Direitos da personalidade: natureza jurídica, positivismo jurídico e democracia ¹

Personality rights: legal nature, legal positivism, and democracy

Walter Lucas Ikeda²

Rodrigo Valente Giublin Teixeira³

Resumo

Há um senso de justiça comum no sentido de que existem certos direitos da pessoa independentemente dos termos da lei: os direitos da personalidade. Tal perspectiva incorre na discussão relacional sobre direitos positivos e direitos naturais, tematizada neste estudo. O problema que orienta esta pesquisa é: qual a natureza jurídica dos direitos da personalidade e qual sua relação com o Estado? A hipótese é de que tais direitos são tributários de uma ordem de direito natural, que independem de positivação e não são impedidos pela vontade

¹ Enviado: 12/06/2023. Aprovado: 21/11/2023.

² Doutorando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduado em Direito pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduando em Filosofia pela UniCesumar. Revisor de periódico. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos da Personalidade, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito. Docente no curso de Direito no Centro Universitário Metropolitano de Maringá Unifamma e Universidade Estadual do Paraná. E-mail: walterlucasikeda@gmail.com

³ Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2009/2012). MBA em Business Law e Gestão (FGV) (2018/2020) Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) (2003/2004). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino (IPE/OAB) (2002/2003). Graduado em Direito pelo Universidade Cesumar (UNICESUMAR) (1997/2001). Professor na graduação desde 2006, na pós-graduação desde 2003 (lato sensu) e 2013 (strictu sensu). Membro do Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBDP) de 2010/2016. Advogado desde 2002, inscrito na OAB/PR sob o nº 33.202. Sócio Fundador da Valente Teixeira Sociedade de Advogados (VTSA). Na área pública já atuou como assessor jurídico do Município de Maringá (2006); na função de Secretário Municipal exerceu a função de Chefe de Gabinete do Prefeito de Maringá (2011/2012); Diretor do Procon de Maringá (2012) e Subprocurador Geral da Procuradoria Geral do Município de Maringá. Atualmente é Professor Titular no Doutorado, Mestrado e na Graduação da UniCesumar, campus Maringá (PR) e em curso de especialização em diversas instituições de ensino. Palestrante na área de Direito Médico e Consumidor. E-mail: rodrigo@rodrigovalente.com.br

estatal. Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar a relação entre direitos da personalidade e sua vinculação com o Estado. O artigo possui os seguintes objetivos específicos: a) verificar o que é o positivismo jurídico e qual sua relação com os direitos naturais; e b) averiguar a natureza e produção dos direitos da personalidade contemporâneos, com o escopo de analisar a relação entre direito natural ou positivo e Estado na contemporaneidade. O método utilizado é o dedutivo, em que se avança de premissas maiores teóricas do direito positivo para tocar o instituto dos direitos da personalidade. Vale-se de fontes essencialmente bibliográficas, especialmente as de Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Ao final da pesquisa, verifica-se que a simples consideração dos direitos da personalidade como direitos naturais implicaria riscos à existência da ordem jurídica positiva e à democracia.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; Positivismo jurídico; Natureza Jurídica; Democracia; Hans Kelsen.

Abstract

There is a common sense of justice in the sense that there are certain rights of the person regardless of the terms of the law: the rights of the personality. Such perspective incurs in the relational discussion about positive rights and natural rights, thematized in this study. The problem that guides this research is: what is the legal nature of personality rights and what is their relationship with the State? The initial hypothesis is that such rights are tributaries of a natural law order, which do not depend on positivization and are not impeded by the state will. The general objective of the work is to analyze the relationship between personality rights and their connection with the State. The article has the following specific objectives: a) to verify what legal positivism is and what is its relationship with natural rights; and b) ascertain the nature and production of contemporary personality rights, with the aim of analyzing the relationship between natural or positive law and the State in contemporary times. The method used is deductive, in which one advances from major theoretical premises of positive law to touch the institute of personality rights. It uses essentially bibliographical sources, especially those of Hans Kelsen and Norberto Bobbio. At the end of the research, it appears that the simple consideration of personality rights as natural rights would imply risks to the existence of positive legal order and to democracy.

Keywords: Personality rights; Legal positivism; Legal Nature; Democracy; Hans Kelsen.

Introdução

O romance “O Caso Collini”, de Ferdinand von Schirach, que estreou como filme como mesmo título na plataforma de *streaming* Netflix em 2019, retrata a utilização do argumento do cumprimento de dever legal para eximir os agentes de barbáries da Segunda Guerra Mundial. A obra foi desenvolvida com as polêmicas levadas a público nos anos 2000. A trama é

desenvolvida pelo mistério de um homem ter assassinado um respeitado industrial alemão. O advogado do acusado investiga o passado das partes e descobre as razões do acusado ter cometido o homicídio de ao menos 59 italianos durante a guerra e ter o ex-militar sido absolvido por leis alemãs de 1968⁴.

A obra questiona a relação entre justiça e a existência de direitos que não poderiam ser afastados pelo Estado, em especial de direitos que devem ser assegurados a qualquer pessoa pelo simples fato de serem pessoas. Ainda, propõe-se que tais direitos independeriam das leis do Estado por questão de justiça; e que estes não poderiam ser pelo Estado revogados, propondo-se uma hierarquia entre a posição do Estado e a qualidades destes direitos, tal como posto em discussão em “O Caso Collini”. Poder-se-ia refletir a questões similares com diversos outros eventos na história ocidental, como a escravidão, a colonização, as cruzadas etc.

Há uma relação milenar e de grandes discussões sobre direitos positivos e direitos naturais. Pode-se, com intenção ilustrativa, mencionar o caso de Antígona, composta por volta de 442 A.C, em que Antígona se opõe às leis humanas, a fim de garantir enterro ao seu falecido irmão, ou seja, propõe um direito diverso do estatal, um direito fundado na justiça ou na própria condição de humano⁵. Tais direitos consubstanciam-se como direitos da personalidade, responsáveis por proteger e desenvolver a pessoa, logo, problematiza-se qual seria a natureza desses direitos.

Dessa forma, o problema de pesquisa que orienta este estudo é: qual a natureza jurídica dos direitos da personalidade e qual sua relação com o Estado? A hipótese inicial é de que tais direitos são tributários de uma ordem de direito natural e sua existência seria anterior e superior ao próprio Estado, pois ostentam natureza jurídica de direitos naturais.

O objetivo geral do trabalho é de analisar a relação entre direitos da personalidade e Estado, afunilando-se a análise da relação do Estado com o direito natural e com os direitos da personalidade. Para se alcançar o objetivo

⁴ O CASO COLLINI. Direção de Marco Kreuzpaintner. Alemanha: Netflix, 2019 (123 min).

⁵ SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. São Paulo: Martins Claret, 2007.

geral de pesquisa, fragmenta-o em dois objetivos específicos, com o desiderato de aprofundar a relação entre direito e Estado, que correspondem às seções de desenvolvimento: a) verificar o que é o positivismo jurídico e qual sua relação com os direitos naturais; e b) averiguar a natureza e produção dos direitos da personalidade contemporâneos.

Para alcançar os objetivos estabelecidos, o artigo é estruturado em duas seções de desenvolvimento. A primeira seção, intitulada “o estado e o direito: uma relação de aproximações e distanciamentos entre positivismo jurídico e direitos naturais”, tem como objetivo cumprir objetivo específico “a”. A segunda seção, intitulada “O problema da natureza dos direitos da personalidade enquanto direitos positivos”, terá como escopo atingir o objetivo específico “b”.

O método utilizado é o dedutivo, por meio do qual se avança de premissas maiores teóricas do direito positivo para tocar o instituto dos direitos da personalidade. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica. Neste sentido, o estudo vale-se de fontes essencialmente teóricas, especialmente as obras de Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Utiliza-se o método de procedimento monográfico.

1. O estado e o direito: uma relação de aproximações e distanciamentos entre positivismo jurídico e direitos naturais

O termo positivismo jurídico cujo grande expoente é Hans Kelsen⁶, não se confunde com o positivismo filosófico⁷, ainda que alguns juristas

⁶ Vide suas obras da estrutura jurídica, notadamente: KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990; e KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ O positivismo propõe uma romantização da ciência como critério único de organização social, religiosa e de ordem de uma sociedade, atendendo à emergência de uma sociedade técnico-industrial. O termo foi inicialmente empregado por Saint Simon para a designação do método exato das ciências e sua extensão para a filosofia e foi disseminado nas teorias desenvolvidas no século XIX por seu discípulo Augusto Comte. Dessa forma, pode-se pontuar três principais premissas do positivismo: a) o conhecimento não conhecido e/ou comprovado cientificamente não possui nenhum valor, a exemplo da metafísica; b) a ciência como método descritivo dos fatos permite previsibilidade; e c) a ciência deve se expandir a todos os campos da atividade humana, que devem ser guiadas por critérios científicos. Já o positivismo jurídico, foi dado pela própria doutrina formalista de Hans Kelsen em Teoria Geral do Direito e do Estado (KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990), especialmente no

positivistas também fossem positivistas filosóficos. O positivismo jurídico tem origens na Alemanha e o positivismo filosófico na França, sendo que o primeiro surge como contraponto ao direito natural, denotando a própria tradição do pensamento jurídico ocidental que protagoniza a distinção entre direito positivo e direito natural⁸. Portanto, o positivismo jurídico pode ser mais bem compreendido por meio da sua dualidade com o direito natural.

O positivismo jurídico emerge de um longo percurso entre direito positivo e direito natural. A contraposição entre as duas linhas teve significados diferentes ao longo da história. Pode-se indicar que a contraposição na Grécia Clássica era entre aquilo que era por natureza (*physis*) e aquilo que seria por convenção humana (*thésis*); no direito romano, o direito natural/*jus gentium* e o *jus civile* eram, respectivamente, direcionados à natureza e às disposições estabelecidas pela população. Nesta primeira fase, o direito natural não era superior ao direito positivo, mas como direito comum e o direito positivo como direito específico, prevalecendo a norma especial frente à geral.

Na Idade Média, as leis naturais seriam as que regeriam o cosmos, o início e constituição do universo, enquanto as leis positivas seriam as que regulariam a vida social. Aqui a relação hierárquica toma outra posição, com superioridade do direito natural frente ao positivo, pois o direito natural não seria mais direito geral, mas norma com natureza divina e que é conhecido pelos homens com a razão. A partir da incorporação axiológica do cristianismo ao direito natural é que se consolidou uma perspectiva de que o direito natural seria superior ao positivo.

O início da Modernidade coloca o direito positivo como decorrente do poder civil. Que compete unicamente ao Estado, momento em que se admitia que o direito civil pudesse ser estabelecido pela comunidade internacional e pela comunidade familiar, ou seja, cujo conhecimento se dá por declaração de vontade da autoridade competente, enquanto o direito natural seria conhecido pela razão da natureza das coisas⁹.

apêndice A doutrina do direito natural e o V. jurídico (vide ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito.

Destaca-se nesse resgate que, historicamente, direito positivo e direito natural eram considerados ora complementares ora antitéticos. Esta perspectiva dicotômica entre direito natural e direito positivo tem rupturas com a formação dos Estados modernos. Com efeito, houve a dissolução da sociedade medieval e a reivindicação, pelo Estado, do monopólio da produção jurídica direta e indireta (produção da lei ou reconhecimento de costumes). Cumpre salientar que a sociedade medieval era pluralista, constituída por diversos agrupamentos sociais, cada um com um ordenamento jurídico próprio, ou seja, o direito era produção da sociedade civil, não pelo Estado. Neste contexto, o positivismo jurídico emerge como movimento que promove a exclusão do direito natural como direito em sentido próprio, tornando apenas o direito positivo como direito no sentido estrito, de forma que todo o direito se torna direito positivo, movimento que pode ser representado pela codificação. Pode-se sintetizar as principais diferenças de direito positivo e natural da seguinte forma:

Tabela 1 – Síntese Direito Natural e Direito Positivo¹⁰

Critério	Direito Natural	Direito Positivo
Local	Universal	Limitado territorialmente
Mutabilidade	Imutável	Alterável
Fonte	Natureza	Vontade
Conhecimento	Razão	Promulgação
Comportamento	Bom ou mau	Indiferente
Valor	Bom	Útil

Fonte: Elaborado com base em Bobbio (1995).¹¹

¹⁰ Pode-se distinguir o direito positivo do direito natural pelos seguintes critérios orientadores: a) o direito natural é válido em todos os lugares, baseado na universalidade, e o positivo apenas em alguns lugares, fundado na particularidade; b) quanto à mutabilidade, o direito natural não muda com o tempo, resguardado as posições diversas, apenas o positivo é alterado; c) a fonte do direito natural é a natureza, enquanto o positivo tem como fonte a vontade humana; d) quanto ao conhecimento, o natural decorre da razão, enquanto o positivo decorre de declaração de vontade alheia, a promulgação; e) no que toca ao comportamento, o direito natural pode ser bom ou mau, e os positivos são indiferentes em si; e f) sobre a valorização das ações, o direito natural estabelece o que é bom, já o positivo estabelece o que é útil. Conforme BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito.

¹¹ BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito.

Com base em Hans Kelsen¹², a relação entre Estado e Direito seria de identidade, ou seja, Estado e Direito seriam sinônimos, na medida em que o Estado passa a ser considerado o próprio Direito, que apenas ostenta personalidade para poder atuar no campo do dever-ser jurídico. Este sincretismo kelseniano entre os elementos acarreta a inclusão da sanção como elemento intrínseco no direito positivo, ao ponto do direito positivo atual se confundir com a sanção, o que é evidenciado na própria definição kelseniana do Direito como ordem social coativa¹³. Esta relação entre o Direito e o Estado decorre de longa construção, com grandes rupturas na Modernidade.

Hobbes¹⁴, no século XVII, desenvolve teoria de grande contribuição para o desenvolvimento do positivismo jurídico. O pensador político parte do questionamento se é devida obediência às leis naturais, que se pauta na própria confiança e na fé em Deus. Hobbes utiliza o exemplo do estado de natureza e da lei natural de não matar, que mesmo se respeitada por si, não sabe se o outro a respeitará também, de forma que apenas faz sentido não matar o outro, se este não matar também, logo, torna-se razoável matar o outro antes que este possa matar. A solução para o raciocínio proposto é a criação do Estado e a delegação do poder somente a este, pois todos obedecerão às leis estatais, diante de sua força indiscutível e irresistível.

O Código de Napoleão entrou em vigor na França em 1804. Com ele, o modelo de inspiração iluminista, em ascensão desde o século XVIII, espalhou-se rapidamente pela Europa continental. Não se pode deixar de pontuar que a obra de Justiniano, o *corpus iuris civile*, fundou o direito romano comum na Idade Média e na Moderna, enquanto o napoleônico, que inovou no emprego de normas sistematizadas e expressamente elaboradas, influenciou o desenvolvimento do pensamento e dos Códigos que seguiram. A codificação francesa, de matriz racionalista, incorporou forças histórico-políticas que desaguaram na Revolução Francesa, carreando consigo a convicção de um legislador universal que poderia formular leis válidas em todos os tempos e

¹² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**.

¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.

espaços, um direito simples e unitário, assim como a natureza das coisas, pois a multiplicidade das leis seria fruto da corrupção. O ideário iluminista entendia que a pluralidade de normas complicadas e arbitrárias poderia ser resolvida por um direito verdadeiro na natureza das coisas, dentro do discurso entre a natureza e a história, ou seja, um direito que resgata a natureza das coisas e as adapta às demandas universais do homem. Todavia, ao final, o Código não seguiu a diretriz jusnaturalista de retornar à natureza e estabelecer uma tábula rasa, mas antes, sintetizou o direito romano comum de viés francês.

A dicotomia entre direito positivo e natural remanesce mesmo com a emergência dos Estados modernos do século XIX. Isto porque os dogmas jusnaturalistas ainda permeavam as teorias modernas, como o estado de natureza, a lei natural, o contrato social e outros de matriz racionalista cartesiana da filosofia iluminista. O movimento de codificação na Alemanha trouxe importantes influxos para o positivismo jurídico, especialmente pelo movimento histórico do romantismo alemão¹⁵, que trouxe à tona a Escola Histórica alemã no final do século XVIII, representada por Savigny¹⁶, que propôs críticas severas ao direito natural. Gustav Hugo, também importante expoente da Escola Histórica, em 1798, elaborou o Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo, obra que marca a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista no movimento, ao propor a não independência do direito natural do direito positivo, pois o direito natural seria apenas uma janela filosófica cujo objeto seria o próprio direito positivo. Dessa forma, o direito natural como filosofia do direito positivo não teria mais razão de existir por si¹⁷. A relação entre o historicismo e a Escola Histórica pode ser posta da seguinte forma:

Tabela 2 – Síntese Historicismo e Escola Histórica

¹⁵ Destaca-se o pensador Friedrich Meinecke (1862-1954) cujos estudos de história foram centrais para a tradição do pensamento histórico alemão após a crise da história ao final dos oitocentos até a Segunda Guerra Mundial, vide: CUNHA, Marcelo Durão Rodrigues de. **A história em tempos de crise: Friedrich Meinecke (1862-1954) e os problemas do historicismo alemão**. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017.

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**.

	Historicismo	Escola Histórica
Homem	Individual	Não há um direito universal e imutável
Desenvolvimento Histórico	Passional	Sentimento do justo
Destino da humanidade	Pessimismo Antropológico	Ceticismo com inovações
Idealização	Idade Média e passado	Reviver o direito germânico
Desejo	Tradição	Espírito do povo (<i>Volksgeist</i>)

Fonte: Elaborado com base em Bobbio (1995).

A Escola Histórica alemã contribuiu ao positivismo jurídico com suas críticas ao direito natural que foram absorvidas pelo Iluminismo. Todavia, o prestigiado costume, como espírito do povo, legado da Escola Histórica, não era valorizado da mesma forma pela Escola pandectista/positivista alemã, representada por Thibaut¹⁸. A escola positivista alemã foi influenciada pelo movimento francês iluminista, cujo exército já ocupava parte do que contemporaneamente se entende por Alemanha e espalhava o Código de Napoleão. A codificação francesa impactava a Alemanha pela proposta de igualdade formal para uma sociedade dividida em castas, que também propunha a unificação da razão do príncipe (valorizando-se o despotismo esclarecido) e dos filósofos legisladores, criticando o costume como reminiscência do século das trevas e contrário aos princípios civilizadores que valorizada um conjunto sistematizado de normas deduzidas pela razão e efetivadas pela lei¹⁹.

¹⁸ THIBAUT, Anton Friedrich Justus. **Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

¹⁹ Thibaut defendeu a necessidade do renascimento da nação alemã e a vantagem aos príncipes da unificação com a codificação do direito, que deveria apresentar perfeição formal e substancial. Perfeita na forma pela clareza e precisão das normas jurídicas e substancialmente por regular todas as relações sociais, criticando o direito de origem germânica, o canônico e o romano que não ostentavam ambos os critérios. Savigny, pela Escola Histórica, não era contrário à codificação do direito, mas a Alemanha ainda precisava de maior maturidade para o ato, pois uma codificação açodada provocaria um impedimento do desenvolvimento natural e de organização do direito, propondo o desenvolvimento do direito científico, que inclusive defendia como fontes do direito o direito popular, o direito científico e o direito legislativo. Conforme THIBAUT, Anton Friedrich Justus. **Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania**.

Além de Hobbes²⁰, no século XVII, a Inglaterra também trouxe à discussão Jeremy Bentham²¹, com propostas para a codificação anglo-saxã. Este, inspirado no utilitarismo de Beccaria²², propunha a possibilidade de uma ética objetiva e científica, ou seja, de uma ciência positiva que compreenda a conduta humana exata como a matemática. Propõe-se que cada homem busca a própria utilidade individual, ou seja, a utilidade não está na natureza, o que obsta o desenvolvimento de um jusnaturalismo. Uma noção de finalidade do humano é substituída pela análise dos motivos impulsionadores das condutas, no sentido hedonista supraindividual ou intersubjetiva de que o prazer é o motor que condiciona a conduta humana, visando a maior felicidade (prazer e ausência de dor) possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas. Apesar de sua inspiração na onipotência do legislador, a perspectiva utilitarista não acreditava na natureza humana, sendo as leis expressões do poder soberano, ou seja, comandos que emanam ordens, proibições ou permissões para se conduzir ou deixar de se conduzir de determinada maneira. Portanto, pode-se tributar à Bentham²³ papel importante no desenvolvimento da tradição positivista de descrever o sistema jurídico fundado na obediência utilitária, separando direito e moral, pois a validade decorre da soberania e não da moralidade. Um dos problemas apontados no common law inglês era a insegurança de que o direito era dito após o fato pelos juízes, assim o humano não sabia o que não deveria fazer previamente e por este fato seria sancionado.

Vale-se do utilitarismo a partir de certa concepção de humano. O humano não ostenta qualquer valor intrínseco, mas está sempre condicionado à dor e ao prazer, que se constituem enquanto os únicos motores da conduta humana, tomando em consideração o cálculo que cada humano fará sobre a vantagem e desvantagem, a dor e o prazer, ao agir de determinada forma. Nesse

²⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.

²¹ Vide BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. London: John Bowring, 1844; e BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

²² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²³ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p.14.

sentido, o justo e o injusto, o certo e o errado, são determinados pelo cálculo de dor e prazer. Sobre o tema, Bentham salienta que²⁴.

Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain, and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality, he will remain. Subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to question it, deal in sounds instead of sense, in capriche instead of reason, in darkness instead of light²⁵.

A síntese das propostas da Escola Histórica alemã e do utilitarismo inglês é realizada ao positivismo jurídico, no século XIX, por John Austin²⁶. A linha histórica se alinha pela exigência de um direito experimental e de utilidade geral; já a linha utilitarista (mantendo-se a lógica de dor e prazer benthaniana) expressa-se pela exclusão do direito natural, ou seja, a síntese coloca como

²⁴ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 14.

²⁵ Em tradução livre para o português: a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, dor e prazer. Cabe apenas a eles apontar o que devemos fazer, bem como para determinar o que devemos fazer. Por um lado, o padrão de direito e errado, de outro lado, a cadeia de causas e efeitos, estão presos ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos: todo esforço podemos fazer para nos livrar de nossa sujeição, servirá apenas para a demonstrar e confirmar. Em palavras, um homem pode fingir renegar de seu império, mas na realidade ele permanecerá sujeito a ela o tempo todo. Conforme BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation**. p. 14.

²⁶ O jurista é expoente do Realismo Jurídico desenvolvido pela Escola Realista do direito, uma corrente derivada do positivismo desenvolvida em países anglo-saxônicos, sustenta que apenas a validade não é suficiente para definir o direito. Propõe-se que o direito também seja definido pela eficácia, pois o direito tem como função sua aplicação pelos tribunais, logo, se não é aplicada, não é eficaz e não é direito. O Realismo jurídico muda o foco da fonte do direito da legislação para a aplicação prática. Logo, o direito deve ser entendido como o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade. Se por um lado ambas as correntes são avalorativas e são indiferentes ao conteúdo, privilegiando a forma, de modo que qualquer tentativa de definir o direito pelo conteúdo seria equivocada; de outro lado, as correntes se afastam pela escola positivista propriamente que analisa a realidade normativa no plano do dever ser, o realismo jurídico propõe a análise do direito no ângulo do ser. Este modo de definir o direito é chamado de formalismo jurídico, que define o direito em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo, considerando somente como o direito se produz e não o que ele estabelece. Vide as obras: AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of positive Law** (vol. I). London: R&R Clark, 1885; e AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined**. London: Richard Taylor, 1832

objeto da ciência jurídica o direito como é, não como deve ser. Austin²⁷ define direito típico como um comando²⁸: “*laws wich are not commands, are laws improper or improperly so called*”²⁹, um desejo, que se distingue dos demais desejos pelo direcionamento de um mal sob o outro no caso de seu não cumprimento. Quanto aos requisitos de um código, instrumento meramente técnico-jurídico e não axiológico, Austin entende que o código deve inovar na forma para que seja unitária, coerente, tecnicamente perfeita. A partir do exposto até aqui já se torna possível estabelecer as seguintes características do positivismo jurídico:

Tabela 3 – Características do positivismo jurídico

Classificação	Positivismo jurídico
Abordagem	Direito como fato
Teoria do direito quanto à caracterização	Direito é definido em função da coação
Teoria do direito quanto à fonte	Legislação (direta e indireta)
Teoria do direito quanto à norma	A norma jurídica é um comando
Teoria do direito quanto à análise da norma	Deve ser analisada pelo seu conjunto
Método da ciência Jurídica	Interpretação mecanicista
Ideologia	Obediência, utilidade e certeza

Fonte: Elaborado com base em Bobbio (1995).

O direito, que se tornou, paulatinamente, ciência nos últimos séculos, desenvolve postura não valorativa perante seu objeto. Dessa forma, o direito, como ciência, utiliza juízo de fato para analisar seu objeto, ou seja, analisa tão somente a norma e a descreve, julgando-a válida ou inválida. Conseqüentemente, exclui-se o juízo de valor que imputa o justo ou injusto, bem como se dispensa a atribuição do juízo de valor de influenciar o outro. Os juízos de fato e de direito também dividem ciência jurídica de filosofia do direito. As

²⁷ AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of positive Law** (vol. I). p. 79.

²⁸ No mesmo sentido o jurista austríaco que ao esclarecer a palavra “norma”, assim a descreve “com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções da norma” KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. p. 1.

²⁹ Em tradução livre para o português: “leis que não são comandos são leis impróprias ou impropriamente chamadas de lei”.

definições valorativas que são excluídas da ciência do direito positivo ostentam estrutura teleológica, ou seja, empregam certa finalidade ao direito, como deveria ser e inclusive avalia a questão da justiça. Dessa forma, a lei não deve ser observada como justa ou injusta, mas como válida ou inválida³⁰.

O direito, ao ser definido em função da coação, implica a aceção de que esta é elemento essencial e típico do direito. Esta concepção parte da premissa de que o Estado tenha o monopólio da violência legítima dentro de uma organização social, ou seja, definir o direito em função da coação é observar o direito a partir do Estado. Esta percepção decorre da formação do Estado moderno, teorizado especialmente por Hobbes³¹ no século XVII e lapidada por Jhering³², ponderando que o estabelecimento da definição coercitiva do direito é tradicionalmente tributado a Christian Thomasius³³, expoente do jusnaturalismo racionalista e que viveu na Alemanha entre o fim do século XVII e o princípio do século XVIII.

Considerando a necessidade de superar as demais fontes do direito, o positivismo jurídico estabelece duas condições necessárias para que o direito positivo predomine num ordenamento jurídico. Isso requer: a) que existam várias fontes no ordenamento jurídico (ordenamento complexo); e b) que essas fontes não estejam no mesmo plano hierárquico (hierarquicamente estruturado, logo, hierarquicamente não paritário), pois, assim, não tem o mesmo valor. Na perspectiva juspositivista, a lei predomina porque é manifestação direta do poder soberano do Estado, os demais são fontes subordinadas (por delegação ou recepção/reconhecimento³⁴, assim, fontes reconhecidas ou delegadas).

A coação é compatível com a concepção de direito kantiana³⁵, como fundamento da liberdade externa. O que distingue direito e moral é que o

³⁰ BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. p. 145.

³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.

³² JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. BDJUR: Brasília, 2009b; e JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009a.

³³ THOMASIIUS, Christian. **Fundamenta iure naturae et gentium**. Halle: Tipografia de Christophori Salfeldi, 1718.

³⁴ O reconhecimento decorre do reconhecimento de um fato social precedente ao Estado com qualidade de juridicidade, ainda que não tenha contribuído para a formação do seu conteúdo (exemplo do costume). Problemático é o ponto da autonomia privada, pois são convalidadas pelo Estado num segundo momento, outros defendem que são poderes delegados pelo Estado.

³⁵ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

primeiro é coercitivo. Esta relação do direito e da moral com a coerção deriva da natureza estranha do ato jurídico e do ato moral, na medida em que o ato jurídico consiste puramente na conformação exterior do sujeito à norma e, assim, o fato de tal conformação ser obtida mediante a força não nega a juridicidade do ato; já o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma por respeito à própria norma, de forma interna, não podendo, pois, ser obtido mediante a força, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato. Ou, se se quiser considerar o problema não mais do ponto de vista da natureza do ato, mas do ponto de vista da natureza da norma, a coação se concilia com a norma jurídica porque esta é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma.

Os direitos da personalidade são desenvolvidos a partir da estrutura de direitos positivos, mas a percepção de que a pessoa não teria direitos sem a intervenção do Estado ainda parece problemática na perspectiva de sua efetiva tutela. Dessa forma, a partir das considerações do desenvolvimento do positivismo jurídico e sua imbricada relação com os direitos naturais, passa-se à análise dos direitos da personalidade, perpassando por sua natureza jurídica e sua relação com o Estado.

2. O problema da natureza dos direitos da personalidade enquanto direito positivo

A problemática sobre a natureza dos direitos da personalidade ganha contornos mais claros ao se expor o delineamento teórico do positivismo jurídico, na medida em que se admitir direitos da pessoa pela condição de pessoa, passa a impressão dos direitos de a personalidade serem da natureza e não do direito positivo. Corre-se o risco de admitir direito fora do direito positivo. Na estrutura jurídica positiva não são os direitos da personalidade a condição de validade para demais direitos, até porque a discussão seria sobre legitimidade e não validade. Isso porque os direitos da personalidade sustentam a necessidade de produção legislativa da democracia parlamentar de desenvolvimento da pessoa,

como pressuposto de validade da forma normativa da democracia parlamentar, mas não necessariamente de produção de novos direitos³⁶.

Dessa forma, os direitos da personalidade ostentam uma estrutura textual semântica dentro de uma moldura normativa. Espera-se que uma função dos direitos da personalidade seja de promotora de emancipação pela forma racional das liberdades individuais, sustentadas pelo ideal de democracia parlamentar clássica. Pensar de forma diversa, de que os direitos da personalidade representariam proteções e meios de desenvolvimento social ou ético da pessoa, seria reconhecer que o direito ultrapassaria suas condições institucionais, admitindo-se uma categoria jurídica metafísica, com conteúdo diverso do constitucionalmente previsto e racionalmente determinado institucionalmente, que abre campo ao decisionismo jurídico-político.

A problemática de se reconhecer direitos fora dos direitos positivados seria de abrir exceções à igualdade que a norma estabelece. Sob o ponto de vista formal, os indivíduos ostentam igualdade perante o Estado, permitindo sua autonomia perante o Estado, e os privilégios se encontrariam fora da forma jurídica. É nessa perspectiva que a democracia parlamentar exige que a participação ocorra dentro de sua forma, a fim de expurgar um personalismo de exceção. Dessa forma, só há direito puro em uma democracia parlamentar metodologicamente positivista, pois sua personalização ou subjetivação enviesam o modelo político aos modelos autoritários ou de democracia aparente. A proposta de reunir direito e moral como subjetivação do direito personaliza a norma, que personaliza a decisão e admite uma decisão que não é pressuposta³⁷.

É justamente a partir de uma ruptura epistemológica trazida por Kant³⁸ que o modo como se conhece e o que se pode conhecer que o positivismo jurídico deve ser observado. Kant pontua que só se pode falar de direito

³⁶ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**; e Kelsen, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-27, 2020.

³⁸ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

enquanto: a) há outra pessoa, pois é necessário que as ações fáticas de uma para com outra possam ter influência entre si; b) a relação não é necessariamente com alguém específico, mas tão somente com outro; e c) há relação recíproca de escolha, sendo desnecessário verificar a finalidade da escolha. Dessa forma, pode-se entender que direito para Kant exige, além da sanção, a bilateralidade atributiva, generalidade, abstração e ter caráter geral, pois “tudo que está em questão é a *forma* na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal”³⁹.

De toda forma, não se pode entender que o direito não possui relação alguma com a moral. Nesse sentido é importante destacar que o direito e a moral não se confundem pelo primeiro tratar de condutas externas e o segundo por condutas internas. Ambas as ordens sociais tratam das mesmas condutas. Para muitas correntes moralistas, “a situação deve ser diferente daquela que resultaria do fato de cada qual seguir as suas próprias inclinações ou procurar realizar os interesses egoístas que atuariam na ausência da validade e eficácia de uma ordem social”⁴⁰, ou seja, a ordem social só tem razão de ser na medida em que as condutas prescritas devam ser observadas mesmo contra suas inclinações e interesses egoísticos. Nesta vereda,

O homem pode ter inclinações ou interesses que mutuamente se contradizem. A sua conduta efetiva depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte. Nenhuma ordem social pode precluir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões. Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o indivíduo a inclinação ou interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social e se opor às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam⁴¹.

Dessa forma, a norma jurídica não pode modular o motivo das nossas condutas externas, mas tão somente prescrever a conduta externa que

³⁹ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. p. 76.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 43.

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 43.

é contrária aos interesses egoísticos. Ainda, uma ordem moral que prescreva apenas os motivos da conduta pressupõe outra ordem social que prescreva a conduta externa. A norma de uma moral que se preste apenas aos motivos da conduta externa é imperfeita ou incompleta, na medida em que a norma da conduta externa descrita já combina a norma moral, assim, a norma da conduta prescrita só tem valor moral com a combinação de um motivo e uma conduta que correspondam a uma norma moral. Estas também não se distinguem sob o critério de sua produção ou aplicação, pois as normas jurídicas ou morais são produzidas pelo costume ou por uma elaboração consciente, como as indicadas por Jesus Cristo, sendo que sua diferença reside no *como* são efetivadas. Nesta medida, um conceito de moral não pode ser normatizado como “reprime as suas inclinações, deixa de realizar os seus interesses egoísticos”⁴².

A questão de analisar a relação entre direito e moral não se pode confundir com a relação que *deve* existir entre ambos. Neste aspecto a análise é mais observada pelo seu conteúdo do que por sua forma, até porque todos os sistemas morais têm forma. O direito ostenta essência moral. Deste modo, o positivismo jurídico pretender analisar o direito como juízo de fato (teoria) que se contrapõem epistemologicamente a juízos de valor (ideologia), sendo que juízos de fato podem ser verdadeiros ou falsos, enquanto juízos de valor influem e não são verdadeiros ou falsos. Portanto, como não se pode determinar o que é justo ou injusto de forma absoluta, não se pode negar que a conduta prescrita pela ordem de direito positiva é justa ou injusta de forma absoluta, mas tão somente que é relativamente justa ou injusta. Logo, o direito, como norma, tem valor jurídico, por ser norma, e, também, um valor moral, ainda que relativo, ou seja, a relação entre direito e moral não é de conteúdo, mas de forma⁴³. É por isso que

a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 44.

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 44-47.

absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral⁴⁴.

A ênfase dada ao direito natural quanto à categoria dos direitos da personalidade é afetado pelo seu próprio desenvolvimento no pós-guerra do século XVIII, tendo em vista a influência do direito natural contratualista e sua influência sobre as doutrinas jurídicas e os documentos que emergiam desde o século XVI. O direito natural e o contrato social permaneceram como objetos do estudo jurídico positivo, que continuavam a contrapor os problemas jurídicos positivistas. Apesar de não ter ocorrido uma incursão de direitos naturais no direito positivo propriamente, a ideia de direitos emanados unicamente pela condição humana, desenvolvidos pela doutrina do direito natural, continuavam a reverberar frente ao direito positivo⁴⁵.

As condicionantes dos direitos naturais na primeira fase da Modernidade estão atreladas ao intuito dos príncipes territoriais se libertarem do controle religioso. As justificações dessa nova organização política demandavam novas metodologias teóricas e paradigmas que não apenas buscavam se contrapor ao paradigma, mas de reformular a forma de compreender as instituições. Já no século XVII as descobertas científicas fortaleceram a possibilidade de ruptura com o pensamento escolástico para uma base científica. Um dos grandes paradigmas a serem enfrentados era o aristotélico, com seu *zoon politikon* e a *prudência*: o primeiro pela proposta de natural inclinação do homem à vida política e a ideia de autoridade como potencialidade natural de alguns humanos determinados; o segundo por estabelecer que as questões morais e políticas são do campo da contingência sensível, ou seja, a ação humana guia-se pelo provável. Vários autores enfrentaram o pilar aristotélico, destacando-se a ruptura promovida por Hobbes⁴⁶, ao propor a superação da prudência por meio da determinação de princípios da conduta humana, baseados nas descobertas matemáticas e geométricas à época, e uma teoria do

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 47.

⁴⁵ CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 17-18.

⁴⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.

contrato social como ética racional afastada da teologia. Dessa forma, a ciência jurídica e a moralidade deveriam proceder com o método demonstrativo utilizado na matemática⁴⁷. Hobbes assim propõe a relação entre verdade e geometria, apontando que o caminho não é o provável da *prudência*, mas o exato, pois

a verdade consiste na correta ordenação de nomes nas nossas afirmações, um homem que procurar a verdade rigorosa deve-se lembrar o que significa cada palavra de que se serve, e então empregá-la de acordo; do contrário, ver-se-á enredado em palavras, como uma ave em varas envidradas: quanto mais luta, mais se fere. E, portanto, em geometria (que é a única ciência que prova a Deus conceder até aqui à humanidade) os homens começam por estabelecer as significações das suas palavras, e a esse estabelecimento de significações chamam definições e colocam-nas no início do seu cálculo⁴⁸.

O estabelecimento de uma nova forma de compreensão do mundo era essencial para afastar o direito natural e a ordem religiosa da esfera de poder jurídica. Ainda que ocorresse um movimento paulatino do desenvolvimento de outras formas de saberes que viriam combater o jusnaturalismo, este estava em pleno florescimento no século XVIII, inspirando a Revolução Francesa e a formação da Constituição americana⁴⁹. Esta coexistência inicial pode ser observada no próprio Hobbes. Este teórico político, tomado como um dos expoentes da emergência do positivismo, ao analisar a eventual lacuna da lei positiva, indica inclinações ao recurso do direito natural que não são compatíveis com o direito positivo moderno. Esta perspectiva decorre da compreensão da época quanto ao legislador humano, que não teria suficiência para antever todas as circunstâncias. Nessa medida, em *Do Cidadão*, Cap. XIV, §14^o, propõe o pensador que

é impossível prescrever tantas regras universais que possam determinar todas as pendências que venham a surgir no futuro (e que podem ser em número infinito), é de entender que em todos os casos não mencionados nas leis escritas devemos seguir a lei da equidade natural, que nos ordena distribuir igualmente entre iguais; e isso em

⁴⁷ CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 20-21.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. p. 34.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. p. 42.

virtude da lei civil, que também pune aqueles que de maneira consciente e deliberada transgridem as leis de natureza⁵⁰.

O contrato social, como construção de mera lógica formal, de fundo cartesiano, possibilitou uma nova forma de compreender e produzir ciência jurídica. Este viés teórico permitiu a utilização do método demonstrativo como meio de deduzir consequências lógicas de estados hipotéticos e a formulação de modelos abstratos com pretensão universal no campo da organização político-jurídica. Por isso, direito e Estado são compreendidos como expressões diretas e conscientes da vontade humana, sob livre-arbítrio e racionalidade de um humano isolado e naturalmente racional, percebido sob o arquétipo do Renascimento, sendo limitados apenas por sua própria razão, circunstância que permite deduzir todos os seus direitos naturais, também inatos. Logo, se o Estado e o direito decorrem desse humano racional atomizado, “e, portanto, fundamentalmente egoísta, sua finalidade só pode ser a garantia desses direitos inatos ou ao menos desses interesses fundamentais do indivíduo”⁵¹.

De toda forma, a passagem da Idade Média para a Modernidade acompanhou a centralização do indivíduo nos discursos políticos do direito natural contratualista metodologicamente moderno como sua pedra angular. Este movimento foi robustecido pelo desenvolvimento do comércio capitalista mercantil desde o século XII, que deslocou o centro da significação social metafísica para as satisfações individuais do mundo material, giro antropocêntrico que teve marca indelével da sociedade burguesa emergente⁵². Esta perspectiva capitalista de significação social possibilitou que todas as coisas se tornassem mercadorias, como a comida, terra, frutos, produção industrial e etc. Os humanos só podem acessar tais bens pela compra e venda, sendo a mercadoria fundamental a força de trabalho. Assim, o humano vende sua força de trabalho, por meio do contrato de trabalho, de tal modo que sua vida econômica passa a ser mercantilizada, pois seu salário fica sujeito à lei de

⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 227.

⁵¹ CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 26.

⁵² CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 27-28.

demanda e oferta, sendo legitimada pela existência do sujeito de direito como comprador e vendedor da força de trabalho, pois a forma do sujeito de direito deve ser a mesma forma da mercadoria⁵³.

Outro aspecto da figura do sujeito de direito é que este integra a garantia da reprodução política dessa sociabilidade econômica. O elemento de apropriação da riqueza no escravagismo e no feudalismo era a força, ou seja, o senhor de escravos ou senhor feudal teria tantas posses quanto seu poder militar era capaz de se apropriar e assegurar. No capitalismo, além da utilização de força, a apropriação é garantida pelo Estado como um elemento político terceiro aos agentes da produção. O Estado como forma política só existe no capitalismo e sua função primordial é de garantir a reprodução desse modelo de produção e da propriedade privada. Toda sociedade capitalista precisa de Estado e suas formas institucionais são de garantia do capital⁵⁴.

Nesse sentido, essa nova percepção e centralização do indivíduo ocorreu quase concomitantemente na esfera política e econômica. Pode-se observar no discurso político inglês, do século XVII, uma perspectiva hegemônica dos indivíduos como atomizados, dissociados, independentes e travando relações mercantis de troca com o objetivo de se satisfazer individualmente. Esta perspectiva desagua num conflito de valores no campo intersubjetivo, em que os homens buscam cada vez mais poderes sobre os demais. Nessa nova organização social ascendente, a dominação de uns sob outros não seria mais apenas pelo campo da violência, mas da própria burocracia, um modelo racional-legal, como uma nova compreensão da forma de legitimação do poder, como reflexo do próprio contrato social desenvolvido⁵⁵, ou seja, é possível pensar que existiriam três fundamentos de legitimidade,

Antes de tudo, a autoridade do “passado eterno”, isto é, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los [...] em segundo lugar, a autoridade que se funda em dons pessoais e extraordinário de um indivíduo (carisma) – devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém

⁵³ MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

⁵⁴ MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Estado e forma política**.

⁵⁵ CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 27-28.

que se singulariza por qualidade prodigiosas [...] por fim, a autoridade que se impõe em razão da “legalidade”, em razão da crença na validade de um estatuto legal e de uma “competência” positiva, fundada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência, que reconhece obrigações conforme ao estatuto estabelecido. Tal é o poder, como o exerce o “servidor do Estado” em nossos dias e como o exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob esse aspecto⁵⁶.

Nesse sentido, o contrato e a burocracia legal são usados como discurso político. O Estado é produto da forma jurídica do contrato, como um cálculo racional às finalidades úteis ao indivíduo, como a proteção da propriedade, da vida e etc. Dessa maneira, uma forma inicial do Estado fundada pela divindade, em que o mandato decorreria da descendência de Adão e o poder divino e natural dos reis por Deus, é afastada por uma forma política de legitimação racional-legal, uma invenção artificial decorrente da vontade dos indivíduos⁵⁷.

Os direitos da personalidade são categorizados como juízo hipotético, prescindindo de simetria ao campo da moral, sob o risco de personalizar ou relativizar a estrutura jurídica. Dessa forma, a categorização dos direitos da personalidade ocorre de forma universal a todos os sujeitos de direito, por meio da sua forma jurídica. Esta forma jurídica fica condicionada à possibilidade de conceituação estrutural do elemento fático em abstração conceitual, que encadeia o acesso aos elementos que *a priori* vinculam o fato individual à forma universal. Frise-se que nessa estrutura há uma metodologia relativista, pois uma suposta essencial moral do direito não determina seu conteúdo, mas tão somente que prescreve uma conduta. Cogitar que o direito seja determinado pela moral é estabelecer que há uma ordem superior e anterior ao direito positivo capaz de ser conhecida, um valor divino absoluto, o que é afastado pela matriz kantiana. Kelsen não busca legitimar o direito pela moral, mas cientificar o direito como estatuto natural de controle pela validade. Portanto,

⁵⁶ WEBBER, Max. Política como vocação. *In: Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Martins Claret, 2015. p. 61-140. p. 57-58.

⁵⁷ CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, p. 15-48, 2021. p. 28-29.

o direito é forma com conteúdo não determinante pela moral, carregando, ainda assim, um valor decorrente da moral relativa⁵⁸.

Ainda nesse sentido, torna-se necessário distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição dele alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito⁵⁹.

De toda maneira, pelo exposto, pode-se observar que o positivismo jurídico ao decidir pela neutralidade ideológica, conseqüentemente ostenta ideologia, ou seja, há uma abordagem do positivismo jurídico como doutrina ética. Essa ideologia tem influxos do juspositivismo alemão de concepção hegeliana⁶⁰ do Estado alemão (Estado ético) como liberdade, que não seria mero instrumento, mas valor ético de manifestação suprema do espírito no seu devir histórico e é o fim último que subordina os indivíduos, ou seja, há uma ideologia de obediência à lei. Pode-se verificar duas correntes críticas ao positivismo jurídico: a corrente radical e a moderna.

A corrente de crítica radical denuncia a obediência absoluta à lei, que se constitui também como obrigação moral, pois o Estado moderno aparece não apenas sob as demais organizações políticas, mas como único portador de valores morais (afastando a igreja), por isso, o dever de obedecer às leis é absoluto e incondicionado (a obrigação se torna externa pela sanção e interna pela convicção de que o ato de obediência é de bom valor). Ainda, a questão

⁵⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-27, 2020.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 48.

⁶⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 1992; e RIBEIRO, Fernando J. Armando. A constituição do estado no pensamento de Hegel. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 55, n. 1, p. 11-32, 2009.

fica ainda mais aprofundada com o fato de que somente se pode suscitar o problema da obediência se existir outra norma que ordene comportamento diverso, ou seja, um outro ordenamento ou critério de valoração com base no qual se faça tal crítica, se não há, o homem se encontra num estado total de sujeição a tal ordenamento e nada pode fazer senão obedecer ou, não obedecendo, cometer ato ilícito e punível. As justificações da obediência absoluta à lei podem ser sintetizadas como: a) concepção cética ou realista da justiça, justiça é a vontade do mais forte, logo devo obedecer por constrição de não poder fazer diferente; b) concepção convencionalista de justiça: a justiça é o convencionalizado, há um relativismo ético, especialmente hobbesiano, pois não existe critério objetivo de distinguir o justo do injusto, assim, uma lide deve ser resolvida por um terceiro e aceitar que a decisão será justa; c) concepção sagrada da autoridade racional weberiana; e d) concepção do Estado ético de direita hegeliana, com a transposição em termos racionais ou laicização da concepção sagrada da autoridade, o Estado é a suprema manifestação de Deus na História, portador de uma missão, de realizar a eticidade de matriz juspositivista alemão⁶¹.

Já a versão moderada ou fraca do positivismo ético, adotada por Kelsen⁶², entende que o direito tem um valor próprio, independentemente de seu conteúdo. A validade é um valor como meio para alcançar a ordem, sendo a lei a forma mais perfeita de direito para esta finalidade. A lei é o instrumento ideal pela generalidade de disciplinar o comportamento de uma classe de pessoas, atendendo à isonomia formal; e a abstração da lei como comando de uma categoria de ações que dão segurança jurídica pela previsão da consequência jurídica, assim, o juspositivismo não descreve a lei como é, mas prescreve como esta deveria ser para corresponder às relativas concepções ético-políticas daquela sociedade no tempo e no espaço. Dessa maneira, para a versão moderada, o direito é um valor instrumental, enquanto para a radical é um valor final em si. A ideologia moderada prefere o direito à anarquia devido ao valor ordem e a ordem se torna valor próprio e imanente ao direito. A concepção da

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**.

ordem como fim próprio do direito explica a importância que o elemento coação tem na doutrina juspositivista, como recurso necessário de conformar a conduta humana à prescrição desejada. Assim, a justiça para o positivismo é a legalidade como respeito à lei e, assim, à ordem.

Dessa forma, a natureza das coisas não pode, quando certo fim foi previamente assumido, sugerir os meios para atingi-lo. Considerando uma relação qualquer de causa e efeito, por exemplo, aquela que se pressiona o pedal do acelerador para aumentar a velocidade do carro. Pode-se ter a seguinte regra de conduta: se queremos aumentar a velocidade, deve-se pressionar o acelerador, mas se pode ter outras regras de conduta. Uma regra imperativa positiva (se não quer aumentar a velocidade, não deve pressionar o acelerador) e uma regra imperativa negativa (se lhe é indiferente aumentar a velocidade, pode pressionar o acelerador). Assim, da natureza das coisas, há uma infinidade de regras de conduta segundo a finalidade a que o sujeito se propõe. Mas a concordância com o fim não indica a mesma regra, pois as formas de se alcançar o fim são múltiplas, pois pode-se entender em várias regras para alcançar o fim. É justamente nessa linha de raciocínio que Kelsen entende que a justiça é relativa. Frisa-se que a norma prescreve uma conduta com uma vontade de influenciar, caso a norma descrevesse esta não teria como finalidade influenciar, tal como é a ciência jurídica⁶³.

Portanto, quando a natureza das coisas que propõe extrair uma regra da relação entre meio e fim, ao existir concordância quanto ao fim, não implica que a relação entre meio e fim seja única e necessária; por outro lado, quando a relação entre meio e fim é única e necessária (sendo possível o acordo quanto aos meios), não se afirmar a existência de concordância sobre a finalidade a atingir. Ainda há o problema de a natureza das coisas ser uma fonte de direito que, assim como a equidade, é negativa. A natureza das coisas pode ser indicada como conteúdo das normas jurídicas, que é extraída da *regula decidendi*. Mas como fonte, não, pois a natureza jurídica a regra obtida a partir dessa não por ser expressão da natureza das coisas, mas pelo fato de ter sido

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**.

posta pelo legislador ou quem é autorizado. À natureza interessa o conteúdo, não sua produção.

Nesta medida, os direitos da personalidade, no contexto de uma democracia liberal, devem ter natureza de direitos positivos, pois pensar em direitos naturais na vigência do direito positivo moderno seria propor um pluralismo jurídico. Ainda que se possa aceitar a proposta dos direitos da personalidade como direitos naturais dentro do direito positivo, incorrer-se-ia no risco de que os próprios direitos da personalidade seriam relativizados ao entendimento e vontade do poder político daquela determinada sociedade, deixando o instituto de ser puro das influências externas e reificando-se como instrumento de outras ordens e interesses sociais.

Considerações finais

A problemática da natureza dos direitos da personalidade, das pessoas terem direitos por serem pessoas, suscita várias questões problemáticas incidentais, como pontuadas ao longo deste estudo. Dessa forma, em O Caso Collini⁶⁴ o acusado do assassinato de industrial alemão foi motivado por um senso de vingança ou justiça, diante da absolvição de leis alemãs, seus motivos não forma suficientes para descaracterizar o crime de homicídio. Já em Antígona⁶⁵, o sentimento de injustiça perante leis que impediam o enterro de seu irmão, suscitam a possibilidade de se insurgir contra leis estatais, sejam as reivindicações fundadas em injustiças ou em outros termos. Ambos os casos demonstram que o direito positivo não impede que sentimentos de direitos ou de injustiças irrompam na sociedade, o que deve ser analisado no espectro de uma democracia liberal, pois, caso contrário, o próprio ideal de democracia seria violado.

Do desenvolvimento da pesquisa que resultou na elaboração deste artigo, pode-se colher algumas conclusões que a seguir são sintetizadas:

⁶⁴ **O CASO COLLINI**. Direção de Marco Kreuzpaintner. Alemanha: Netflix, 2019 (123 min).

⁶⁵ SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. São Paulo: Martins Claret, 2007.

a) o positivismo filosófico é diverso do positivismo jurídico, que preza pelo valor de utilidade e segurança;

b) atribuir aos direitos da personalidade a concepção de direito natural traz problemas no que se refere ao estabelecimento de seu conteúdo, pois as bases do direito natural variam pela fonte utilizada;

c) os direitos da personalidade traduzem um esforço de positivação de valores éticos da tutela da pessoa humana, que são suscetíveis de adaptação por meio de uma metodologia relativista de uma democracia liberal; e

d) os direitos da personalidade, no contexto de uma democracia liberal, devem ter natureza de direitos positivos, pois pensar em direitos naturais na vigência do direito positivo moderno seria propor um pluralismo jurídico ou mesmo um risco à democracia.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of positive Law** (vol. I). London: R&R Clark, 1885.

AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined**. London: Richard Taylor, 1832.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**. London: John Bowring, 1844.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.

CASTRO, Alexander de. A razão contra a História. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 123, n. 2, 2021, p. 15-48. Disponível em:

<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/652>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CUNHA, Marcelo Durão Rodrigues de. **A história em tempos de crise: Friedrich Meinecke (1862-1954) e os problemas do historicismo alemão**. Tese (Doutorado em Histórica) – Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/9312/1/A%20historia%20em%20tempos%20de%20crise_Marcelo%20Dur%c3%a3o_entregue%20em%2011-12-2017.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. BDJUR: Brasília, 2009b. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20438>. Acesso em: 25 nov. 2022.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009a.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

O CASO COLLINI. Direção de Marco Kreuzpaintner. Alemanha: Netflix, 2019 (123 min), Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/81128616>. Acesso em: 6 mai. 2023.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. A constituição do estado no pensamento de Hegel. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 55, n. 1, p. 11-32, 2009. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/101>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revis-tadedireito/article/view/3941>. Acesso em: 31 dez. 2022.

SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. São Paulo: Martins Claret, 2007.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. **Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamenta iure naturae et gentium**. Halle: Tipografia de Christophori Salfeldi, 1718. Disponível em: <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb10007853?page=10,11>. Acesso em: 25 nov. 2022.

WEBBER, Max. Política como vocação. *In*: **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Martins Claret, 2015. p. 61-140.