementos da tradição e da historicidade, que influência diretamente, o texto objeto de análise, e aquele que o interpreta. Gadamer, eleva a hermenêutica, transportando-a, à posição de filosofia, e não apenas, como um conjunto de ferramentas que buscam auxiliar a interpretação, a hermenêutica passa, então, a assumir uma concepção de sentido de todo real.

Os princípios que formam a unidade da compreensão, dos preconceitos positivos, da proeminência da linguagem, do caráter onipresente da tradição e

²²No original: La concepción especulativa del ser que se encuentra en la base de la hermenéutica es del mismo alcance universal que la razón y el lenguaje. La especulatividad, si se entiende profundamente, no es sólo la clave para entender la hermenéutica de Gadamer, sino el verdadero fundamento de sus exigencias de universalidad [...]. La comprensión, dice Gadamer, es siempre un acontecimiento histórico, dialéctico y lingüístico, tanto en las ciencias como en las humanidades e incluso en la cocina. La hermenéutica es la ontología y fenomenología de la comprensión (PALMER, 2002, p. 265-266).

da verdade como desocultamento recorrente da construção de perguntas. São todos estes conceitos, responsáveis por moldar uma nova forma de ver o mundo, e que influenciou decisivamente as ciências humanas, incluindo-se o direito (HERINGER JÚNIOR, 2013).

Evidente a relevância da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, ao direito, os estudos hermenêuticos jurídicos. Seguindo os passos de Heidegger, Gadamer, elevou a hermenêutica ao posto de ciência e filosofia, o que até então, não se estabelecia, isso transformou a forma como a hermenêutica apresenta-se, trazendo para o contexto, o horizonte de historicidade e de tradição, deram um novo olhar sobre a filosofia hermenêutica, uma nova forma de ver o mundo, e as ciências, o que certamente influenciaria o direito, e a hermenêutica jurídica, que será estudada, de maneira mais detalhada no seguinte subcapítulo.

4.3. A HERMENÊUTICA E O DIREITO: ESTUDO TEÓRICO ACERCA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA:

A hermenêutica jurídica trata-se de verdadeira filosofia, e, na contemporaneidade firmou-se como Ciência, e não apenas como disciplina acessória à interpretação de textos jurídicos. Certamente, nem sempre foi assim, não obstante, na Idade Contemporânea, a hermenêutica Gadameriana, remoldou as formas como os estudos hermenêuticos se desenvolveram ao longo dos dois últimos séculos.

Segundo Lênio Luiz Streck (2017, p. 109), “partir da hermenêutica filosófica, a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método e passa a ser Filosofia. Consequentemente, na medida em que a Filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento”.

Hans-Georg Gadamer, apresenta um panorama historiográfico da hermenêutica romântica, afirma o filósofo, que a arte da compreensão e da interpretação, desenvolveu-se em duas vias, a teológica e a filológica, “a hermenêutica teológica a partir de sua defesa de compreensão reformista da Bíblia contra o ataque dos teólogos tridentinos e seu apelo ao caráter indispensável da tradição” (1997, p. 273). Por outro lado, afirma o autor, que a hermenêutica filológica, “apareceu como instrumental para as tentativas

humanísticas de redescobrir a literatura clássica” (1997, p. 274). Apesar, do caminho duplo perquirido pela hermenêutica teológica e filológica, ambas, buscam terreno na tradição, “tanto para a literatura como para a Bíblia pôr a descoberto o sentido original dos textos, através de um procedimento de um procedimento de correção quase artesanal [...]” (1997, p. 274).

A hermenêutica, como questão teórica autônoma, dá início às suas primeiras construções, durante o renascimento e ganha destaque com a reforma protestante, e ao momento de recepção do direito romano (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*). Ressalta-se que, a literatura clássica recorrentemente se fez presente na cultura e no conhecimento humano, no entanto, os conhecimentos do mundo cristão, moldou-a por completo, desta forma, a Bíblia Sagrada, tornou-se leitura constante nas igrejas, onde a reforma protestante colaborou com esta nova forma de interpretação dos textos bíblicos (GADAMER, 2015).

De acordo com Rafael Tomaz de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2015, *online*), a partir do momento, em que a hermenêutica perfaz-se como teoria autônoma, três correntes, de estudos hermenêuticos, destacam-se, entre a “hermenêutica *sacra* (arte de interpretar as Sagradas Escrituras)”; a “hermenêutica *juris* (que cuida da arte de interpretar corretamente os textos jurídicos)”; e a “hermenêutica *profana* (também chamada de filológica, considerada a arte de interpretar os textos clássicos da literatura)”.

Gadamer, como anteriormente exposto, exerceu forte influência para o desenvolvimento da hermenêutica, como filosofia, outrossim, as teses por ele defendidas foram fundamentais para hermenêutica jurídica atual. O giro hermenêutico construído pelo filósofo, repercutiu fortemente no direito, a partir desta virada proposta por Gadamer a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não como um conjunto de métodos ou ferramentas auxiliares para o descobrimento de axiomas jurídicos, mas como filosofia.

A hermenêutica não é método, trata-se, sim de filosofia, o processo de interpretação realizado pelos aplicadores do direito, a linguagem não é mais entendida como um terceiro aspecto que se põe entre o sujeito e o objeto. A linguagem, assim, não é uma ferramenta, é experiência do mundo. O intérprete então, inserido no mundo, e na linguagem que o compõe, irá compreendê-lo a partir da tradição, do momento hermenêutico. O intérprete dos textos jurídicos está preso ao contexto da tradição, do qual, não consegue desvincular-se, desta

forma, toda vez que compreende e interpreta o texto jurídico gera novos sentidos, sendo impossível reproduzi-los, sempre se atribui (novos) sentidos (STRECK, 2014).

Lênio Luiz Streck (2014, p. 105-106), interpretando a hermenêutica filosófica Gadameriana e sua influência à hermenêutica jurídica moderna, ensina:

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do Direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). Isso ainda está presente até hoje no âmbito da interpretação e aplicação do Direito. Como se fosse possível primeiro o intérprete ter acesso a uma realidade nua e crua e depois a ela (ou sobre ela) colocasse um sentido. Tudo isso ainda a ser complementado pelo “momento” em que o intérprete passa a verificar a compatibilidade desse fato à lei. Entre vários problemas que esse fatiamento epistêmico representa, tem-se que a impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos. Ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.

A virada hermenêutica que ocorrera no século XX, aponta o presente século como a verdadeira “era da hermenêutica”. O século XX marca uma era em que estrutura temática da Teoria do Direito, exerce uma espécie de recepção das reviravoltas ocorridas nas áreas da linguagem, do fundamento, e da ontologia, para tanto, baseia-se e estrutura-se, na filosofia hermenêutica de Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Gadamer (STRECK, 2014).

Conforme Lima ([s.d.], n.p.), a hermenêutica jurídica, não se limita à um sistema de regras de interpretação, é muito mais do que apenas isto, sua qualidade holística, “unificadora da experiência com o conhecimento e a crítica adjudica uma indispensável interdisciplinaridade”, nesta via “a hermenêutica especificamente jurídica compreende toda a experiência e o conhecimento jurídicos, bem como a crítica e o compromisso com o progresso moral da sociedade”.

De acordo com Lênio Luiz Streck (2019), a palavra da lei não se basta, ela necessita das coisas que a referem. O direito não se resume ao texto de lei, portanto, o texto da lei, sem facticidade, não é norma (Friedrich Muller), acrescenta, Streck, que além disto, entre o texto da lei e a norma (o seu sentido), há uma diferença, chamada pelo autor, interpretando Heidegger, de que “diferença ontológica”. Para Brochado (2011, p. 230), a “hermenêutica jurídica tem por fim encontrar padrões de justificação racional para interpretações coadunadas com textos e contextos postos em relação, papel a ser desempenhado pelo intérprete da lei”.

A hermenêutica jurídica, é, portanto, “o caminho de ingresso no interior do significado da lei por um terceiro intermediário que aproxime, compreenda e concilie as partes, pondo fim ao conflito de modo justo” (BROCHADO, 2011, p. 230). Dito, isto, é evidente, que o direito não é direito, sem a hermenêutica jurídica como filosofia a ser utilizada por seus intérpretes e aplicadores, ao interpretarem e compreenderem os textos jurídicos, principalmente diante da dificuldade que o direito encontra para caminhar *pari passu* com a sociedade.

Para Lênio Luiz Streck:

[...] fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o texto de soslaio, rompendo-se tanto com uma hermenêutica jurídica tradicional-objetificante como de um subjetivismo advindo do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com essa (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível de um determinado texto, e não a reconstrução do texto advindo de um significante-primordial fundante. Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta/intérprete (evidentemente, a partir de sua inserção no mundo através da intersubjetividade, isto é, “intérprete”, aqui, não significa solipsismo, pelo contrário) (STRECK, 2014, p. 220).

O direito não deve fixar-se apenas nas abstrações, deverá, sim, participar de forma direta na realidade sociocultural, da qual, está inserido. Não há como, compreender a prática jurídica para os casos concretos, como práticas infinitas, a serem para sempre desta forma, aplicadas, há um ponto fim, um ponto limite, além do qual nada mais se ocorre (IAMUNDO, 2017). Disciplina Lênio Luiz Streck (2014, p. 210) que, “para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa

da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”.

Para Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 18), quando se interpreta um comportamento, se atua no aspecto da intersubjetividade humana, aonde o hermeneuta irá interpretá-lo à norma jurídica, “o comportamento figurando como substrato e a norma como o sentido jurídico de faculdade, prestação ilícito ou sanção. Como este significado jurídico é coparticipado pelos atores sociais”, o hermeneuta jurídico, age como porta-voz do entendimento da sociedade, uma vez que este agente exterioriza os valores que interpreta à comunidade jurídica.

Ao se firmar como um saber filosófico, a hermenêutica, então passa a ser parte indispensável das interpretações jurídicas e do estudo do direito, não há como exercer a prática jurídica sem o uso compreensivo da filosofia hermenêutica. Ela assume o título de hermenêutica jurídica, pois se presta essencialmente, em interpretar o direito, mas não deixa de lado seu cunho filosófico, além de sociológico, uma vez que também busca compreender a sociedade humana, e a forma como esta se relaciona ao direito.

A palavra assume poder vinculante, quando revela-se no Direito, uma vez que, cobre-se com o manto do Estado. As normas jurídicas escritas, mostram-se como uma das muitas expressões do direito, todo texto legislativo necessita estar em coerência com todo o sistema jurídico, especialmente atendendo aos princípios constitucionais, e da dignidade humana (LIMA, [s.d.]). Ensina Carlos Maximiliano (2020, p. 14), “toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa”.

O hermeneuta analisa o texto, sua reconstrução ou síntese, examinando o texto, em seu âmago, seu sentido, e o significado de cada uma das palavras do texto interpretado, o intérprete, então faz sua obra de conjunto. Conforme Carlos Maximiliano (2020, p. 14), “compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do direito em geral”, assim, o intérprete “determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta”.

A hermenêutica jurídica, como ciência e filosofia, presente no cenário jurídico atual, mostra-se imprescindível para a efetividade do direito, vez que, vive-se em uma realidade social de mudanças constantes e rápidas, que afetam diretamente o ordenamento e as demais questões jurídicas. Tais transformações na sociedade, impossibilitam que o direito e as normas jurídicas consigam trilhar ao lado do ritmo extremamente acelerado, que a comunidade humana se molda. Assim, caberá aos intérpretes do direito, fazer o correto uso da filosofia hermenêutica jurídica no momento da interpretação e aplicação da ordem jurídica aos casos concretos que lhes apareçam, com o fim de garantir justiça e dignidade, como se verá a seguir.

4.4. A HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUA DIRETA CORRELAÇÃO COM A GARANTIA DE DIGNIDADE E JUSTIÇA:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS), é valor inerente ao direito e à existência humana, todas as pessoas possuem em seu âmago, os valores da justiça, que são invioláveis. Para tanto, o ordenamento jurídico se propõe a tutelar e proteger a justiça e consequentemente a garantia de Dignidade Humana. Entre o ideal do justo, do digno, e da realidade social em que se vive há um vácuo, um verdadeiro vazio que distancia estes valores do direito, a depender de cada sociedade e ordenamento jurídico em pauta.

As normas e textos jurídicos não falam por si só, é necessário a hermenêutica e os intérpretes jurídicos, exteriorizarem ao mundo socio-jurídico sua intenção e proteção. A hermenêutica jurídica desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação do direito. É por meio da atividade interpretativa que o hermeneuta do direito, busca alcançar um equilíbrio entre a intensão do legislador e a aplicabilidade da norma *in casu*. Conforme Carlos Maximiliano, a lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente e espontâneo (MAXIMILIANO, 2020).

A ação interpretativa da lei, poderá ocorrer, desde que sua interpretação seja feita a atender os fins sociais, e às exigências do bem comum, realizando assim um interpretar teleológico da lei (Rudolf Von Ihering). Segundo Ricardo Maurício Freire Soares (2010), o hermeneuta deve compreender o sistema jurídico como uma realidade dinâmica, tal “como um organismo vivo em estado de perene movimento, o qual, imerso no ambiente, é capaz de auto integrar-se

em conformidade com as mutáveis circunstâncias da sociedade” (SOARES, 2010, p. 14-15).

Esta abertura dada ao hermeneuta do direito no momento de interpretação e aplicação das normas é conhecido por discricionariedade judicial. Conforme Lênio Luiz Streck (2017, p. 58), é fato que, no “momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz [...], assim, ainda de acordo com o autor, “não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um discricionário “espaço de manobra”; ou, ainda, que “já não estamos sob a égide do juiz boca da lei” (STRECK, 2017, p. 59).

A discricionariedade judicial, é, portanto, “um poder conferido ao intérprete de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normativa” (STRECK, 2020, p.76), pautando-se, sempre, no momento hermenêutico, em princípios como a equidade, o fim social, a boa-fé, a justiça, *entre outros*. Ensina, Carlos Maximiliano, “o elemento moderado, conservador, se detém em um meio-termo discreto, tira todas as deduções exigidas pelo *meio* social, porém compatíveis com a letra da lei;”, assim, “evita os exageros dos revolucionários, mas também se conforma com a imobilidade emperrada, produto lógico da dogmática” (2020, p. 41). Assevera, Alf Ross, que: “[...] a aplicação concreta – dentro de certos limites elásticos – seja independente do sujeito que decide. Disto resulta que a justiça acaba por colocar-se em oposição à arbitrariedade” (2003, p. 318).

Portanto, o hermeneuta jurídico, necessita, ter a plena consciência, de que durante sua atuação, e ao longo de sua atividade, estará fadado a interpretar, e fazer o uso da sua faculdade de agir discricionariamente perante os casos concretos. Fato é que os operadores do direito, em algum momento de sua vida jurídica irão se deparar com casos difíceis, normas abertas, ou mesmo ausências legislativas sobre a matéria, deverá se debruçar a fim de garantir dignidade dos sujeitos que estão presentes no caso, fazendo para tanto uso da hermenêutica.

Vale ressaltar, que a partir do século XX, as teorias e propostas metodológicas desenvolvidas, tais quais, a Escola do Direito Livre, passando

pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, nada mais fizeram, do que tentar superar o positivismo exegético-primitivo (STRECK, 2017).

No legalismo-exegético, há o apego demasiado dos hermeneutas jurídicos, ao interpretar os artigos de lei, desta forma, seguem rigorosamente o que fora positivado pelo legislador. A presente corrente fora inicialmente estudada pela Escola da Exegese, e em momento posterior desenvolvida pelas correntes do Positivismo Jurídico.

Nas lições de Norberto Bobbio:

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. E complementa, [...] o intérprete deve ser rigorosamente – e, podemos bem dizer, religiosamente – subordinado às disposições dos artigos do Código (2006, p. 83-88).

As correntes jusnaturalistas e juspositivistas, ambas possuíam limitações jurídicas, e assim, passaram a ser enfrentadas por novas construções jusfilosóficas, preocupadas em oferecer instrumentos conceituais mais aptos para garantir a fundamentação de um direito justo (SOARES, 2013). Para Ronald Dworkin, “nada garante que as nossas leis serão justas; quando são injustas, os governantes e os cidadãos poderão ter de, pelo Estado de direito, chegar a um compromisso sobre o que requer a justiça” (2012, p. 17).

Ressalta-se que hodiernamente, os aplicadores do direito enfrentam a complexa tarefa de buscar a resolução dos mais diversos casos concretos que se originam diariamente na sociedade, sobretudo, quando deparam-se com a “textura aberta das normas jurídicas” (Hart) ou mesmo “*hard cases*” (Ronald Dworkin), no momento da decisão, diante da evidente indeterminação existente na linguagem jurídica.

A hermenêutica jurídica, condiz muito mais que apenas um método auxiliar do direito, se refere à uma verdadeira filosofia (OLIVEIRA; STRECK, 2015, *online*). É certo que, a sociedade perpassa por mudanças constantes e diárias, diante disto, o direito, se mostra incapaz de trilhar *pari passu* às novas

situações que se originam, sendo, portanto, a hermenêutica jurídica imprescindível para salvaguarda de juridicidade digna e garantia de justiça.

Ensina Ronald Dworkin (2012, p. 430):

Mas temos de nos lembrar da verdade, bem como da sua corrupção. A justiça que imaginamos começa naquilo que parece ser uma proposição indisputável: o governo tem de tratar aqueles que estão sob o seu domínio com preocupação e respeito iguais. Esta justiça não ameaça - mas expande - a nossa liberdade. Não troca a liberdade por igualdade ou o contrário. Não prejudica o empreendedorismo em nome de balelas. Não favorece nem o pequeno nem o grande governo, mas apenas o governo justo. Decorre da dignidade e visa a dignidade. Torna mais fácil e mais provável que todos possamos ter uma vida boa. Lembremos, também, que aquilo que está em jogo é mais do que mortal. Sem dignidade, as nossas vidas são meros lampejos de duração. No entanto, se conseguirmos viver uma vida boa, criamos algo mais. Escrevemos um subscrito para a nossa mortalidade. Transformamos as nossas vidas em pequenos diamantes nas areias cósmicas.

A filosofia hermenêutica jurídica desempenha uma função de extrema importância na interpretação do direito e na aplicabilidade deste. É por intermédio da tarefa interpretativa, que o hermeneuta do direito, trabalha para encontrar um equilíbrio entre a intensão do legislador e a aplicabilidade da norma jurídica ao caso concreto. É por esta razão, que a hermenêutica jurídica trata-se de filosofia, indispensável para garantia de justiça e a defesa da dignidade humana.

Conforme Hans-Georg Gadamer, é evidente que o jurista possui o entendimento da lei em si mesma, onde “[...] conhecer e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente” (GADAMER, 1997, p. 487). A este pensamento corrobora Lênio Luiz Streck (2014, n.p.), afirmando que, “as palavras da lei são constituídas de vagezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. Não é novidade, nem mesmo para a dogmática jurídica mais tradicional – que parcela significativa das palavras da lei são plurívocas”, ressalva o autor, que isto “não pode significar que cada intérprete possa atribuir os sentidos que mais lhe convierem. Daí a importância da hermenêutica”.

Não há que se questionar a importância e necessidade da função discricionária dos aplicadores do Direito; o que deverá ser realizado com responsabilidade e equilíbrio jurídico pelos hermeneutas, evitando, assim, posicionamentos arbitrários por parte destes. Explica Lênio Luiz Streck (2020, p. 418), que a atividade arbitrária, no caso dos juízes, ocorre, “no Direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que – pode e, ao fim e ao cabo,

assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicar (juiz ou tribunal)”, trata-se a arbitrariedade, de uma ação em que o aplicador do direito, interpreta os textos legislativos como bem entendem, guiados por suas vontades, paixões, interesses próximos, posicionando-se claramente de modo subjetivo.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o direito interno do país fora intensamente impactado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor base e fundante dos demais textos jurídicos, passando, assim, a edificar todo o ordenamento, fazendo com que toda atividade hermética, seja voltada à defesa do presente princípio, e consequente garantia de um direito mais justo. Desta forma, a hermenêutica jurídica, como ciência e filosofia, perfaz-se substancial para o direito e seus operadores, uma vez que as transformações contínuas, impossibilitam que as normas jurídicas consigam acompanhar o rápido ritmo em que a comunidade humana readapta-se.

A Constituição de 88, segundo Lênio Luiz Streck, “[...] é o topos hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico” (2014, p. 243-244). É o que ensina Ronald Dworkin, “[...] o respeito próprio exigido por esse primeiro princípio da dignidade - implica um respeito paralelo pelas vidas de todos os seres humanos (2012, p. 263).

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, dispõe que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Observa-se, portanto, que o texto legislativo brasileiro, autoriza que o hermeneuta do direito, interprete as normas e as aplique frente aos casos concretos. Dispõe Streck (2014, p. 249), que, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.

A dignidade humana e a defesa da justiça, passa, então ser guia da atividade hermenêutica exercida pelos juristas, devendo, portanto, os atuantes do direito ao realizar a análise de cada caso concreto interpretá-los de modo a salvaguardar o digno e o justo.

José Afonso da Silva (1998, p. 91 e ss.), disciplina, “certo é que, a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia

é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos”, assim, este movimento “significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza”, afirma o autor, “por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.

A pessoa humana encontra-se centralmente posicionada perante o ordenamento jurídico brasileiro, tenho em vista que a defesa da pessoa humana, é o que lastreia todo o direito brasileiro. Deverá o intérprete jurídico, durante a atividade hermenêutica, objetivar a defesa da dignidade humana, e a garantia do justo, como fundamento base do processo hermenêutico. Assim sendo, em que pese, as mudanças que ocorrem recorrentemente na sociedade, o aplicador do direito deverá utilizar-se dos métodos hermenêuticos jurídicos ponderando os casos concretos, com o único fim de tutelar a dignidade humana e garantir justiça.

Consequentemente, de acordo com José Afonso da Silva (1998, p. 92), “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”. Para Jeremy Waldron (2019, p. 98, tradução nossa), “a dignidade, que acredito se manifestar em nossas práticas e instituições jurídicas, pode ser vista como imanentemente presente, embora às vezes ficamos aquém em termos de conformidade”²³.

Nas lições, de Lon L. Fuller (1969, p. 162-163), destaca-se:

Chego agora ao aspecto mais importante em que a observância das exigências da moralidade jurídica pode servir aos objetivos mais amplos da vida humana em geral. Isso está na vinda do homem implícito na moralidade interna, pode-se dizer que é neutro em uma ampla gama de questões éticas. não pode ser neutro em sua visão do próprio homem. Embarcar na empresa de submeter a conduta humana à governança de regras envolve necessariamente um compromisso com a visão de que o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de compreender e seguir regras, e responsável por suas faltas.

Cada desvio dos princípios da moralidade interna da lei é uma afronta à dignidade do homem como agente responsável. Julgar suas ações por leis não publicadas ou retrospectivas, ou ordenar que ele pratique um ato impossível, é transmitir-lhe sua indiferença aos seus poderes de autodeterminação. inversamente, quando se defende que o homem é incapaz de uma ação responsável, a moralidade jurídica perde sua

²³No original: pero creo que aquí se da una lógica similar. El compromiso con la dignidad, que creo se manifiesta en nuestras prácticas jurídicas e instituciones, puede verse como presente de modo *inmanente*, aun cuando a veces nos quedemos cortos en cuanto a su cumplimiento (WALDRON, 2019, p. 98).

razão de ser. julgar suas ações por leis não publicadas ou retrospectivas não é mais uma afronta, pois não há mais nada a afrontar - de fato, até mesmo o verbo "julgar" torna-se incongruente neste contexto; não julgamos mais um homem, mas agimos de acordo com ele²⁴.

Pode-se observar, portanto, que a hermenêutica jurídica, como filosofia, é fundamental para o sistema jurídico, exercendo um papel de grande importância na interpretação do direito e na aplicabilidade deste. É por meio da hermenêutica jurídica, e o exercício da interpretação, que o operador do direito, intenta chegar a um equilíbrio entre a intensão do redator das normas e a aplicação coerente da mesma aos casos concretos. Por isso, constatou-se, então, a importância da hermenêutica jurídica para a garantia de justiça e a defesa da dignidade humana, inclusive nas decisões proferidas pelo judiciário, próximo ponto a ser visto no presente trabalho.

4.5. AS DECISÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS E A HERMENÊUTICA JURÍDICA: PARA A EFICÁCIA DO DIREITO VISANDO A JUSTIÇA:

A vida humana se organiza e complementa-se na presença em sociedade, é junto a sociedade, que a vivência humana se desenvolve, e, por esta razão necessita ser ordenada com o fim de promover o bem comum entre seus membros, e regulada efetivamente com o objetivo de garantir justiça. Em sociedade, os princípios de justiça e as instituições sociais, devem se harmonizar, tornando a defesa do justo salvaguardada a todos seus membros. Para garantir harmonia social, as normas jurídicas são empregadas, e os aplicadores necessitam ter um olhar na garantia à justiça.

²⁴No original: i come now to the most important respect in which an observance of the demands of legal morality can serve the broader aims of human life generally. this lies in the view of man implicit in the internal morality can be said to be neutral over wide range of ethical issues. it cannot be neutral in its view of man himself. to embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.

Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. to judge his actions by unpublished or retrospective laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him your indifference to his powers of self-determination. conversely, when the view is accepted that man is incapable of responsible action, legal morality loses its reason for being. to judge his actions by unpublished or retrospective laws is no longer an affront, for there is nothing left to affront - indeed, even the verb "to judge" becomes itself incongruous in this context; we no longer judge a man, we act upon him (FULLER, 1969, p. 162-163).

A ciência hermenêutica, portanto, um componente imprescindível para o direito atualmente, sobretudo, diante do fato que a realidade social e jurídica, são como organismos vivos, que sofrem transformações contínuas e rápidas a todo momento, o que dificulta, ou mesmo impossibilita, que o ordenamento jurídico, possa acompanhar o ritmo em que a sociedade remolda-se. Assim cabe aos seus intérpretes e aplicadores do direito, fazendo uso da ciência hermenêutica e da interpretação, atuar, de modo, a fazer com que as normas jurídicas, melhor se adequem aos casos concretos que surgem diariamente.

Não obstante, conforme, Edihermes Marques Coelho (2017, p. 179), tal “adequação se mostrará, muitas vezes, deficiente e/ou insuficiente. Por um singelo motivo: a realidade concreta do mundo da vida é dinâmica, movimentase, redimensiona-se constantemente”. Outrossim, observa-se, que as normas jurídicas, podem ser alteradas, e modificadas, com certa frequência, no entanto, são originalmente estáticas. Assim, “o “mundo da vida” no plano do cotidiano real não se conforma ao “mundo do Direito” – plano do ser versus plano do dever ser. No entanto, deve-se ter como meta minimizar as distâncias entre os dois” (COELHO, 2017, p. 179).

Miguel Reale (1994, p. 128) reconhece a justiça, como um valor supremo, outrossim, vale destacar que o movimento de dignificação do direito, a partir do século XX, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, como ponto nuclear, ou seja, epicentro, de todo ordenamento normativo-jurídico; a dignidade humana, revela-se como um valor indisponível, e fundamento para que o restante do ordenamento jurídico se sustente, vez que a dignidade, trata-se de valor intrínseco à pessoa humana. Assim, a justiça e a dignidade humana, são conceitos axiológicos, inerentes ao homem, interligados. A justiça deve ser compreendida como um valor franciscano, na posição de valor-meio, estando o presente conceito sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes sua garantia (SOARES, 2009).

Para Miguel Reale (1994), a Ciência do Direito parte de uma referência fática-axiológica para criação e elaboração das normas jurídicas. O direito, é então, uma ciência essencialmente normativa, não obstante, em que pese os fatos ou valores sociais jurídicos serem pré-observados no processo de desenvolvimento dos textos legais, este portanto, não se trata de “um arquétipo ou esquema ideal” (REALE, 1999, p.606), vez que o direito não é capaz de

caminhar *pari passu* às mudanças históricas, econômicas ou políticas de uma sociedade, que transforma-se diariamente. Nesta esteira, ensina Reale, “não há direito sem interpretação, como se sabe, desde que foi revelado o círculo vicioso que se oculta na velha parêmia *interpretatio cessat in claris*, visto como a afirmação de clareza já é o resultado de um ato hermenêutico”. (REALE, 1994, p.113).

Reitera Edihermes Marques Coelho (2017, p. 169), que “assim como a realidade da vida não é meramente objetiva (pois, felizmente, não existem axiomas de verdade que se impõem sobre todas as coisas)”, bem como, as normas jurídicas não são dotadas intrinsecamente de um sentido único, que seja admissível sobre todos os casos conflituosos que surgem na sociedade.

As mudanças históricas, culturais, políticas e econômicas que acontecem constantemente em sociedade. Até mesmo as transformações propulsionadas pelos avanços científicos ou tecnológicos ocorrem em um espaço-tempo, mais veloz que as normas jurídicas legisladas, o que irá exigir do intérprete jurídico, um olhar mais atento às necessidades sociais, que lhe aparecem nos casos concretos, e a compatibilidade das normas.

Clarissa Tassinari (2013, p. 16), afirma que no decurso do tempo, “o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil”, deste modo, “quanto mais interferência do Judiciário, mais responsabilidade têm aqueles que julgam por suas decisões” (TASSINARI, 2013, p. 8).

A utilização da filosofia hermenêutica jurídica, e a interpretação das normas jurídicas de maneira coerente e equilibrada, são necessárias para a compreensão e adequação destas, aos novos casos fático-sociais que surgem a todo momento, fazendo com que a justiça, finalmente aflore, perante as decisões judiciais. O ordenamento e as normas jurídicas não falam por si só, e sim, dependem da hermenêutica jurídica aplicada por seus operadores, para compreender os fatos e valores que incorrem sobre os casos concretos.

Para Edihermes Marques Coelho (2017, p. 176), “a atividade interpretativa, para o Direito, é uma atividade de definição de conteúdo, uma atividade que possibilita concretizar a abstração das normas em face das

circunstâncias de aplicação e em face das conexões axiológicas da regulação jurídica”.

Leciona Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p. 195):

Ao decodificar a expressão linguística estampada no modelo normativo, o intérprete opera verdadeira paráfrase, reconstruindo o discurso jurídico, pois, como a ordem jurídica não fala por si só, o hermeneuta exterioriza os seus significados por meio de uma atividade compreensiva e, pois, aberta aos fatos e valores incidentes no caso concreto. São essas pautas axiológicas que modulam a amplitude da paráfrase interpretativa, possibilitando ao intérprete a eleição do sentido normativo mais adequado e justo para as circunstâncias do caso concreto. Somente assim a decisão garante a persuasão da comunidade jurídica e a correlata decidibilidade dos conflitos sociais.

A filosofia hermenêutica e o interpretar juridicamente, são indispensáveis para se impedir interpretações legalistas, ou seja, ao “pé” da letra da lei, que não mais correspondem à realidade social que se vive – observa-se, isto, no caso apreciado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável, para casais do mesmo sexo (BRASIL, 2011) – denotar-se-á que a legislação civilista de 2002, *a priori*, não legislou nada à respeito, senão veja-se: “Art. 1.723: É reconhecida como entidade familiar a **união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (grifo nosso). A presente decisão, exerceu sua efetiva função, que era a de garantir um direito justo, suprimindo a ausência normativa, por meio, do exercício ponderativo-principiológico.

Em mencionado julgamento o STF valeu-se da hermenêutica filosófica para analisar a realidade social e a perda da eficácia das normas que taxativamente estabeleciam a união estável entre um homem e uma mulher, quando a sociedade reconhecia já a existência de uniões homoafetivas. A hermenêutica filosófica extraiu dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, o fundamento da a decisão.

A interpretação da realidade social e da ausência ou perda de eficácia das normas é realizada por meio da hermenêutica. A atividade interpretativa ponderada e coerente, são fundamentais para que os hermeneutas do direito sejam coerentes com os casos concretos e assegurem uma decisão justa, adequada e sobretudo, digna.

Edihermes Marques Coelho (2017, p. 169), assevera, que essa “definição não fica à livre disposição do intérprete, pois há referências normativas prévias, cujo conteúdo axiológico e teleológico há de ser respeitado de forma que se preserve a sistematicidade constitucional”. Assim, afirma o jurista que, “no direito, interpretar é, assim, definir o conteúdo de uma norma jurídica (legislada ou não) visando sua efetiva aplicabilidade a realidades concretas”, além disso, trata-se de uma “atividade com conexão axiológica e teleológica com todo o conjunto normativo, e é conexão de adequação e razoabilidade com a realidade social abrangida pela previsão normativa” (COELHO, 2017, p. 169).

Custódio da Piedade U. Miranda (2001, p. 272), expõe então a importância do direito e a garantia da justiça nas decisões proferidas pelo judiciário:

o Direito, com o instrumento da realização da Justiça e o conceito de Justiça, enquanto objetivo das decisões judiciais, que será o justo por convenção e não o justo por natureza e, pelo outro, o modo consequente como elas devem orientar-se, pela observância obrigatória de normas imperativas e dos princípios gerais, postos a descoberto pela Ciência do Direito, tudo ao serviço daquele fim último, que é a ordenação e distribuição dos bens da vida, sempre limitados, e em função da satisfação dos ilimitados interesses humanos.

Há de se destacar, que esta atividade criativa de novos conteúdos, realizadas pelo Poder Judiciário, por meio do processo hermenêutico de interpretação e aplicação de normas, que concretizam o direito, não podem ocorrer, de maneira desenfreada e ilimitada. Este processo deverá atender aos princípios que fundamentam o Estado de Direito, exerce, portanto, a Constituição Federal, um papel singular, como ponto de equilíbrio e referência para os aplicadores do direito (COELHO, 2017).

A aplicação da hermenêutica e a interpretação jurídica quando realizadas de modo adequado, impedem decisões arbitrárias emitidas por parte dos hermeneutas jurídicos, ou seja, impedem assim, decisões de extrema subjetividade, que propulsionam inquestionavelmente insegurança jurídica, injustiça e decisões indignas, ou seja, que não atendem aos valores da dignidade humana.

Como já exposto, sabe-se que, o ordenamento jurídico e as normas jurídicas, não são capazes de falarem por si só, não possuem voz própria, é o hermeneuta do direito, que interpreta e traduz seus significados à sociedade, analisando e expondo, para tanto se os textos leis, e afins, permanecem

adequadamente tutelando e garantindo dignidade humana e justiça. Assim, os princípios axiológicos proporcionam ao intérprete jurídico, a possibilidade de imergir na essência do direito e nas exigências que a sociedade constantemente lhe provoca, para uma decisão justa.

Goffredo Teles Júnior (2008, p. 367), ensina que, "na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão lógica, mas uma justa e humana solução", outrossim, expõe o autor que "o que se espera é uma solução atenta às variegadas condições de cada caso concreto a que a lei interpretada se refere".

O intérprete deve valer-se de seu conhecimento acerca das normas jurídicas e da filosofia hermenêutica, assim como estar atento aos valores da sociedade para a aplicação coerente e equilibrada do texto normativo aos casos concretos que lhe surgem. Deverá, também o hermeneuta, estar atento aos princípios que ordenam e norteiam a sociedade, deverá atentar-se as mudanças sociais e aos novos problemas; conhecimento das normas jurídicas, e de sua aplicabilidade ao caso concreto.

A filosofia hermenêutica jurídica, deverá trilhar sempre tendo como fim, a garantia de justiça, e a proteção da dignidade humana, pois, a pessoa humana é o epicentro de todo o ordenamento jurídico. Desta via, o direito aplicado de modo efetivo, hermeneuticamente equilibrado, é capaz de garantir justiça (social), é o que será evidenciado no capítulo subsequente.

5. A APLICABILIDADE DO DIREITO SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, PARA A CONCRETUDE DA JUSTIÇA SOCIAL:

A dignidade da pessoa humana é considerada como um princípio de valor inestimável, ou seja, presta-se como fundamento e base principiológica a guiar todo sistema e ordenamento jurídico. E, é princípio relevante, oriundo da necessidade de proteção à vida humana em seus direitos da personalidade, em seus valores sociais e interiores. É preciso analisar a aplicabilidade do direito como garantia de dignidade, tutela da personalidade, e a concretude de justiça (social), sendo o ato de ponderar indispensável ao momento do círculo hermenêutico pelos aplicadores do direito.

Para a concretude da justiça social, faz-se necessário o equilíbrio por parte dos hermeneutas do direito, no momento da *applicatio* da norma jurídica ao caso concreto, como forma de evitar a atuação exegética ou extremamente subjetiva por parte destes, e, torna-se possível por meio da análise da filosofia hermenêutica jurídica ao processo interpretativo frente as decisões jurídicas brasileiras, para garantia de princípios e tutela de direitos. A hermenêutica jurídica exerce importante ferramenta para a justiça (social) para garantia de dignidade humana, e desenvolvimento pleno da personalidade, perante normas de texturas abertas, ausências legislativas e as mudanças sócio-jurídicas.

5.1. O PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL COMO ALAVANCA À DIGNIDADE HUMANA E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE:

O século XIX, é marcado por um intenso movimento de codificação do Direito, tendo o Código Civil Francês, o primeiro a ser formulado em 1804, e em 1904 pelo Código Civil Alemão (BGB) (SZANIAWSKI, 2005). A presente corrente de positivação fora propulsionada pelos ideais do Iluminismo, e do Jusnaturalismo racionalista, que permeados por concepções antropocêntricas posicionaram o homem centralmente perante os ordenamentos jurídicos.

Em que pese, a importância do estabelecimento humano no centro do direito, esta nova ordem “resultou na sistematização exagerada do direito e seu fechamento em categorias estanques” (SZANIAWSKI, 2005, p. 42). Com isto, ensina Cantali (2009, p. 41), “as pessoas abstratamente consideradas passaram a ser um mero elemento das relações jurídicas, o que provocou uma “desumanização do jurídico” cujas sequelas estão presentes até hoje”.

Para Norberto Bobbio (2004, p. 54), a Doutrina do Direito Positivo imperou entre os juristas desde a primeira metade do século XIX, até o fim da Segunda Grande Guerra, o Positivismo Jurídico era contrário à Doutrina do Direito Natural, no entanto não há que se olvidar de que o “antijusnaturalismo prolongado, pluriargumentado e repetido deixou marcas”, quais sejam a violação aos mais diversos direitos dos homens durante a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, principalmente, a segunda, onde, de acordo com Flávia Piovesan (2014, p. 34), “a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze

milhões de pessoas”, assim, o Estado passara a ser um grande violador de direitos contra o homem.

A desumanização do direito, provocada pela exacerbada positivação jurídica, possibilitou os regimes totalitaristas se “ampararem na legalidade para promover os horrores do holocausto e difundir práticas de barbárie em nome da lei” (PIOVESAN, 2013, p. 87), evidente que “a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito” (PIOVESAN, 2014, p. 34).

Os regimes totalitários do nazismo e fascismo, amparados exclusivamente pela lei, realizaram os mais diversos atentados contra homem durante a Segunda Guerra Mundial. Os horrores perpetrados por estes, deixaram marcas profundas tanto na humanidade quanto no direito, o que acarretou uma mudança significativa na relevância da garantia de dignidade humana, e não apenas nacionalmente, mas também em defendê-la no âmbito internacional.

Leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 49):

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. A história, especialmente no curso do século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver e mais ainda, de viver com dignidade, sem se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem. Por isso se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana, teve sua relevância revivida, objetivando evitar que os horrores presenciados durante a Primeira e Segunda Guerra Mundiais ocorreram por uma nova vez. Assim, a sociedade como um todo remoldou suas consciências e paradigmas, com o intuito de defender os direitos do homem, uma vez que, “sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana” (COMPARATO, 2003, n.p.).

As duas Grandes Guerras, foram capazes de objetificar a pessoa humana, de modo a tratá-las em condições supérfluas e descartáveis, deixando

de visar sua defesa, e imperando a destruição de povos e raças, abolindo por completo o valor do ser homem, diante da gravidade de tornar o homem em objeto, faz-se necessário reconstruir os direitos humanos, como paradigma do que é ético, restaurando assim, a lógica do razoável (PIOVESAN, 2013).

Conforme ensina Fábio Konder Comparato (2003), o século XIX, representa o último enfoque de atrocidades na História Mundial, mais especificamente entre 1930 e o fim da Segunda Guerra Mundial, onde os Estados totalitários, foram responsáveis por massacres de caráter bélico em pelo menos três continentes. O autor ainda afirma que, as hostilidades perpetradas durante o período, finalmente cessaram-se, e os paradigmas da consciência humana mudaram, entendeu-se que para a humanidade sobreviver, era necessário a reorganização da vida em sociedade, em nível nacional, e sobretudo internacional, com o completo respeito aos direitos da pessoa humana, com a pretensão de tutela efetiva da dignidade do homem.

Expõe o autor que, “[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos” (COMPARATO, 2003, n. p). Lembra o autor que houve uma mudança paradigmática, talvez pelo remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e as explorações aviltantes, tais atrocidades fizeram nascer nas consciências humanas a transformação, exigindo novas regras, para garantir uma vida digna para todos.

Com os acontecimentos desumanos ocorridos na Primeira e Segunda Guerras Mundiais, a Doutrina do Positivismo Jurídico, principalmente da corrente legalista-exegética, fora fortemente rebatida pelo direito, e juristas do Século XX, emergindo a necessidade da reconstrução dos direitos do homem, tendo como referência e paradigma ético, a aproximação do direito da moral (PIOVESAN, 2013), primando a dignidade humana, como fundamento base do ordenamento jurídico. Afirma Fábio Konter Comparato “[...] a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens,

[...] veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos” (COMPARATO, 2003).

O movimento de redignificação do ordenamento jurídico, representa, portanto, a reafirmação do princípio da dignidade humana como valor inerente à condição de pessoa, ao ponto de que o homem sem ter a garantia do digno, perde sua própria característica, e natureza de pessoa humana, e consequentemente, tem sua personalidade, diretamente atingida, e lesionada.

Afirma Taciana Nogueira de Carvalho Duarte (2009, p. 16):

A ausência de dignidade possibilita a identificação do ser humano como instrumento, coisa – pois viola uma característica própria e delimitadora da própria natureza humana. Todo ato que promova o aviltamento da dignidade atinge o cerne da condição humana, promove a desqualificação do ser humano e fere também o princípio da igualdade, posto que é inconcebível a existência de maior dignidade em uns do que em outros.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, o que marcou uma nova fase do direito, onde a dignidade humana passou a ter sua importância internacionalmente reconhecida e difundida nas mais diversas Constituições. As nações unidas, então, decretaram a necessidade “irrefutável de infringir valores éticos aos ordenamentos jurídicos. A dignidade passou, então, a ser reivindicada como o princípio e como cerne dos sistemas jurídicos” (DUARTE, 2009, p. 19). Ensina, Taciana Nogueira de Carvalho Duarte (2009, p. 19) “a Declaração Universal introduziu, portanto, a concepção atual de direitos humanos e, pela primeira vez, ocorreu a acolhida da dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores”.

Eis parte do preâmbulo da presente Declaração:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum;
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;
Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;
Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades;
Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...] (Assembleia Geral da ONU, 1948, *online*).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, trata-se de um documento jurídico de valor inimaginável para o direito, vez que representa a positivação e o reafirmamento do princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando a proteção dos direitos do homem em seu âmago e em todos seus espectros, servindo de parâmetro para as Constituições e textos legislativos dos mais diversos países.

A Carta Constitucional da República Alemã de 1949, fora o primeiro documento jurídico que efetivamente recepcionou a Dignidade da Pessoa Humana como princípio constitucional junto ao artigo primeiro 1º de seu texto (DUARTE, 2009), assim, conforme Luís Roberto Barroso (2014, p. 62), “ao longo do século XX, principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi “incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma meta política, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais”.

Ressalta-se que a Carta Constitucional Alemã representou a primeira de diversas Constituições que passaram a aderir em seus textos a dignidade humana. Outrossim, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, diversas Constituições passaram a inserir normas em seus textos legislativos, declarando assim em nível constitucional a defesa dos direitos humanos, e seu reconhecimento na esfera internacional.

Os horrores das duas Grandes Guerras, representaram, portanto, a necessidade de elevar a dignidade humana e os Direitos Humanos, acima das demais normas jurídicas, assim, em caso de conflito entre regras internacionais e regras de direito interno, deverá sempre prevalecer as normas que defendam o homem, uma vez que a dignidade da pessoa humana é o fim último e primeiro a reger todo ordenamento jurídico, objetivando impedir que as atrocidades perpetradas nas duas Grandes Guerras se repitam (COMPARATO, 2003).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 49):

A dignidade [...] independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo. A dignidade humana, é, portanto, atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse atributo físico!) e expressar seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

As Duas Grandes Guerras foram marcos históricos, que serviram como paradigmas de transformação do Direito, foi após as atrocidades perpetradas na Primeira e Segunda Guerra Mundial, e principalmente, pelos regimes totalitaristas, da Segunda Guerra, que os Estados, despertaram e retomaram a relevância da garantia de dignidade humana e da defesa da personalidade, tanto no direito internacional, como no direito interno dos países. Servindo então a dignidade, como epicentro de toda organização jurídica mundial, e consequentemente, o impulso para o movimento de repersonalização do direito. A partir de tal momento a dignidade humana passou a ser o epicentro de toda organização jurídica mundial, e consequentemente, o impulso para o movimento de repersonalização do direito, em proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade.

A dignidade humana, pós as duas Grandes Guerras assumiu, um posto, ainda não visto no direito, extremamente indisponível de tutela, na qual deverá esta ser assegurada por seus operadores, mesmo que não devidamente positivada, uma vez que ela compõe a parte mais intrínseca do ser, com ele nasce, e com ele morre, sem dignidade o homem, perde sua característica de pessoa, e neste sentido, que o próximo capítulo será trabalhado, com o intuito de demonstrar esta posição superior que a dignidade humana exerce perante o direito.

5.1.1. A dignidade da pessoa humana como um valor de garantia indisponível:

A dignidade da pessoa humana, se perfaz para os intérpretes do direito, como fonte primária de todos os demais valores presentes no ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana, vêm a compor a tridimensionalidade

do direito, após o movimento de dignificação. O presente princípio, então, revela-se na sociedade como um de garantia indisponível, ou seja, um valor de caráter ontológico e axiológico intrínseco a todas as pessoas humanas.

Robert Alexy (2011), estipula, que o princípio da dignidade da pessoa humana tratar-se de um mandamento “*prima facie*”, ou seja, exige sua realização em maior medida possível perante os casos concretos e as situações jurídicas que se apresentam. Ainda conforme Alexy, “os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2011, p. 104).

A dignidade humana, é o primeiro fundamento base de todo o sistema constitucional e jurídico, e o último reduto de salvaguarda dos direitos fundamentais, a dignidade que guia, da direção, o comando, a ser primeiramente considerado pelo aplicador do direito (NUNES, 2018). Ensina, Luís Roberto Barroso (2014, p. 64), que a dignidade humana, “como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, [...] funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.

A dignidade, é então, a essência humana, que faz do sujeito, pessoa, a ter seus direitos tutelados e assegurados por todo o sistema jurídico, com fundamento de que a pessoa humana é intrinsecamente dotada de dignidade, e desta aquela não se dissocia, portanto, disciplina Sarlet (2009, p. 49), que “a dignidade de todas pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”.

Disto, afirma Ingo Wolfgang Sarlet, que, “a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Ressalta-se, que mesmo com tais variações existentes, expõe o jurista que, “estas guardam um elo comum especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial de compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2005, p. 17).

A dignidade humana, teve sua concepção sendo elaborada no decorrer da história tanto social como jurídica, seu conceito chega ao começo do século XXI, completo em si mesmo, como um valor supremo, constituído pela racionalização jurídica. A dignidade nasce então com a pessoa, lhe é inata, é intrínseca à sua essência. Não obstante, deve-se reconhecer que nenhum

indivíduo vive isolado, e sim, presente em uma comunidade humana, onde nascerá, crescerá, e viverá, no meio social.

É neste contexto, que sua dignidade, desenvolver-se-á, e irá irradiar para além da composição nuclear que exerce na pessoa humana, passará, então, a ganhar um acréscimo de dignidade. O indivíduo, ele nasce com o direito à sua integridade física e psíquica, e desenvolve-se até o momento, em que seu pensamento, também deverá ser respeitado, suas ações, seu comportamento, ou seja, sua liberdade, seu direito à imagem, intimidade, à consciência, seja ela religiosa, científica, espiritual, entre outros, tudo vem a compor à dignidade da pessoa (NUNES, 2018).

Nas lições de Luís Roberto Barroso (2014, p. 76):

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies. O valor intrínseco é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço. A singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar. Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade.

O ordenamento jurídico deverá, em todos os seus aspectos trilhar, no mesmo compasso, que a dignidade humana, sendo, portanto, esta, fundamento axiológico de construção dos demais textos jurídicos. Assim como, seus intérpretes, que precisarão, ter como fim principal no momento da aplicação do Direito, a defesa da Dignidade.

Conforme José Afonso da Silva (1998, p. 92), “poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica”, no entanto, ainda conforme o autor, “a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito” (SILVA, 1998, p. 92).

A dignidade humana, trata-se de um fundamento, e se constrói em um valor indisponível, e edificador da república, do país, da democracia e do direito. Desta maneira, a dignidade humana, diz respeito, não apenas a um princípio do

ordenamento jurídico, mas também de toda ordem política, social, econômica e cultural. “Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” (SILVA, 1998, p. 92). Percebe-se, então, de acordo com Ingo Sarlet Wolfgang (2005, p. 39), que “um dos papéis centrais do direito e da filosofia do direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana”, superar “qualquer visão unilateral e reducionista a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares”.

A dignidade humana é princípio fundante de todo o ordenamento jurídico, e mais que isto, é preciso dizer que, também, funda o Estado Democrático de Direito. A não garantia da dignidade, certamente não é direito, sobretudo, não é justo. Assim, é possível dizer que a dignidade humana é um valor completo, desde seu princípio e início, uma vez que, todo o sujeito humano tem dignidade, simplesmente por ser pessoa.

Deve-se ressaltar, que em que pese, a dificuldade de fixação de um conceito semântico exato da dignidade, definitivamente esta deverá ser tutelada, e jamais violada. Tendo em vista, que o presente princípio, como já exposto, é a primeira, e última instância da salvaguarda dos demais direitos que compõem um ordenamento jurídico, sendo, evidente, e visível sua violação, quando a mesma acontece (NUNES, 2018).

Conforme Luís Roberto Barroso (2018, p. 77), a dignidade humana, é a *priori*, um valor objetivo, pois este princípio, se refere a um valor intrínseco de cada ser humano, sendo desta forma, seu conteúdo essencial, que não vem a depender de qualquer ocasião ou experiência e que, portanto, não poderá ser atribuído ou perdido, mesmo que a pessoa humana exerça o comportamento mais reprovável que possa existir.

Ensina Luís Roberto Barroso (2018, p. 77), a dignidade humana independe, até da própria razão, pois mesmo bebês recém-nascidos, pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental, estão inerentemente dotadas de dignidade. Quanto, ao que se refere a esfera do direito, que “o valor intrínseco de dignidade está na origem de um conjunto de direitos fundamentais. O primeiro deles é o direito à vida, uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 76), disciplina:

De outra parte, ao destacarmos o reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, certamente não se está afirmando – como já acreditamos ter evidenciado – que a dignidade da pessoa humana (na condição de valor ou atributo) exista apenas onde e à medida que seja reconhecida pelo direito. Todavia, do grau de reconhecimento e proteção outorgado a dignidade da pessoa por cada ordem jurídico-constitucional e pelo direito internacional, certamente irá depender sua efetiva realização e promoção, de tal sorte que não é por menos que se impõe uma análise do conteúdo jurídico ou, se assim, preferirmos, da dimensão jurídica da dignidade no contexto da arquitetura constitucional pátria, designadamente, a força jurídica que lhe foi outorgada na condição de norma fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamento e base, que funciona como valor superior para interpretação de todos os direitos e garantias constitucionalmente conferidos às pessoas (RIZZATTO, 2019). A dignidade, portanto, como acepção, direciona-se, para pelo menos, dois aspectos compares, mas distintos: “aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna” (RIZZATTO, 2018, p. 73).

Esclarece José Afonso da Silva (1998), apenas o ser humano, dotado de racionalidade, é pessoa, assim, todos seres humanos, sem nenhuma distinção, é pessoa, um ser espiritual, a pessoa humana é, portanto, fonte e imputação de todos os demais valores jurídicos e sociais ao mesmo tempo. E continua o autor, “por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento” (SILVA, 1998, p. 91-92).

A dignidade humana, deve ser entendida como um valor universal, intrinsecamente existente em todas as pessoas presentes na sociedade, mesmo com todas as diversidades socioculturais que se estabelecem nesta, destarte, as diferenças intelectuais, ou físicas, ou mesmo psicológicas, todas serão igualmente detentoras de dignidade (ANDRADE, 2003). É, portanto, um “valor dos valores”, que repousa suas “raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula” (BARROSO, 2014, p.66).

A dignidade humana, sendo um, valor superior e devendo ser tratada como valor indisponível, “dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios;

é ela a luz de todo o ordenamento”, consequentemente, “tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução” (NUNES, 2018, p. 79). A proporcionalidade, destaca-se neste momento, pois ajuda o aplicador na resolução do caso, mas devendo sempre guiar-se pela luz da dignidade (NUNES, 2018).

Independentemente do ângulo, ou do prisma que se está em parâmetro, a pessoa humana estará centralmente posicionada em qualquer reflexão do direito ou filosófica. O presente princípio, é dotado de caráter universal, ou seja, todos sem qualquer distinção precisam ter sua dignidade respeitada, serem tratados dignamente.

O intérprete/aplicador do direito, deve operar e ponderar em defesa da dignidade humana. Primeiramente, estes observarão, o caso concreto e tentarão identificar se há algum direito ou princípio em conflito com a dignidade humana, momento em que dirigirão para a solução. Uma vez que, a dignidade é um valor indisponível que deverá prevalecer, ser tutelado, e consequentemente, acaba por defender os direitos da personalidade, e a garantia de justiça social, o que será melhor aprofundado no item seguinte.

5.2. A RELEVÂNCIA DA PONDERAÇÃO *IN CASU* COMO GARANTIA DE DIGNIDADE, TUTELA DA PERSONALIDADE, A CONCRETUDE DE JUSTIÇA SOCIAL:

O operador do direito, está fadado a deparar-se em algum caso concreto que deverá praticar a ponderação em busca de garantir dignidade humana, tutelar a personalidade, e assegurar justiça social, as partes envolvidas *in casu*. O intérprete do direito deverá atentar-se em respeitar e salvaguardar, os direitos personalíssimos, a dignidade humana, e a justiça social.

Ponderar, significa, “examinar algo detidamente, apreciar, avaliar, levar em conta, considerar, pensar muito sobre algo, refletir, mencionar algo (argumentos, indícios, razões etc.) em defesa de alguma coisa, alegar” (MICHAËLIS; MICHAELIS, 2016). Conforme, Ana Paula de Barcellos (2005, p. 296), “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”.

O Poder Judiciário, mesmo que vinculado às normas produzidas pelos legisladores na grande maioria do tempo, fará em algum ponto uso da ponderação, ocupar-se-á, então, de “ponderar, [...] as provas produzidas (para definir quais fatos ocorreram) e as razões apresentadas pelas partes (para decidir a disposição aplicável ao caso e suas consequências” (BARCELLOS, 2005, p. 2).

Ao que se tem conhecimento sobre a matéria, além dos argumentos existentes entre as partes integrantes do caso, o juiz de Direito, irá ponderar, consciente ou inconscientemente, diversos outros elementos aparentes, entre estes, trabalhar a ponderação de sua própria pré-compreensão da temática envolvida, e os impactos, que a decisão proferida irá produzir ao meio social (BARCELLOS, 2005). Tal ponderação não se limita apenas ao Poder Judiciário, mas também, aos seus demais membros.

O exercício da ponderação ocupa atualmente uma parte relevante do direito, diante de duas situações principais, em especial. O primeiro diz respeito ao fato de que o sistema jurídico moldou-se com o tempo assumindo especial valor à um direito dotado de caráter essencialmente principiológico. A segunda refere-se ao fato de que a sociedade transforma-se em nível extremamente acelerado, o que dificulta que o direito consiga acompanhar a evolução social, científica e tecnológica. Portanto, em ambos casos, o intérprete jurídico, irá fazer uso da ponderação durante o processo hermenêutico.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 26-27), em sua doutrina, disciplina três tipos de concepções distintas de se compreender a ponderação. Adotar-se-á, ao presente texto, o terceiro conceito descrito pela autora, senão veja-se:

[...] diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais. Ponderação, nesse sentido, é a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas", mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.). Nesse sentido, ao aplicar a ideia ao discurso jurídico, a ponderação acaba por se confundir com a atividade de interpretação jurídica como um todo. Para esses autores, não há uma relação necessária entre a ponderação e a situação específica de conflito entre disposições normativas, já que toda decisão envolverá necessariamente a avaliação de razões e argumentos relevantes. Assim, interpretação sempre envolveria ponderação.

Diante dos fatos anteriormente dispostos, a época de incertezas em que se vive, apenas a análise ponderada dos casos concretos específicos, provindo da premissa de um ordenamento jurídico uno, é que terá essa faculdade de restabelecer a segurança do direito que se quer (CANTALI, 2009). Onde a segurança está em preservar sempre o melhor interesse da pessoa humana, através da atividade ponderativa (CANTALI, 2009). Para Barcellos (2005, p. 23), a “ponderação parece fornecer ao intérprete poderes extraordinários: ele é capaz de afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros”, concedendo a capacidade, até mesmo, de “restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais.

Ponderar, vai além de apenas sobpesamento de princípios, é medida indispensável na tarefa hermenêutica, e para completude do círculo hermenêutico, o intérprete/operador do direito, necessita ponderar os casos jurídicos, analisar aquilo em que se depara, buscando sempre guiar-se pela defesa da dignidade, e com isso tutelar a personalidade, e garantir justiça social àqueles que a integram. Muitas vezes, a subsunção da norma ao caso, ou mesmo os métodos tradicionais hermenêuticos não o são suficientes, e por isso, o uso da filosofia hermenêutica e do agir ponderado são essenciais para tutela de direitos.

Afirma Edihermes Marques Coelho (2017), que, é ilusório imaginar, que as normas jurídicas devidamente positivadas, são capazes de dar todas as respostas, de modo imediato, às necessidades práticas do universo do direito e da sociedade, vez que, estas renovam-se reiteradamente, devendo, assim, o ordenamento jurídico se adequar à estas. É neste momento, que a ponderação, e a atividade interpretativa e hermenêutica, são essenciais.

Os aplicadores do direito, conseqüentemente, ao observado, elaboram, novas teses jurídicas, ou dão início a novos escopos valorativos. Ainda, conforme o autor, sabe-se que “o sistema jurídico, reafirma-se, não é completo, finito, imutável, nem infenso a limitações. Pelo contrário: as limitações lhe são naturais” (COELHO, 2017, p. 182). Nesta maneira, “o sistema é, mesmo sob o propugnado prisma axioteológico, um ponto de referência, destinado a dar um sentido direcionador e um ponto de ligação geral para o objeto” (COELHO, 2017, p. 182).

Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 298), a principal tarefa da justiça, é resolver os conflitos que se originam na sociedade, busca assim, compensar e distribuir, de maneira equitativa, os bens em litígio, o símbolo da justiça, carregando um contrapeso, representa então desde a antiguidade, a atividade de julgar. Assevera a jurista que, “há uma irrefragável conexão entre a ideia de balanceamento e as noções de equidade, de razoabilidade e de proporção, que deitam raízes na tradição filosófica helênica” (PEREIRA, 2018, p. 298). A figura da Justiça, representa, certamente, ponderação. Para Pereira, ponderação, em seu conceito mais recorrente, significa a atividade hermenêutica, na qual, são contrabalanceados, bens e interesses, assegurados pela Constituição, que se revelam *in casu*, com o intuito de estipular, à luz das especificidades, de cada caso (PEREIRA, 2018).

Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 249), ensina que a ponderação, diz respeito, “a graduação do comprometimento de determinados sujeitos com a realização dos direitos fundamentais, bem como a busca de um equilíbrio nas situações ao caso concreto, orientada pela razoabilidade e pela proporcionalidade”. Sabe-se que, a umas das técnicas de interpretação, é a ponderação, assim como, a categorização e a hierarquização, nesta esteira, de acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira (2018), a ponderação é uma forma de interpretar, mas não se trata do mesmo conceito que interpretação. Sendo assim, ponderar é investigar todo o caso concreto específico e balanceá-lo, em busca da garantia tríade, de dignidade, personalidade, e justiça social.

A ponderação, estrutura-se, de modo muito particular, ponderar, é a ação em que o intérprete, analisa, e posteriormente, conclui, no sentido em que melhor conformam-se os fatos, e seus conceitos, apontam, para duas normas que possuem soluções antagônicas, o aplicador do direito, irá interrogar-se, acerca da relevância de tutelar os bens, os interesses, e as prevalências, em discussão, nas formas, e circunstâncias em que se apresentam, com a finalidade, de se estipular, qual delas deve ser aplicadas ao caso (PEREIRA, 2018). Logo, a experenciação jurídica, que se apresenta em curso, vincula-se, a expansão da capacidade e espaço de atuação, que a interpretação e o intérprete jurídico, encontram-se permitidos a transitar (BARCELLOS, 2005).

Ensina Marcus Geandré Nakano Ramiro (2020, p. 197-198):

Refletir filosoficamente acerca da justiça significa ter uma cuidadosa atitude de pensar e repensar a partir da garantia de que os indivíduos estarão interagindo numa relação de paridade entre suas intenções internas e as condições externas de sua existência, ou seja, tais reflexões passam pelo equilíbrio entre as propensões internas do indivíduo e os assédios externos a ele. Por isso, o trinômio, utilização da capacidade racional, prática das virtudes e acesso irrestrito ao acervo da humanidade é de extrema importância para alcançarmos a justiça.

Conforme, Fabiano Hatmann Peixoto (2017, p. 212), “percebe-se que a importância e peso da constatação de uma demanda interpretativa (ampla ou estrita)”, outrossim, “uma desejável relação com uma teoria da interpretação no processo de estruturação de um sistema de justificação das decisões judiciais, se tratada pela ótica simplesmente retórica em sentido raso contaminaria todo o seu propósito de consistência”, conclui, então o autor que, a “questão da ponderação tem um incremento de sua importância, pois permite, na passagem do plano axiológico para o deontológico e nele, a identificação de um comando específico ao caso concreto” (PEIXOTO, 2017, p. 214).

Ensina Pereira (2018, p. 263):

Por fim, a ponderação é a técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que, nas últimas décadas, veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas. O vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos.

A ponderação, apresenta-se de maneira contundente no direito brasileiro, tendo em vista, que é possível identificar no presente sistema jurídico, causas evidentes que possibilitam a ampliação do espaço para ponderar e interpretar juridicamente, tanto no texto constitucional, como na esfera infraconstitucional, diante da abstração e brechas características desta organização, ao aplicar os valores aos casos concretos, específicos, mesmo que transmitidas pela forma de princípio, vai exigir do operador do direito, um esforço de grande valia para a integração, ou seja, para ponderar aquilo que lhe apresenta (BARCELLOS, 2005).

Leciona, portanto, Jane Reis Gonçalves Pereira, (2018, p. 333), sobre ponderar, dizendo “o problema da incomensurabilidade é um predicado intrínseco aos casos difíceis, que não está relacionado ao método que se

empregue para solucioná-los”, assim, continua a autora, “quando são utilizados métodos formalistas e pautados pela conceituação, essa dificuldade é ignorada, enquanto no processo de ponderação ela é desvelada”.

A hermenêutica jurídica filosófica é indispensável no momento, da interpretação e aplicação da norma jurídica *in casu*, assim, depreende-se, que por intermédio da hermenêutica, o operador do direito, poderá ponderar de modo correto o caso concreto, em que pese as mudanças sociais, ou quando há a ausência de norma jurídica, ou mesmo quando esta não mais se adequa a realidade social, garantindo, assim, dignidade, a tutela da personalidade e a concretude da justiça social. Onde sua atuação ponderativa deve ser realizada no entremeio do positivismo extremado e a arbitrariedade judicial, é o que se verá a seguir.

5.3. O POSITIVISMO EXTREMADO E A ARBITRARIEDADE JUDICIAL: A NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO FRONTE À *APPLICATIO* DA NORMA JURÍDICA AOS CASOS CONCRETOS:

O instituto jurídico da discricionariedade judicial, especificamente, acerca da necessidade da aplicação das normas jurídicas aos casos concretos de forma equilibrada, é tema relevante para ser analisado diante da hermenêutica jurídica. O hermeneuta jurídico, deverá trabalhar neste entremeio, entre do positivismo extremado e a arbitrariedade judicial.

De acordo com Lênio Luiz Streck (2019, p. 8), lei, apenas, não se iguala ao direito. Consequentemente o texto da lei, sem facticidade, não contém a norma, como bem disse Friedrich Müller”. Dá seguimento, o jurista, expondo que, “entre o texto da lei e a norma (o seu sentido) existe uma diferença, que eu chamei, a partir de Heidegger, de “diferença ontológica”” (STRECK, 2019, p. 8).

Existe, entre a norma jurídica e o caso concreto específico, um vácuo, ou seja, um espaço “lacunoso”, de “penumbra” (STRECK, 2020), espaço este, que deverá ser preenchido pela ação discricionária do hermeneuta jurídico. Assim, a discricionariedade judicial, é “um poder conferido ao intérprete de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normativa” (STRECK, 2020, p. 76).

Para tanto, o jurista deve se atentar em respeitar um equilíbrio, no momento hermenêutico, para exercer seu poder discricionário de maneira adequada, devendo pautar-se em princípios como, da equidade, do fim social, boa fé e da justiça, *entre outros*. Posto isso, não há que se questionar a imprescindibilidade da função discricionária exercida pelo operador do direito; deve-se destacar, a principal problemática enfrentada, e que se apresenta de forma contundente no ordenamento jurídico brasileiro, que se trata do exercício e posicionamentos arbitrários cometidos pelos intérpretes e juízes.

Ensina Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Kelly Cardoso Mendes de Moraes (2013, n.p.):

A releitura linguística pressupõe, portanto, uma interpretação ontológica da compreensão por parte dos jurisdicionados em um Estado Democrático de Direito no qual, o juiz não possui mais a característica de mero aplicador do direito como instituído no Estado Liberal, mas como mediador e hermeneuta da universalidade jurídica, social e política. E que em momentos onde a lei é vaga – incompleta, ou, omissa, o juiz adequaria a decisão ao caso concreto por meio de regras em conjunto com princípios constitucionais ou cláusulas gerais, mas não de forma subjetiva – solipsista -, mas de forma a “criar”, reformulando a norma – interpretação/aplicação.

Lênio Luiz Streck (2020, p.418), diz que ação arbitrária, é onde, “no direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que – pode e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicar (juiz ou tribunal)”, ou seja, a atuação discricionária, é aquela em que, os operadores do direito, acabam por interpretar as normas jurídicas, como bem entendem, deixando se guiar, por suas paixões, interesses próximos, ou vontades, acabando por realizar sua atividade jurídica de modo claramente subjetivo.

Para Custódio da Piedade U. Miranda (2010), a execução arbitrária do direito, trata-se de um comportamento, inaceitável para o autor. Miranda, compreende, que uma atuação jurídica sem qualquer limite não é uma ação justa. O operador do direito, no momento da aplicação deste ao caso concreto, não poderá variar, caso a caso, de maneira infinita, ou seja, dotada de exageros, de modo que entende necessário para melhor ilustração das coisas, conforme, os valores do momento que lhes exibem próprios da comunidade, de que diz respeito; desta forma, arbitrariamente, o juiz adota seu sentido subjetivo próprio de justiça, em sua própria concepção de mundo e de vida, das quais, desde já, se incluem suas convicções morais e políticas, ou mesmo, por vezes religiosa,

resultando, com frequência, uma decisão jurídica de gosto individual, sem parâmetros de objetividade, atrelado a total desfeita à segurança jurídica.

Em contraponto, a atuação arbitrária realizada pelos intérpretes e aplicadores da lei, há o positivismo extremado, ou seja, a existência do apego demasiado, as normas jurídicas, onde o hermeneuta interpreta os artigos legais, seguindo de forma rigorosa o que fora positivado pelo legislador. A corrente positivista, foi inicialmente pensada pela escola da Exegese, e posteriormente desenvolvida pelas demais escolas do Positivismo Jurídico.

Segundo Custódio da Piedade U. Miranda (2010, p. 278), o juiz que tenha aplicado a lei de modo arbitrário, certamente, não soube interpretá-la, uma vez que se apegou demasiadamente a letra rígida da lei, desconhecendo o espírito teleológico da norma jurídica. Prossegue, o autor, expondo que, “ao juiz não é permitido julgar violando a lei; não é permitido julgar *“contra legem”*. O que lhe compete é julgar em conformidade com o que manda a lei corretamente interpretada”. Assim, os textos legais constituem um elemento, mas não o único ponto de partida, da interpretação jurídica (PERELMAN, 1996).

Nas lições de Norberto Bobbio (2006, p. 83-88):

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. E complementa, [...] o intérprete deve ser rigorosamente – e, podemos bem dizer, religiosamente – subordinado às disposições dos artigos do Código.

A hermenêutica como saber filosófico e a interpretação jurídica, são fundamentais, a ciência do direito, essencialmente, nos casos em que as normas jurídicas não mais se adequem as realidades sociais, ou diante da indeterminação dos fundamentos jurídicos legais, a presente indeterminação, pode se apresentar na forma de texturas abertas (Hart), que são nada menos que, “lacunas”, “penumbras”, que impossibilitam a subsunção direta da lei ao caso concreto em estudo, devendo o operador do direito, utilizar-se da discricionariedade judicial. Deve-se ressaltar que o exercício discricionário, precisa ser realizado de modo equilibrado, e para que isso aconteça, o aplicador vale-se dos adequados métodos hermenêuticos, a fim de construir uma decisão equilibrada que tutele os direitos da pessoa humana.

Carlos Maximiliano, ensina que, “deve o intérprete, acima de tudo, *desconfiar de si*, pesar bem as razões *prós e contras*, e verificar, esmeradamente, se é a verdadeira justiça, ou são ideias preconcebidas que o inclinaram neste ou naquele sentido” (MAXIMILIANO, 2020, p. 96). Desta forma, diante da vivência social-jurídica que se experimenta, põe-se em “cheque”, os métodos tradicionais de soluções dos casos submetidos à análise do Judiciário, que se alicerçava, em critérios de pura lógica formal, do pensamento dedutivo-silogístico, consequência da teoria subjuntiva da norma, que via nas sentenças judiciais, apenas, a resolução de um silogismo, de premissas maiores e menores, no qual, a premissa maior, era a lei, e a menor eram os fatos em pauta; a conclusão, tal qual, a dedução, que se seguia, resultaria à aplicação da lei aos fatos: “*dura lex, sed lex*” (MIRANDA, 2010).

Para Custódio da Piedade U. Miranda (2010, p. 273):

Há um a crise no direito: a) pelo descompasso cada vez maior e mais rápido entre o direito e a Vida, pois a variedade, multiformidade e novidade dos fatos desafia qualquer atividade legislativa, tanto mais precária e insuficiente quanto é certo que não se descobriu ainda, na elaboração das normas jurídicas, nenhum outro método que não seja pelo recurso à formulação da hipótese de fato e da respectiva estatuição; b) pelo próprio formalismo da atividade legislativa, com o seu sistema bicameral, de gestação lenta, que torna praticamente impossível a regulação imediata das questões da vida, carecedoras de tratamento e que explicam entre nós, as medidas provisórias e a sua “permanente reedição, contrariando a letra e o espírito da Constituição; c) pelo sistema da elaboração das leis que, não-obstante passarem pelo crivo das Comissões, encarregadas de depurarem-nas de vícios formais e substanciais, deixam muito a desejar no aspecto da isenção desses vícios, até porque tais Comissões, na sua constituição, atendem mais aos interesses político-partidários do que propriamente aos da boa técnica legislativa, como deveria ser.

Nesse contexto, corrobora Lênio Luiz Streck (2019, p. 9), “o intérprete-juiz – inserido em uma tradição jurídica, que em uma democracia, impõe-lhe responsabilidade política – tem um papel de mediação; o papel de realizar o devido ajuste institucional”. O jurista, então, dá seguimento, “é uma questão de *applicatio*, que, no direito, explico, como norma(tização) do texto jurídico a constituição é o resultado de sua interpretação. A língua fala, diria Heidegger; e a fonte ontológica é anterior ao homem-enquanto-homem; ao juiz-enquanto-juiz” (STRECK, 2019).

Conforme, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Kelly Cardoso Mendes de Moraes (2013, n.p.): “Deve-se ter consciência histórica de tudo o que forma os preconceitos/pressupostos por meio de uma auto-reflexão para uma a

interpretação adequada”. “[...], pois, o hermeneuta deve ter consciência da história, do todo, da sociedade, da família, dos problemas sociais, das leis, enfim, do contexto necessário para a aplicabilidade da norma, ou seja, compreender para interpretar”. O interpretar hermenêutico é, então, “mais do que intentar uma interpretação adequada, perceber-se-á a necessidade de uma interpretação ontológica compreensiva para obter-se, da melhor forma, a eficácia dos direitos e garantias fundamentais expressos ou implícitos (princípios) na Constituição Federal” (FERREIRA, MORAES, 2013, n.p.).

O trabalho do juiz não se limita a aplicação subjuntiva da lei, o aplicador jurídico, realiza o direito, há em sua atividade hermenêutica um processo criativo intrínseco à ela, e no momento da elaboração da sentença. A atuação discricionária, corrige as possíveis distorções que resultam da aplicação exegética das normas jurídicas ao caso concreto (MIRANDA, 2010).

O ordenamento jurídico, não é capaz de falar por si só, este se vale da hermenêutica para compreender os fatos sociais e os valores que afligem sobre os casos concretos. Por conseguinte, a aplicação da filosofia hermenêutica e da interpretação jurídica de maneira adequada, impedem uma atuação do direito de maneira arbitrária por parte dos hermeneutas, ou seja, impede que ajam subjetivamente, proporcionando indubitavelmente insegurança jurídica, injustiça, lesionem a dignidade humana, aos direitos da personalidade, e a justiça (social).

A hermenêutica e a interpretação jurídica, inibem, atuações exegéticas por parte de seus operadores, tendo em vista, que, “as coisas não são tão simples assim; o juiz não pode ser um mecânico operador de subsunções para encontrar no quadro normativo um a solução pronta e acabada para o caso concreto” (MIRANDA, 2001, p. 275).

Conforme, Edihermes Marques Coelho (2017, p. 169), o direito se constrói, a partir da linguagem comum, ordinária, em proposições comunicativas, dotadas de especificidades prescritivas, contidas em artigos jurídicos, que em sua grande parte, estão devidamente positivados. A isto, deve-se somar “uma preocupação com a objetividade da interpretação e da necessidade de valorização da “alteridade do texto”, para que este último não seja sufocado pelos pré-conceitos que o intérprete inevitavelmente traz consigo” (COELHO, 2017, p. 169).

O intérprete jurídico, em que pese, ser incapaz de compreender um texto jurídico despidido de seus pré-juízos, ao que deseja compreender de modo adequado o texto, deverá no momento da atividade hermenêutica, ou seja, no desenvolvimento do círculo hermenêutico, cessar, seus pré-conceitos e juízos, permitindo que o texto “lhe diga algo” (OLIVEIRA, STRECK, 2015, *online*).

O equilíbrio durante o hermenêutico, entre o positivismo-exegético e arbitrariedade, ou seja, a subjetividade extremada, na ocasião da aplicação normativa ao caso concreto, mostra-se relevante, sobretudo diante das situações em que se encontra a “textura aberta da norma” ou “*hard cases*”, fazendo-se necessário a atuação moderada do intérprete da norma, ou seja, onde se faz presente a discricionariedade jurídica.

Indiscutível deixar que a aplicação hermenêutica e a atividade interpretativa-normativa, são imprescindíveis para que o aplicador e intérprete do direito, diante do caso concreto, assegure uma atuação justa, adequada, digna, e possibilitando o pleno desenvolvimento da personalidade. E disto, não se excluem as decisões jurídicas, como será visto no tópico posterior.

5.4. A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CIÊNCIA NECESSÁRIA AO PROCESSO INTERPRETATIVO FRONTE AS DECISÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS PARA GARANTIA DE PRINCÍPIOS E TUTELA DE DIREITOS:

Como já exposto no item anterior, o hermeneuta tem como tarefa principal, interpretar e buscar o verdadeiro sentido das normas jurídicas diante dos casos concretos. A hermenêutica jurídica, portanto, possibilita o aplicador do direito adentrar-se nas necessidades jurídico-sociais, em busca garantia de princípios e tutela de direitos, fundamentalmente salvaguardar a dignidade humana, e conseqüentemente defender o livre desenvolvimento da personalidade.

Disciplina, então, Ana Paula de Barcellos, que (2005, p. 2), “o Judiciário ocupa-se exatamente de ponderar, [...] as provas produzidas (para definir quais fatos ocorreram) e as razões apresentadas pelas partes (para decidir a disposição aplicável ao caso e suas conseqüências)”. O aplicador e intérprete do direito, é responsável essencialmente em entender e compreender a filosofia hermenêutica, e a interpretação jurídica, com o fim de efetivar a adequação e

aplicação equilibrada da norma jurídica, e garantir sua eficácia aos casos concretos específicos.

De acordo com Vicente Ráo (1999), as respostas adotadas pelas cortes jurídicas na ausência de leis, ou para além destas, são dotadas de capacidade de criar direito, e ser verdadeiramente reconhecido como tal, não obstante, só será efetivo, se as presentes soluções forem construídas de modo constante e uniforme, mas um direito não no sentido formal e normativo (tendo em vista, que se obstarium intransponíveis preceitos de direito público), e sim, no sentido de um consenso que, corresponde às necessidades da sociedade. Ainda conforme Ráo, este direito criado junto ao judiciário, “pouco e pouco se generaliza e confere às soluções assim adotadas uma aplicação constante, que as próprias leis acabam por admitir e consagrar, revestindo-as de caráter obrigatório” (RÁO, 1999, p. 476).

Hans-Georg Gadamer, ensina:

A tarefa de compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, como tal, é vinculante e não abolível. A tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, poderemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos (1997, p. 489).

Os hermeneutas do direito, carecem da hermenêutica jurídica, quando atuam no círculo hermenêutico, e deparam-se a novos casos concretos, vez que, não é sempre que existem normas jurídicas positivadas que dizem respeito ao quadro investigado pelo intérprete; ou por muitas vezes o que há de legislado não mais condizem a realidade sócio-jurídica, pois como já se sabe, o direito não caminha *pari passu* com as transformações que ocorrem na sociedade. Desta maneira, os operadores do direito precisam ponderar os novos cenários jurídicos que lhe aparecem, por meio e uso da hermenêutica jurídica, com o fim de garantir os princípios, e a tutela de direitos das partes envolvidas, proferindo, nesta forma, sentenças justas e adequadas.

O sistema Judiciário, compreende um dos três Poderes que compõem a República Federativa do Brasil, segundo o artigo 2º da Constituição Federal,

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes (2014), o órgão judiciário, indispensável e basilar, para o firmamento e concretização do Estado Democrático de Direito, conforme o jurista, o Poder Judiciário, deve atuar harmoniosamente com os demais sistemas, mas de forma autônoma e independente, com o objetivo de edificar sua principal função como defensor das leis, “assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental” (MORAES, 2014, p. 521).

Ressalta-se que, aos moldes que o direito se perfaz atualmente, não se pode mais afirmar que uma decisão válida, será justa ou mesmo digna, o cumprimento de certos moldes legais (artigo 5º da LINDB e o artigo 489, § 3º do CPC), de uma sentença, – relatório, fundamentos, e dispositivos, não há garantia, que a decisão proferida, ou até mesmo perante o trâmite do processo, a justiça e a dignidade encontram-se presentes; portanto apenas critérios normativos, a compor uma decisão judiciária, não deverá ser considerada válida, justa ou digna, vez que a validade da decisão jurídica está intrinsecamente ligada ao atendimento dos pressupostos de dignidade humana, justiça e aos direitos personalíssimos.

Não obstante, em que pese, as imposições presentes no texto constitucional, quanto os objetivos fundantes do Poder Judiciário, por vezes, há o evidente desrespeito por parte dos operadores que desta fazem parte, o que certamente, enseja no proferimento de decisões injustas que ferem diretamente princípios e direitos que integram ao ordenamento jurídico brasileiro.

Uma decisão judicial injusta, aflige no âmago, dos mais diversos princípios e direitos tutelados pelo direito no Brasil. É o que ocorrera na 1ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba no Paraná, sob os autos de nº 0017441-07.2018.8.16.0196, observou-se no caso, que o réu, fora sentenciado pelo acometimento de furtos, e por supostamente ser integrante de organização criminosa, a Juíza responsável pelo processo, acabara por condenar o réu à uma pena de 14 anos, dois meses e 15 dias de reclusão em regime inicial fechado.

No entanto, ao longo dos autos, mais precisamente, na pontuação dos critérios de fixação da pena, a Magistrada do presente caso, sustentou, “sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso,

em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população” (fls. 107), o que a levou a aumentar, “a pena base em 1/8 da diferença entre o mínimo e máximo da pena prevista para o crime (o que resulta em 07 meses)” (fls. 108), levando em consideração, a existência de uma circunstância judicial penal desfavorável ao sentenciado, qual seja, conduta social.

A leitura dos autos do caso acima mencionado observou-se que tratava-se de pessoa da raça negra, de acordo com o testemunho de um dos policiais civis atuantes diretamente no caso, o mesmo afirmara “era magro e negro” (fls. 35). Assim, a Juíza alegou o critério, conduta social, baseando-se na raça do réu, para aumentar sua pena final em 1/8. Vê-se, portanto, que sentença condenatória proferida pela Magistrada, certamente, é lastreada pela injustiça, sendo, definitivamente uma sentença injusta, e dotada de racismo, vez que, a responsável pelo caso, pautou-se no fato, do sentenciado ser negro, para aumentar a quantia de pena, a ser cumprida pelo mesmo. A raça, independentemente, de qual seja, não deve servir como condição desfavorável ao caso, sob pena de lesão à princípios e direitos dos cidadãos.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº. 12.288/2010), infere-se que:

“Art. 2º: É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, **defendendo sua dignidade** e seus valores religiosos e culturais”. (grifo nosso)

O Estado Democrático de Direito, tem, assim, a função de proteger e tutelar, os princípios e direitos, que fundamentam a República do Brasil, independentemente de sua etnia ou cor da pele. Ocorre que, ao caso analisado e investigado, observou-se, nitidamente, que o Poder Judiciário, atuou contundentemente de modo contrário as diretrizes teleológicas, tanto da Constituição Federal de 1988, como do Estatuto da Igualdade Racial, além de não seguir os próprios princípios de sua profissão, proferindo uma sentença, injusta, dotada de indignidade, atentando diretamente à princípios e direitos do sentenciado.

Na legislação civilista de 2002, como na Constituição Federal Brasileira de 1998, não há a constatação expressa, e devidamente positivada, a despeito

das uniões homoafetivas como união estável. Diferentemente, o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988, estabeleceu entre “um homem e uma mulher”. E, o Código Civil de 2002, estabeleceu a união estável, acompanhando a CF/88, relação entre “um homem e uma mulher”; E, a união entre pessoas do mesmo sexo era reconhecida como sociedade de fato. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, utilizou-se de diretrizes principiológicas, axiológicas e teleológicas e, em maio do ano de 2011, nos processos ADPF 132 e ADI 4277, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Perceptível, que ausência legal evidenciada, não deve ser utilizada como argumento para o indeferimento do reconhecimento das uniões de pessoa do mesmo sexo, tendo a própria Constituição Federal, sobretudo, em seu artigo 2º, inciso III, como âmagô teleológico, garantir “o livre desenvolvimento afetivo e sexual da pessoa humana” (SCHREIBER, 2014, p. 233).

Luís Roberto Barroso, em sustentação oral no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277 “Interpretar o art. 226, § 3º, como sendo um fundamento para discriminar os homossexuais é trair a inspiração dessa norma, é trair o espírito da norma, é trair o fim da norma. É mais ou menos como condenar alguém com base na lei de anistia. É um absurdo completo”. Assim, é certo que a Magistrada acabara por proferir uma decisão injusta em desfavor do casal, o que seguramente feriu seus valores, princípios e direitos, como a Dignidade e os direitos da personalidade.

Observa-se que a decisão proferida pelo STF de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo teve como fundamento o Princípio Constitucional da igualdade e da dignidade humana, e, foi o reconhecimento da existência de relacionamentos entre tais pessoas, com as mesmas características de casais heterossexuais: relação duradoura, continuada, pública e notória, com a intensão de constituir família. Tal decisão respeitou a evolução social e novos valores que permeavam a sociedade à época. E, a partir de tal decisão, o CNJ em 14 de maio de 2013, baixou resolução que obrigou os cartórios de todo o país a celebrarem o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento.

Nesse julgamento houve a ponderação dos julgadores, a análise social, a evolução dos costumes e dos valores morais. Totalmente contrária à decisão mencionada anteriormente, que condenou com aumento de pena pelo fato do condenado ser negro. Presumiu a magistrada que em razão da cor tratava-se de pessoa perigosa, exemplos de decisões diferentes. A primeira totalmente contrária a justiça, uma decisão preconceituosa, que fragilizou o poder judiciário, pela desumanidade e ausência de ponderação. Já a decisão proferida pelo STJ, reconhecendo a união estável entre os casais de pessoas do mesmo sexo, foi fruto de interpretação filosófica em reconhecimento de direito e de justiça, acompanhando a evolução social e em respeito à dignidade humana.

Em outro caso, houve erro do poder judiciário, caso em que constatou-se a presença de sentença dotada de injustiça em desfavor das partes. O presente fato acontecera, no Estado de Santa Catarina, onde um homem fora condenado como partícipe, à pena de roubo de dois anos de reclusão e de treze anos e quatro meses por latrocínio, tendo a pena que ser cumprida em regime inteiramente fechado, o réu interpôs apelação criminal, alegando erro judiciário, não obstante, a pena foi mantida em sede de Tribunal, diante da permanência da condenação, o réu passara seis anos recluso na cidade de Joaçaba Santa Catarina, tendo sua condenação reformada apenas em Revisão Criminal perante Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RVCR 43138 SC 2003.04.01.043138-0).

A sentença fora então revisada, pelo Poder Judiciário, que decidiu por julgar procedente o pedido de Revisão Criminal, adentrado pelo réu, com fundamento no artigo 621, I e III do Código de Processo Penal, uma vez que a condenação pautou-se exclusivamente em elementos do inquérito policial, e os fatos não foram comprovados ao longo da instrução criminal, senão veja-se um trecho da decisão:

[...], no acórdão, foram considerados apenas alguns dos depoimentos constantes do inquérito. Não foi valorado o fato de que o réu prestava serviço de corrida e que levou um colega e companheiros que disseram que iam caçar, quando na região era costume a caça. Não foi considerado o pagamento irrisório de R\$ 10,00 (dez reais) compatível com a corrida mas não com o transporte para assalto baseando-se a condenação apenas na prova colhida no inquérito. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a prova produzida em inquérito não é justa causa para a condenação, logo a condenação perpetrou-se contra a evidência da prova dos autos (fls. 8).

Neste sentido, foi concluso em sede de Revisão Criminal que: “[...] as novas provas presentes aos autos demonstram a inocência do acusado” (fls. 3), restando, assim de forma clara que o réu foi condenado de modo injusto, inclusive permanecendo em reclusão por seis anos (RODRIGUES; PAGNAN; VALENTE, 2021, *online*), até o momento, em que fora inocentado e, conseqüentemente, expedido alvará de soltura em seu favor.

Nesse caso houve o erro do Poder Judiciário em não examinar que as provas existentes nos autos não foram produzidas em Juízo, mas no inquérito policial, e, a jurisprudência é pacífica em não considerar as provas do inquérito policial. Tal erro, feriu a honra e a dignidade do inocente que ficara 06 (seis) anos na prisão. É possível constatar em tal caso o desrespeito à pessoa humana em seus direitos da personalidade. Foi-lhe retirada a liberdade por seis anos; teve a sua honra ferida por ser condenado por um crime que não cometera. Perdera a cidadania por tal período, e a convivência com a sua família. A perda de tais direitos certamente lhe ferira interiormente, não sendo possível resgatar sua moral, seus valores e sua honra. Não há indenização que supra tais perdas. Por isso, cabe ao magistrado ao julgar o processo ser um hermeneuta, analisar o caso concreto em conformidade com as provas, com a evolução social, científica e tecnológica. Julgar com ponderação e respeito à dignidade humana.

Deve-se ressaltar, que o direito à liberdade, trata-se de um direito da personalidade, ou seja, sem a liberdade, a pessoa humana é incapaz de desenvolver sua personalidade, outrossim, a liberdade é direito fundamental devidamente positivado na Constituição Federal de 1998 (CANTALI, 2009). Segundo a jurista Fernanda Borguetti Cantali (2009, p. 210), a liberdade em sua dimensão positiva, compreende a faculdade do indivíduo agir de acordo com sua vontade, sendo dotada da capacidade de poder praticar qualquer ato, que não seja expressamente proibido, ou que atinja, “a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrário à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana” (CANTALI, 2009, p. 210).

O direito de liberdade é, portanto, pressuposto, para garantia e defesa dos direitos de personalidade e salvaguarda da dignidade da pessoa humana, deste modo, afirma a autora, para que a pessoa humana, possua condições plenas de desenvolvimento, faz-se fundamental a proteção de sua liberdade, vez

que o presente direito é imprescindível para o desenvolvimento da personalidade (CANTALI, 2009).

Certamente, no caso em comento, a condenação injusta do sentenciado, que ensejou sua apreensão e permanência de sua liberdade restrita, aflige diretamente seu potencial de desenvolvimento dos direitos personalíssimos. E, tendo em vista que o indivíduo permaneceu recluso por seis anos junto ao sistema prisional de Santa Catarina, é impossível estimar os danos à sua integridade psíquica e física. À título de exemplificação observa-se o relato de um indivíduo também condenado e preso injustamente por dois anos, conta, este, que durante o tempo em que permaneceu na prisão, fora estuprado por sessenta presos e contraiu HIV (RODRIGUES; PAGNAN; VALENTE, 2021, *online*).

Conforme Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade de proteção ao corpo e mente, tem como bem jurídico à incolumidade física e intelectual, outrossim:

Preservam-se, com o direito reconhecido, os dotes naturais e os adquiridos pela pessoa, em nível físico e em nível mental, profligando-se qualquer dano ao seu corpo ou à sua mente. Condenam-se atentados ao físico, à saúde e à mente, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas à normalidade funcional do corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental (2014, p. 130)

Deve-se, então, especial atenção, uma vez que as decisões jurídicas, são intrinsecamente dotadas de consequencialismo²⁵, ou seja, no momento em que são proferidas, inexoravelmente seus efeitos afetam, às partes envolvidas no processo, afetam até mesmo as relações sociais que circundam à decisão, portanto os estudos dos elementos necessários para compreensão das decisões jurídicas através da hermenêutica e da hermenêutica jurídica, mostram-se

²⁵[...] posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, e. g., entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, i. e., a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (e. g., a que se ocupa em medir a "distância" da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático). A concepção particular que se propõe a defender as valorações de consequências enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, que devem no entanto ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas, caracterizará então o tipo "fraco" de consequencialismo jurídico (SCHUARTZ, 2014).

imprescindíveis a garantia do justo e do digno, e sobretudo fundamentais para a tutela eficaz e a concretização dos direitos de personalidade.

Ao que se foi dito, denota-se, então, que o Poder Judiciário é parte fundamental e imprescindível a compor o Estado Democrático de Direito Brasileiro, uma vez que tem como tarefa resguardar e garantir as normas jurídicas brasileiras, e seus princípios e valores, como a dignidade da pessoa humana. Não obstante, conforme observado ao longo do texto, apesar da existência dos preceitos que fundam e devem ser cumpridos pelo Poder Judiciários, por certas vezes, seus representantes não os respeitam, proferindo assim, decisões que não atendam aos princípios e tutelem os valores do direito. É diante disto, que a atividade ponderativa, e o exercício hermenêutico são imprescindíveis, para concretude de justiça (social), e consequentemente, garantia à dignidade humana e a tutela dos direitos de personalidade.

5.5. A JUSTIÇA SOCIAL COMO GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA:

Como anteriormente explicitado, a justiça não é um valor em si mesmo, é um valor supremo, assim como a dignidade Humana, sendo, então a grande relevância do justo é permitir que todos os demais valores jurídicos sociais valham, em uma harmonia coerente de ideais e axiomas, o mesmo acontece, de maneira equitativa, ao conceito de justiça social. Deve-se atentar que a hermenêutica jurídica, portanto, é fundamental, para que tais direitos sejam assegurados, ela precisa caminhar *pari passu* com a proteção da dignidade e personalidade humana, uma vez que o homem é o epicentro do direito, fundamentando-se, reiteradamente no justo (social).

Insta salientar que para compreensão mais adequada aos casos fáticos-sociais que surgem cotidianamente, se faz necessária a interpretação normativa, e o uso dos métodos hermenêuticos, – em que pese, dispositivos legais como o artigo 5º da LINDB e o artigo 489, § 3º do CPC – para que se aflore o justo e o digno no momento da aplicação da norma diante das decisões judiciais, e assegure-se os direitos de personalidade, de modo a também impedir decisões arbitrárias por parte dos aplicadores do direito, quais sejam, decisões de extrema

subjetividade, que propulsionam indubitavelmente insegurança jurídica, injustiça e decisões que não atendem aos valores da dignidade.

Conforme Gustavo Tepedino:

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I e III, CF/88), como fundamento da República, aliados à garantia da igualdade substancial (artigo 3º, III, CF/88) e formal (artigo 5º, CF/88), bem como a garantia residual consagrada no §2º do artigo 5º da CF/88, no sentido de não exclusão de garantias e direitos que mesmo não expressos decorram dos princípios do texto maior, além de condicionarem o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da personalidade humana, tomada como valor máximo do ordenamento. (2004, p.49-50).

A dignidade humana, como “fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica” (SILVA, 1998, p. 93). Assim, a justiça social caso não seja assegurada, certamente, afetará a Dignidade do homem, e o desenvolvimento de sua personalidade, a pessoa humana necessita viver em igualdade social, sob pena de lesão direta aos seus demais direitos.

Disciplina Silva (1998, p. 93) que, uma sociedade, e um sistema jurídico dotado de profundas desigualdades, certamente, constituirá um desrespeito à dignidade da pessoa humana, fato é que uma “ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade”, refere-se a uma sociedade, indigna, onde os direitos de personalidade são recorrentemente lesionados.

Conforme José Afonso da Silva, “a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc.”, não devem ser vislumbrados, como meros enunciados legais devidamente formalizados, mas sim, são valores que essencialmente indicadores do conteúdo normativo de garantia e efetividade da dignidade da pessoa humana (SILVA, 1998, p. 92).

A justiça (social) e a dignidade humana, são princípios de natureza axiológica interligados, desta via, um sistema ou ordenamento jurídico, injusto, seguramente afetará a dignidade, sendo, portanto, indigno. Neste sentido,

quando o direito não exerce sua função de garantir justiça, ele falha também no seu objetivo de defender a dignidade humana, e acaba por lesionar todos os demais valores inerentes a pessoa humana, inclusive sua personalidade. Diante disto, é que se observa a imprescindibilidade da hermenêutica jurídica, em investigar o âmago, o espírito do direito, em busca da defesa e tutela de direitos.

Segundo José Afonso da Silva, “não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”, tendo em vista que, a “liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois, a igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa” (SILVA, 1998, p. 98).

A hermenêutica filosófica precisa estar atenta à interpretação do direito diante das necessidades sociais. O Estado tem o dever de proteção e tutela dos direitos fundamentais da vida humana. A Constituição Federal de 1988 garantiu tais direitos, inclusive os direitos da personalidade, que foi acompanhado pelo Código Civil de 2002. No entanto a desigualdade social está estampada pelas ruas das cidades, onde pessoas em condições de rua vivem de forma totalmente indigna. Eis o paradigma atual. A falta de aplicabilidade das normas que tutelam a dignidade humana e os direitos da personalidade. Direitos conquistados no decorrer do tempo onde vidas foram desrespeitadas em suas liberdades, e ceifadas de forma desumana e cruel.

O encerramento das duas Grandes Guerras, principalmente, o fim da Segunda, ofertou a sociedade mundial, um prato de difícil digestão, a banalidade do mal, o que fomentou efeitos dos mais diversos em todas as áreas do conhecimento humana, representando, assim, um verdadeiro marco, que traria mudanças significativas para o mundo inteiro. No direito geral, ou mais especificamente no direito constitucional, tais acontecimentos representaram o estopim, para a necessidade da superação do positivismo jurídico, em sua essência, que havia se tornado dominante nos sistemas jurídicos mundiais durante as primeiras décadas do século, e retornou-se à ideia de valores. Voltando, desta maneira, reconhecer, que o direito não é capaz de surgir no mundo por si só, sendo necessário sua profunda relação com os valores que lhe são previamente existentes, como os ideais de justiça e de humanidade, que brotam na consciência humana de toda sociedade, e na experiência civilizatória (BARCELLOS, 2011).

Ensina Custódio U. Miranda (2001, p. 273):

Há uma crise na Justiça: a) da justiça social, com a péssima distribuição de renda, e o consequente baixo poder aquisitivo da maioria da população, em função de um aviltante salário mínimo, de um desemprego inquietante, devido, entre outros fatores, aos males da globalização e da própria consciência cívica das camadas mais altas da população; b) da justiça laboral, com a grande concentração da riqueza produzida com o fruto do trabalho humano nas mãos dos detentores do capital, a grave questão social de sempre, nunca superada e pouco resolvida, não obstante o sangue, suor e lágrimas de tantos que por ela lutaram no tempo e no espaço e que não mereceu mais do que tímidas intervenções legislativas, pelo menos em países como o Brasil; c) da justiça previdenciária, com os permanentes rombos nos fundos públicos da previdência social, não obstante as suas fabulosas arrecadações, mais devidos à insensatez, à falta de escrúpulos e de um mínimo de senso de honestidade dos que têm acesso aos seus cofres ou aos que lidam com o dinheiro público, com o consequente flagelo para a população de trabalhadores que consumiram as suas energias e renunciaram ao lazer, numa vida inteira de infatigável labuta, para, ao fim, nos anos que ainda lhes restam, não terem sequer direito a uma justa remuneração do capital, empatado com as contribuições; etc.

A crise na justiça está intercalada com o desrespeito à pessoa humana, que é o epicentro do direito. Não basta existir a lei, é preciso aplicá-la em proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade de cada pessoa. A lei não se auto interpreta, não se auto aplica, esse papel é do hermenêuta que leva à aplicabilidade da norma as questões sociais, as necessidades humanas, tudo que for necessário para o desenvolvimento físico e psíquico da pessoa.

A hermenêutica jurídica, como saber filosófico, é verdadeiramente fundamental. A sociedade, sofre mudanças e transformações, diariamente e de modo muito veloz, tendo seus ideais, e valores alterados constantemente, principalmente, diante da Quarta Revolução Industrial, em que se atualmente vive, o que certamente, dificulta que os legisladores e o direito consigam se remoldar, no mesmo ritmo que a comunidade que a comunidade humana. Cabe, aos seus operadores, fazendo uso da Ciência e interpretação hermenêutica de modo adequado e ponderado, de modo, a fazer com que o sistema jurídico melhor se adeque aos casos concretos, visando a justiça (social), a dignidade humana, e a personalidade.

Assevera Soares que (2008, p. 23), o “debate sobre a legitimidade do ordenamento jurídico remete à necessidade de fundamentar o direito em padrões valorativos ou estimativas sociais, perquirindo as possibilidades de materialização da justiça”. E, as normas de direitos fundamentais são de uma abertura, e um campo extremamente fértil para a criação judicial, os direitos de

cunho fundamental são dotados de certa abertura, diante de sua indeterminação, e forte carga valorativa das bases que as integram, e os consagram (SARLET, 2009).

Afirma Ingo Sarlet Wolfgang (2009, p. 67), “a premissa, mas a norma jurídica (re) formulada pelo próprio juiz a partir da seleção dos preceitos incidentes e da determinação dos significados destes”. Reforçando, este posicionamento desenvolvido por Sarlet, afirma o jurista André Gustavo Côrrea de Andrade, “em todos os casos, caberá ao julgador, na dignidade do exercício de sua função, buscar a defesa e a concretização do princípio constitucional que exige o respeito à dignidade inerente a todo ser humano” (2003, p. 335).

Conforme, Ricardo Maurício Freire Soares (2009, p. 23), “desde a Antiguidade Clássica até as discussões travadas no mundo contemporâneo, direito e justiça são termos que costumam estar profundamente associados”. Para o jurista, “entre os diversos anseios fundamentais do ser humano, destaca-se a busca incessante pelo justo, seja na orientação das condutas individuais, seja na organização coletiva da vida em sociedade” (SOARES, 2009, p. 23). É disto, que gera a imprescindibilidade da interpretação normativa, diante dos valores da sociedade, morais e éticos, para a defesa da proteção da dignidade humana. Neste sentido, “o direito justo é, portanto, o sinônimo de direito legítimo, porque capaz de espelhar, em certo ambiente histórico-cultural, os valores tendentes à concretização do valor do justo numa dada comunidade humana” (SOARES, 2009, p. 24).

As excessivas desigualdades econômicas e sociais, existentes entre os membros da sociedade, ou de uma mesma família de pessoas, são contundentemente, contrárias à justiça social, à equidade, à dignidade humana e à paz entre os povos, social e internacional (SILVA, 1998). Conforme, Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 91-92), “é justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana (ombreando em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade)”, e é por essa razão, que a dignidade, tem sido considerada por grande parte da sociedade, como princípio, e valor, da mais alta categoria do ordenamento jurídico brasileiro, dos demais ordenamentos mundiais. Leciona, Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p.131) “a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria

experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço”.

Disciplina Ana Paula de Barcellos (2005, p. 5):

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

De acordo com Barbosa e Quarelli (2021, *online*), deverá, “o juiz deve decidir pela interpretação que melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade”. Deve então o operador do direito, conhecer as normas jurídicas, e precisa atentar-se aos valores e princípios que renovam-se a todo momento, da mesma forma que a sociedade também transforma-se, outrossim, deverá aplicar a hermenêutica jurídica para a concretude de justiça (social), e consequentemente defender a dignidade humana, e tutelar o desenvolvimento pleno da sociedade.

No momento em que nuvens escuras cobrem o céu da esperança, trazendo a insegurança pela desigualdade social, e ausência de normas justas em conformidade com a evolução social, científica e tecnológica; obscurece a aplicabilidade do direito visando a justiça social; operadores do direito se negam a serem verdadeiros hermeneutas numa sociedade injusta, pois não cumprem com o seu mister em aplicar o direito em prol da dignidade e dos direitos da personalidade, vida perecem sem trabalho, sem esperança e sem dignidade.

A justiça social é o horizonte a ser alcançado, e somente será por meio da hermenêutica jurídica filosófica, que analisará as necessidades humanas, o direito e a sua aplicabilidade. A justiça social por meio da hermenêutica jurídica, se concretizada, um novo horizonte jurídico e social despontará, para que as pessoas não se sintam desamparadas pelo direito, e possam vislumbrar uma sociedade justa e equilibrada sem distâncias e desigualdades; e sim com as mesmas possibilidades de desenvolvimento físico e psíquico, isso é, uma vida digna.

7 CONCLUSÕES

O objeto desta dissertação teve como objetivo principal apresentar os elementos essenciais para a compreensão do direito como garantia de dignidade humana, justiça (social) e consequentemente a tutela dos direitos personalíssimos, sob à ótica da hermenêutica jurídica. Assim, o problema de pesquisa propôs-se investigar que diante das lacunas legislativas, e as mudanças sócio-jurídicas, trata-se a hermenêutica jurídica como filosofia, de instituto indispensável, para a concretude de justiça social no direito, e consequentemente, a garantia de vida digna e tutela da personalidade? Para responder a esta problemática geral, apresentar-se-á, as principais conclusões alcançadas pela pesquisa.

Ao longo do presente estudo, concluiu-se, então que a justiça é intrínseca ao homem a concepção de justo, desenvolveu-se em conformidade com a evolução da sociedade. Onde o homem, conforme a comunidade avançava socialmente e linguisticamente ao decorrer dos séculos, passou a incorporar a sua consciência o senso de justiça, enquanto a escrita florescia em mais de 1500 anos, as primeiras impressões da justiça, então, progrediam.

É possível dizer que na história da humanidade houveram normas que foram contrárias à vida, e que também, foram injustas, tal qual, a escravidão, sendo assim, o direito positivo, as normas legais, não são suficientes para a proteção da sociedade, pois há leis que são injustas, observou-se desta forma que, o direito não pode se desassociar da justiça, onde apenas o legislado não se faz capaz de garantir o justo, o digno e a personalidade. Assim, a ideia de justiça, transformou-se à medida que a sociedade mudava, em seu contexto político, ideológico, econômico, entre outros. Certo é que, a justiça não é um valor que tenha um fim em si mesmo: trata-se de um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores tenham validade.

Além disso, concluiu-se, que a dignidade humana, trata-se de valor de garantia indisponível, que indubitavelmente passa a compor a tridimensionalidade do direito. A dignidade da pessoa humana, então se revela para a sociedade, como um valor de relevância supra, tal qual, a justiça. Constatou-se, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor axiológico e ontológico intrínseco a todas as pessoas. Outrossim, depreendeu-se que a justiça e a dignidade humana, são princípios interconectados, desta

forma, quando uma situação jurídica que não defende a justiça, afetará diretamente a dignidade do indivíduo, e um direito que não é digno, conseqüentemente, o será injusto, afetando todos os valores que são inerentes a pessoa humana.

Constatou-se, também, que a interpretação da norma jurídica, frente os princípios e valores sociais, morais e éticos que prezam pela defesa e salvaguarda da dignidade humana, foi e é de grande importância para o direito. A dignidade da pessoa humana assume a forma como um princípio que surge da própria experiência axiológica e social de cada cultura humana, sujeita as influências do tempo e do espaço. Demais disto, observou-se no presente estudo, que o presente princípio e os direitos da personalidade com o tempo sofreram alterações, e enriqueceram em seu âmago suas construções, e seus conceitos históricos, tanto no direito interno como no internacional.

Concluiu-se, no estudo, que o princípio da dignidade humana e a personalidade encontram-se interligados, ou seja, a dignidade humana e a tutela da personalidade possuem uma correlação intrínseca existencial, no qual, não há a possibilidade de se desenvolver os direitos da personalidade de maneira efetiva se o digno não for assegurado ao indivíduo. Ao fim e ao cabo, o princípio da dignidade humana, é fundamento de origem para os demais direitos do ordenamento jurídico, devendo ser salvaguardado também no momento de aplicação hermenêutica *in casu*. Assim, observou-se que a defesa do digno, leva a conseqüente proteção da personalidade e vice-versa.

Ademais, inferiu-se que, o reconhecimento da dignidade como epicentro do direito, e de proteção da pessoa humana, ensejou a necessidade da proteção da personalidade, vez que, os direitos de personalidade e a dignidade humana são institutos jurídicos interdependentes, assim como, a justiça (social). Onde a proteção de vida digna conseqüentemente garante a proteção da personalidade, são direitos pelos quais, fazem a pessoa, pessoa humana, devendo estes serem assegurados, pois integram o mais íntimo que os sujeitos de direito são dotados.

A hermenêutica e interpretação jurídica, são partes essenciais para a construção do direito harmônico, um direito que busca a tutela de direitos. A hermenêutica e interpretação jurídica assumem um papel de ainda mais relevância quando os aplicadores e intérpretes jurídicos deparam-se com normas indeterminadas, ou mesmo lacunas no ordenamento, o que formam

verdadeiras penumbras, que dificulta a análise caso a caso, vez que impedem que os hermenutas realizem a subsunção direta da lei *in casu*, sendo necessário o uso da atividade hermenêutica e da discricionariedade.

Demais disto, averiguou-se, que o sistema jurídico, não se faz capaz de expressar-se por si só é imprescindível para este, a atividade hermenêutica para compreensão dos fatos, e os valores que incidem sobre o caso em concreto. Denotou-se, então, que a aplicação da hermenêutica jurídica de modo adequado e equilibrado, impede que aplicadores e intérpretes do direito atuem com extrema subjetividade, emitindo decisões arbitrárias que proporcionam indubitavelmente insegurança jurídica,

Outrossim, a aplicação hermenêutica jurídica impede que os hermenutas jurídicos, executem o direito de modo exegético, ou seja obedecendo a letra da lei, ou seja no caso, em que o operador do direito interpreta os artigos de lei, e segue de forma rigorosa aquilo que foi positivado pelo legislador, aplicando a norma jurídica ao caso concreto de modo exegético, mesmo que o direito positivado não cumpra mais sua função social, ou não mais atenda às necessidades sociais. Deve-se ressaltar que ambos os casos ensejam na aplicação de um direito que não mais atende aos valores da dignidade, justiça (social), e de tutela da personalidade.

Concluiu-se, então, ao longo do texto que, os operadores jurídicos, precisam ter conhecimento pleno das normas jurídicas, mas além disso necessitam atentar-se aos princípios que guiam a sociedade, e as alterações que nesta acontecem quando a comunidade humana evolui social, científica ou tecnologicamente. Além disso, inferiu-se que os aplicadores e intérpretes do direito, devem observar, os problemas sociais, políticos e econômicos que circundam o corpo social; ou seja, compreender por todo, os círculos hermenêuticos, sobretudo, devem atentar-se as regras jurídicas e sua eficácia *in casu*. Outrossim, constatou-se que a filosofia hermenêutica jurídica precisa caminhar *pari passu* com a justiça (social), com a proteção da dignidade humana, e a defesa da personalidade, uma vez que a pessoa humana é o epicentro de proteção de todo o direito.

O equilíbrio durante o processo hermenêutico, entre o positivismo-exegético e arbitrariedade, ou seja, a subjetividade extremada, ao longo da *applicatio* normas ao casos concretos, mostra-se, profundamente relevantes,

principalmente, quando na prática do direito, aparecem situações complexas de resolução, qual seja normas de textura aberta, ou “*hard cases*”, fazendo-se necessário a atuação moderada, do intérprete da norma, baseando-se, sobretudo, em valores e princípios, que guiam a sociedade atualmente, como a boa-fé, a equidade, função social, entre outros, fazendo-se, então, presente a atividade discricionária jurídica.

Inquestionável, que a aplicação hermenêutica e a atividade interpretativa-normativa, são parte e essência do direito cotidiano, de seus operadores, sendo imprescindíveis a estes para que, diante do caso concreto, assegurem uma atuação justa, adequada, digna, e que permita o pleno desenvolvimento da personalidade. Tem, portanto, o hermeneuta do direito, como pressuposto de seu exercício, aplicar a hermenêutica jurídica para a concretude de justiça (social), consequentemente defender a dignidade humana, e tutelar o desenvolvimento pleno da sociedade.

Ademais, averiguou-se que a atividade hermenêutica não encontra, portanto, suas balizas de compreensão e aplicação, apenas no ordenamento jurídico, mas sim, na formação do *ser*, daqueles que efetivamente aplicarão as normas ao caso concreto, estes deverão possuir na parte mais intrínseca de seu *ser*, senso de justiça, e a capacidade de reconhecimento da pessoa humana que se há por trás de um número de processo ou se um caso concreto que lhe surja, precisa este *ser*, fazer o retorno ao direito justo (social) e digno, para garantia da harmonia social, e dos direitos personalíssimos.

As normas jurídicas são consideradas injustas, a partir do momento, em que a sociedade, a reconhece como tal, passa, então, a injustiça ser senso conhecido pelos membros da sociedade. Por exemplo, reconhecer, a possibilidade, de escravizar um *ser*, ou seja, tratá-lo como objeto, passou a ser percebido pelos juristas e por toda comunidade humana, que aquilo feria a dignidade da pessoa, e sua personalidade, e assim, uma pessoa não poderia ser tratada como ferramenta, ou meio para se alcançar algo, o *ser humano*, é fim, não há preço que pague a vida. Desta forma, com o desenvolvimento social, e o desenvolvimento do senso de justiça no homem, estes puderam identificar ao longo do tempo as normas jurídicas que são injustas, extinguindo-as, através dos operadores do direito.

Contatou-se, portanto, que a justiça, e a justiça social, são institutos que existem, e que se fazem presente no cotidiano, em que pese, a dificuldade de sua concretude a sociedade, busca por meio do direito, seja por adequação de normas jurídicas, seja por meio da emissão de decisões jurídicas adequadas. Assim, observou-se que o hermeneuta jurídico, deverá por meio do direito diminuir as desigualdades evidentes que existem em sociedade, com o intuito de garantir justiça (social), defesa de dignidade humana, e tutela da personalidade de cada indivíduo. E é por meio do direito, e por meio do uso hermenêutico, pelos intérpretes e operadores jurídicos, que poderá se alcançar o objetivo de assegurar justiça social.

Portanto, contatou-se que, o papel da hermenêutica jurídica para a justiça social, é exatamente, prestar-se como caminho para sua defesa e concretude. A hermenêutica, deixa de ser apenas ferramenta a auxiliar os aplicadores jurídicos, mas sim, passa a ser parte fundamental e indispensável para a garantia de direitos, adequando o direito aos casos concretos que surgem diariamente aos hermeneutas.

Finalmente, conclui-se que, a hermenêutica jurídica, trata-se de filosofia indispensável no momento de interpretação e aplicação da norma jurídica *in casu*, depreendeu-se, então, do presente texto estudado, que por intermédio da hermenêutica, o operador do Direito, poderá ponderar caso a caso as situações em concreto de maneira harmoniosa; em que pese as mudanças sociais, há a ausência de norma jurídica, ou mesmo quando esta não mais se adeque a realidade social, garantindo, assim, dignidade, a tutela da personalidade e a concretude da justiça social, e a tutela de direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua concretização judicial**. Emerj, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 316-335, set. 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

APEL, Karl-Otto. **La transformácion de la filosofía: tomo I: análisis del lenguaje semiótica y hermenéutica**. Madrid: Taurus, 1985.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teleológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012. (V. VI; II SEÇÃO da II PARTE - QUESTÕES 57 - 1227).

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Tradução de: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim.

BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinicius. **O que é isto — a crítica hermenêutica do Direito?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Tradução de: Humberto Laport de Mello.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 5, n. 48, [n.p.], maio 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Tradução de: Plínio Dentzien.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; Guilherme Assis de Almeida . **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502208278. Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00006420&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo, SP: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Bauru, Sp: Edipro, 2008.
Tradução de: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti.

BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del4657compilado.htm>.
Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI; ADPF, nº 4277; 132. Relator: Ayres Britto. Notícias Stf. Brasília. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>.
Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.228/2010. Estatuto da Igualdade Racial - EIR. Decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República. **Diário Oficial da União**, Brasília em 20 de julho de 2010.

BROCHADO, Mariá. Apontamentos sobre Hermenêutica Jurídica. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, p. 227-261, jul./set. 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/155>. Acesso em: 26 dez. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORNHEIM, Gerd. **O Sujeito e a Norma**. In: Ética. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASSIRER, Ernst. **Antropologia Filosófica: Ensaio sobre o homem:** introdução a uma filosofia da cultura humana. 2. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1977.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Público, privado, despotismo.** In: Ética. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

COELHO, Edihermes Marques. Hermenêutica e interpretação constitucional sistemática axioteleológica. **Opinião Jurídica**, Medellín, v. 16, n. 32, p. 169-187, jul./dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. Tradução de: Afonso Celso Furtado Rezende.

DILTHEY, Wilhelm. O Surgimento da Hermenêutica (1900). **Numen**, Juiz de Fora, v. 2, n. 1, p. 11-32, nov. 1999.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais:** fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 71-99, jun. 2005.

DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Princípios Constitucionais do Processo do Contraditório e Celeridade Processual.** 2009. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - Puc-Rio, Rio de Janeiro, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços.** Coimbra: Almedina, 2012. Tradução de: Pedro Elói Duarte.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADO PORTUGUÊS. **Código Civil.** 1966. Disponível em: http://www.bocc.ubi.pt/_esp/autor.php?codautor=62. Acesso em: 21 dez. 2021.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; PERA, E. A DIGNIDADE HUMANA SOB A PERSPECTIVA TRIDIMENSIONALISTA E DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ANÁLISE DO NOVO PARADÍGMA DE RECONSTRUÇÃO DO DIREITO. In: Alexandre Walmott Borges; Lara Rodrigues de Toledo; Rubens Beçak. (Org.). **Hermenêutica.** 1ed. Florianópolis-SC: **CONPEDI**, 2013, v. 1, p. 184-206

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. **Revista Jurídica CESUMAR.** Mestrado, v. 6, p. 241-266, 2006.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. ESTUDO DA DISCIPLINA DA INTERPRETAÇÃO: RUPTURA PARADIGMÁTICA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. In: Alexandre Walmott Borges; Iara Rodrigues de Toledo; Rubens Beçak. (Org.). *Hermenêutica*. 1ed. Florianópolis-SC: **CONPEDI**, 2013, v. 1, p. 212-241.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Princípios de justiça e avaliação de políticas. **Revista Cultura e Política**, [s. l], n. 39, p. 73-103, nov. 1997.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ln/a/458bwWSxTPTLf7Vqh9Syq3P/?lang=pt#>. Acesso em: 15 ago. 2021.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 715, p. 273-301, maio 1995. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113720>. Acesso em: 20 dez. 2021.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [s. l], n. 63, p. 7-20, out. 2002.

FULLER, Lon L.. **The Morality of Law**. Fredericksburg, Virginia: Bookcrafters, Inc., 1969.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997. Tradução de: Flávio Paulo Meurer.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método Vol. I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2015. 1 v.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIACOIA, Gilberto. JUSTIÇA E DIGNIDADE. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho -PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86>>. Acesso em: 01 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v2i2.86>.

HAMMURABI. **O CÓDIGO DE HAMMURABI**. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes Ltda, 1976. Introdução, tradução e comentários de E. Bouzon.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A Hermenêutica filosófica de Gadamer e o Direito: tradição e linguagem. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 8, p. 9-23.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto (Portugal): Resjurídica, 1982.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Renato Janine Ribeiro.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

IAMUNDO, E. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. ISBN 9788547213527. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00020708&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 23 dez. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Com pandemia, 20 estados têm taxa média de desemprego recorde em 2020**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30235-com-pandemia-20-estados-tem-taxa-media-de-desemprego-recorde-em-2020>. Acesso em: 12 nov. 2021

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD Contínua 2018: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 12 nov. 2021.

JOHNSTON, David. Breve história da justiça. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2018. Tradução de: Fernando Santos.

Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: **Conselho da Justiça Federal**, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007. Tradução de: Paulo Quintela.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013

KELSEN, Hans. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LACERDA, B. A. Origens e consolidação da ideia de justiça social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 112, p. 67-88, 31 ago. 2016.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **HERMENÊUTICA OU INTERPRETAÇÃO?** Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>. Acesso em: 23 dez. 2021.

LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 72, p. 125-146, jun. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em: 08 out. 2021.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Julio Fischer.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. [S.L.]: Ridendo Castigat Moraes, 1999. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 9788530991081. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00019923&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 set. 2021.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri: Minha Editora, 2010.

MICHAËLIS, Carolina; MICHAELIS, Henriette. Ponderar. In: MICHAËLIS, Carolina; MICHAELIS, Carolina Michaëlis e Henriette. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. Cajamar: Melhoramentos, 2016. p. 1-994.

MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. Brasil: Lebooks Editora, 2019.

MIRANDA, C. da P. U. O direito como instrumento de realização da Justiça e a missão constitucional do juiz na elaboração das decisões judiciais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 96, p. 271-287, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67504>. Acesso em: 28 dez. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148.

MORATO, A. C. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 106, n. 106-107, p. 121-158, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>. Acesso em: 20 dez. 2021.

NUNES, R. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788547233365. Disponível em:

NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788553601783. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00013031&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 17 dez. 2021.

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00013008&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 30 dez. 2021.

OLIVEIRA, C. Justiça e equidade em John Rawls. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, [S. l.], v. 2, n. 27, p. 114-128, 2015. DOI: 10.11606/issn.1517-0128.v2i27p114-128. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/114379>. Acesso em: 17 set. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - a hermenêutica jurídica?** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>. Acesso em: 24 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 set. 2021.

PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

PALMER, Richard E.. **¿Qué es la hermenéutica?**: teoría de la interpretación en schleiermacher, dilthey, heidegger y gadamer. Madrid: Ibérica Gráfica, 2002.

PEIXOTO, Fabiano Hatmann. Análise da argumentação jurídica em decisão judicial: desenvolvimento e aplicação de modelo analítico-sintético/Analysis of the theory of juridical argumentation in judicial decision: development and application of analytical-synthetic model. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 206-222, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1916>. Acesso em: 21 dez. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1916>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788547227920. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00012992&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 9 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. **A República**. 3. ed. Belém: Edufpa, 2000.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. Considerações sobre justiça e direitos na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 194-207, jan./jun. 2020.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, p. 38-44, fev./jun. 2002.

RODRIGUES, Artur; PAGNAN, Rogério; VALENTE, Rubens. **Inocentes presos**. 2021. Disponível em: <https://temas.folha.uol.com.br/inocentes/construindo-um-condenado/condenado- apenas-com-base-em-delacao-desmentida-trabalhador-rural-segue-presos-ha-sete-anos-em-sp.shtml>. Acesso em: 8 set. 2021.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo, SP: Edipro, 2003. Prefácio do Prof. Alaôr Caffé Alves.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2007. Tradução de: Paulo Neves.

SANDEL, Michael J.. **Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade: revista e atualizada**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522493432. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00006119&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 1 jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. *et al.* **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-264.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, [S.L.], v. 248, p. 130-158, 17 dez. 2014. Fundacao Getulio Vargas.
<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2009.
 Tradução de: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, jun. 1998.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. Coleção Saberes do Direito; v. 60.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. 277 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502139459.

Disponível em:

<<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmb&AN=edsmb.000001782&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SOUSA, Radindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STEARNS, Peter N.. **The Industrial Revolution in World History**. 4. ed. Boulder: Westview Press, 2013.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Lisboa: Edições 70, 2009.
 Tradução de: Miguel Morgado.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica Jurídica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lênio Streck de Dicionário Jurídico).

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito**: hermenêutica. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito- Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7590/os-direitos-da-personalidade-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 20 dez. 2021.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro**. In: temas do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**, Curitiba, n. 2, p. 15-31, jan./maio 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**: conforme a constituição da república. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol 7, jul/set, 2001, p. IV.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, [s. l], n. 2, p. 37-53, abr/jun. 2006.

VECCHIO, Giorgio del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Sucessor, 1979. Tradução de: Antônio José Brandão.

VON IHERING, Rudolph. **A luta pelo direito**. São Paulo: Hunter Books, 2012. Tradução de: Dominique Makins.

WEBER, Thadeu. Direitos e Justiça em Kant. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 38-47, maio 2013.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE: DO SURGIMENTO AO RECONHECIMENTO NO BRASIL. **Juris Plenum**, [s. l], n. 93, p. 91-110, maio 2020.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Pessoa e Justiça**: questão de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2018.