

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**JOSÉ MÁRIO B. M. BARBUTO**

O conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino –  
Possibilidade de fundamentação metafísica do  
ordenamento jurídico como limite à atuação do Estado

SÃO PAULO

2012

JOSÉ MÁRIO B. M. BARBUTO

O conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino –  
Possibilidade de fundamentação metafísica do  
ordenamento jurídico como limite à atuação do Estado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Vicente Bagnoli.

SÃO PAULO

2012

JOSÉ MÁRIO B. M. BARBUTO

O conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino –  
Possibilidade de fundamentação metafísica do  
ordenamento jurídico como limite à atuação do Estado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Vicente Bagnoli.

Aprovado em 08/março/2013

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Vicente Bagnoli  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques  
Pontifícia Universidade Católica - SP

SÃO PAULO

2012

B241c Barbuto, José Mário Buck Marzagão

O conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino : possibilidade de fundamentação metafísica do ordenamento jurídico como limite é atuação do Estado. / José Mário Buck Marzagão Barbuto. – 2013.

168 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

Orientador: Vicente Bagnoli

Bibliografia: f. 157-168

1. Filosofia do Direito – 2. Filosofia Cristã – 3. Metafísica : Conceito de pessoa – 4. Direito Penal – 5. Direito Penal do Inimigo I. Título

*“Se não houver por trás das leis mais do que a força bruta do Poder, fingiremos nos contentar com isso”*  
(Michel Villey).

*"Mas sem a verdade, o homem não se encontra a si mesmo; no fim de contas, abandona o campo aos mais fortes"* (Papa Bento XVI).

*“O perigo do mundo ocidental para falar somente dele é que o homem hoje, precisamente à vista da grandeza de seu saber e do seu poder, desista diante da questão da verdade”* (Papa Bento XVI).

## RESUMO

O tema principal da presente dissertação é o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino e a possibilidade de se resgatar a metafísica como fundamento do ordenamento jurídico e limite da atuação do Estado. Descreve-se o contexto cristão do pensamento de Tomás de Aquino, especificamente no que se refere ao desenvolvimento do conceito de pessoa no debate teológico. Analisa-se a antropologia filosófica tomista, em especial a questão da imagem de Deus, esclarecendo-se a razão, fundamento e extensão da dignidade humana, na concepção de Santo Tomás, além dos reflexos dessa doutrina, na teoria do direito e da política de Santo Tomás e as consequências metafísicas e ontológicas das ações (virtuosas e viciosas) dos homens. Analisa também o processo de crítica da metafísica como o fundamento da ordem moral e sugere o seu resgate, como forma de manutenção do conteúdo do princípio da dignidade humana, compatível com o sistema e valores constitucionais. Sugere-se que foi justamente esse abandono da referência a uma realidade externa objetiva, como limite imposto ao direito que levou, a final, ao desenvolvimento coerente da teoria do Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito – Filosofia Cristã – Metafísica - Conceito de pessoa – Direito Penal – Direito Penal do Inimigo.

## **ABSTRACT**

The main theme of this dissertation is the concept of person in Thomas Aquinas and the possibility of rescue metaphysics as the legal basis and limit of state action. We describe the context of Christian thought of Thomas Aquinas, specifically with regard to the concept of person in theological debate. Analyze the Thomistic philosophical anthropology, in particular the question of the image of God, clarifying the reason, the foundation and extension of human dignity, in St. Thomas thought, and its consequences in his theory of law. It's analysed also the metaphysical and ontological consequences of actions (virtuous and vicious). It also analyzes the process of critique of metaphysics as the foundation of moral order and suggests his redemption as a way of keeping the content of the principle of human dignity, compatible with the system and constitutional values. It is suggested that it was precisely this abandonment of reference to an objective external reality, as imposed limit on the right that led toward the coherent development of the theory of Enemy's Criminal Law.

**Keywords:** Philosophy of Law - Christian Philosophy - Metaphysics - Definition of person - Criminal Law – Enemy's Criminal Law

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO 1. SANTO TOMÁS DE AQUINO.....</b>	<b>11</b>
1.1 FILOSOFIA CRISTÃ .....	11
1.2 A ORIGEM DO CONCEITO DE PESSOA NO DEBATE TEOLÓGICO CRISTÃO .....	20
1.3 O CONCEITO DE PESSOA EM SANTO TOMÁS DE AQUINO .....	31
1.4 A METAFÍSICA DA EXISTÊNCIA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO E A ANALOGIA ENS .....	38
1.5 O HOMEM FEITO À IMAGEM E SEMELHANÇA DE DEUS.....	47
1.6 A PERDA DA IMAGEM EM RAZÃO DO PECADO.....	55
1.7 O DIREITO PARA SANTO TOMÁS DE AQUINO .....	61
<b>CAPÍTULO 2. A PESSOA COMO LIMITE À ATUAÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO DE PUNIR ..</b>	<b>83</b>
2.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS. PRIMEIRAS RUPTURAS – O NOMINALISMO E A CRÍTICA À METAFÍSICA .....	83
2.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA .....	95
2.3 A CONSTITUIÇÃO E VALORES CONSTITUCIONAIS. O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	103
2.4 A FUNDAMENTAÇÃO METAFÍSICA DA MORAL .....	107
2.5 INCURSÃO SOBRE O DIREITO PENAL. OBSERVAÇÕES INICIAIS. O FUNCIONALISMO PENAL.....	113
2.6 A TEORIA DOS SISTEMAS E O DIREITO EM LUHMANN .....	119
2.7 A FORMA PESSOA EM LUHMANN.....	129
2.8 O DIREITO E O DIREITO PENAL PARA GÜNTHER JAKOBS.....	133
2.9 O CONCEITO DE PESSOA EM GÜNTHER JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	138
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>147</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>151</b>

## Introdução

Uma das poucas unanimidades no discurso jurídico brasileiro é a de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo ordenamento jurídico, princípio este acolhido, inclusive, logo no primeiro artigo da Constituição Federal, em seu inciso III<sup>1</sup>.

Assim é que o estado democrático de direito retira todos os seus valores reconhecidos pela constituição da ideia de dignidade da pessoa humana, valor fonte para todos os demais. Não há estado democrático de direito, portanto, sem respeito aos direitos humanos. Não é sem razão, pois, que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo (previstos fundamentalmente no art. 5º da CF) vêm elencados logo no início da constituição e foram erigidos em cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, da CF).

O princípio da dignidade da pessoa humana é colocado no vértice e como ponto de referência, não só do ordenamento jurídico pátrio, mas também no âmbito supranacional, por meio dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e dos Tribunais Internacionais.

A legitimidade dos direitos humanos como fundamento da democracia – e, portanto, do processo de elaboração das decisões por parte de um povo - não é posta em dúvida por ninguém. A própria noção de estado de direito é vista como dependente dos direitos humanos, sendo estes válidos ainda que a maioria quisesse deles discordar. Os direitos humanos, por outro lado, pressupõem a democracia e a noção de estado de direito, já que estes direitos não são respeitados (e a história nos mostra isso) em uma tirania, oligarquia ou num sistema de partido único. É o respeito aos direitos humanos, portanto, derivados da dignidade da pessoa, que confere legitimidade às Constituições Democráticas contemporâneas e baliza a busca de realização de seus conteúdos.

---

<sup>1</sup> Art. 1º, III, da CF: 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: (...)a dignidade da pessoa humana.

Essa aparente unanimidade, porém, é apenas ilusória. Uma bela miragem, que desaparece no momento em que dela se aproxima com um mínimo de atenção. É que o conceito de dignidade da pessoa humana – e mesmo o conceito de pessoa e de homem – está absolutamente desgastado. A doutrina contemporânea não conseguiu alcançar um mínimo de precisão em sua conceituação. Ninguém mais é capaz, a bem da verdade, de afirmar por que o homem possui essa dignidade e por que ela merece, dentre todos os demais seres existentes, tamanha proteção, pura e simplesmente em razão de sua existência<sup>2</sup>. Não obstante seja lugar comum a afirmação de que o homem, pelo simples fato de ser homem, possui essa tal dignidade.

A dignidade da pessoa humana aparece hoje, assim, como uma expressão oca, sem conteúdo definido, mas que é invocada por todos para servir de fundamento para a tomada das mais diversas posições (muitas vezes opostas entre si), nos mais diversos assuntos. Como argutamente observou Auguste Etchevery, S.J. (falando sobre o humanismo, mas cuja conclusão também vale para o nosso tema), *“a palavra fez fortuna antes de suscitar acaloradas controvérsias. Para beneficiar de seu prestígio, tendências diferentes e até opostas adotaram-na por divisa”*<sup>3</sup>.

Não havendo um consenso – ainda que mínimo – sobre o conteúdo do conceito da dignidade da pessoa, acaba por haver uma certa liberdade em sua definição, e a consequente possibilidade de sua manipulação para utilização para qualquer finalidade.

---

<sup>2</sup> Não admira, portanto, que surjam teses e discursos defendendo a dignidade de todo o tipo de vida e que sustentar a primazia de dignidade da espécie humana seria considerado “especismo”. V. p. ex. SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

<sup>3</sup> ETCHEVERY, S.J, Auguste. **O conflito actual dos humanismos**. Trad. M. Pinto dos Santos. 3ª ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1975, p. 8

Chega-se a uma situação quase paradoxal, pela qual se exige cada vez mais o respeito aos direitos humanos, mas, por outro lado, cada vez mais se afirma a impossibilidade de os definir de maneira clara e objetiva<sup>4</sup>.

Essa situação se reflete, como não poderia deixar de ser, no âmbito da dogmática penal. O Direito Penal, como parte do sistema global de controle social<sup>5</sup> e que tem por missão a proteção de bens jurídicos e dos valores ético-sociais da sociedade<sup>6</sup>, não pode deixar de levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na seleção dos bens jurídicos e valores a serem protegidos através das normas penais, como nos tipos de penas a serem previstas como aplicáveis e suas finalidades, na medida em que o Direito Penal serve, também, para limitar e controlar o poder de punir do Estado.

Muito embora não haja divergência sobre a necessidade de a dignidade da pessoa ser respeitada pelas normas penais, há espaço para o surgimento de doutrina como a do Direito Penal do Inimigo, concebida e defendida pelo professor alemão Günther Jakobs. O Direito Penal do Inimigo costuma ser caracterizado, basicamente, por conter três elementos: adiantamento da punibilidade (tipificação de condutas que antes eram consideradas meros atos preparatórios), previsão de penas desproporcionalmente altas e a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais<sup>7</sup>.

Mas o que me parece ser mais relevante (e inclusive é o que permite o tratamento mais severo acima mencionado) é a concepção pela qual se admite que existem determinados

---

<sup>4</sup> MATLÁRY, Janne Haaland. **Diritti umani abbandonati? La minaccia di una dittatura del relativismo**. Italia: Ed. Eupress, 2007, p. 26.

<sup>5</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. 4ª ed. Espanha: Ed. Comares, 1993, p. 2

<sup>6</sup> Cf. WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 4ª ed. Chile: Ed. Juridica de Chile, 1997, 1-10. Sabe-se que é muito debatida, na doutrina, a questão da finalidade e da missão do Direito Penal. Especialmente se o Direito Penal deve ter por finalidade apenas a proteção de bens jurídicos ou se deve incluir também a proteção de valores éticos, ou ainda se deve apenas servir como forma de reafirmação da vigência das normas jurídicas. O aprofundamento dessa discussão ultrapassaria os limites do presente projeto.

<sup>7</sup> Vide, especialmente e por todos, JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

comportamentos que permitem ao Estado tratar determinados indivíduos não como cidadãos (pessoas), mas sim como “inimigos”. Essa concepção somente é possível, na medida em que se admite que nem todo indivíduo (ser humano) é (e, portanto, deve ser tratado como), necessariamente, uma pessoa. A qualidade de ser pessoa – e junto com ela a dignidade que lhe é inerente – não decorre de seu ser nem de sua existência, mas sim de uma atribuição que lhe é dada pelo ordenamento jurídico ou pelo sistema social.

A doutrina do Direito Penal do Inimigo é aplicação coerente e sistemática de determinados princípios filosóficos que levaram a esse resultado: a possibilidade da consideração de determinados indivíduos não como pessoas, em razão da prática, por eles, de atos considerados graves. É a consequência – e essa é a hipótese de pesquisa do presente trabalho - da recusa da metafísica como fundamento ontológico da dignidade humana.

Parece necessário, portanto, voltar os olhos à noção específica do que se pode entender por pessoa e sua dignidade, bem como ao fundamento dos direitos humanos, que consiste em uma certa e muito específica visão da pessoa humana, e aos reflexos jurídicos que podem decorrer de eventuais diferentes posicionamentos.

A pesquisa realizada limitou-se, para tanto, ao estudo da noção e do conceito de pessoa desenvolvido pela filosofia cristã e, especialmente, por Santo Tomás de Aquino, no intuito de destacar os fundamentos que, deixados de lado, puderam levar a doutrinas como a do Direito Penal do Inimigo.

O conceito de pessoa surgiu e foi desenvolvido dentro do debate teológico sobre a Trindade (pessoas divinas), a partir do que se apresentou um fundamento metafísico e filosófico ao valor superior dado à natureza (pessoal) humana, em relação aos demais seres materiais e criados.

O penalista alemão Günther Jakobs, em sua teoria do Direito Penal do Inimigo, segundo a qual, como já foi dito, admite-se a existência de determinados comportamentos que

permitem ao Estado tratar determinados indivíduos não como cidadãos (pessoas), mas sim como “inimigos”, leva para dogmática penal a teoria dos sistemas de Luhmann, que exclui todo ontologismo e antropologismo. O indivíduo não seria uma parte (ou elemento) da sociedade. Mas ambos seriam sistemas distintos (sistema psíquico e sistema social) que interferem um no outro, um considerado ambiente em relação ao outro. Há uma renúncia explícita ao conceito de natureza humana como substrato ou fundamento de sua dignidade.

Santo Tomás de Aquino, nesse contexto, aparece citado como antecedente filosófico de Günther Jakobs e de sua teoria do Direito Penal do Inimigo<sup>8</sup>, o que, no entanto e como será visto, é uma interpretação equivocada.

O objetivo geral ora proposto é analisar se o conceito de pessoa desenvolvido pela filosofia cristã ainda pode dar alguma contribuição relevante à doutrina jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento e alicerce do ordenamento jurídico, e que pode, também, funcionar, no âmbito da dogmática penal, como limite e controle do poder punitivo do Estado.

Para tanto, propõem-se como objetivos específicos: 1) analisar o conceito de pessoa utilizado por Santo Tomás de Aquino; 2) avaliar se ele pode ser considerado como antecedente filosófico da teoria do Direito Penal do Inimigo; 3) avaliar a necessidade e possibilidade de se fundamentar metafisicamente o princípio da dignidade humana, como limite de atuação do Estado e garantia do exercício da cidadania.

O presente estudo teórico e histórico exige passar por diversas questões.

Em primeiro lugar, necessária a análise do contexto cristão do pensamento de Tomás de Aquino, especificamente no que se refere ao desenvolvimento do conceito de pessoa no

---

<sup>8</sup> Textualmente, escreve Luis Gracia Martín: “*Também na escolástica medieval são encontradas referências à perda do status de certos homens com a consequência de que estes poderiam ser excluídos ou eliminados da comunidade. Tomás de Aquino, concretamente, fala ocasionalmente da dignidade humana, mas entende que o homem não a possui enquanto ser eticamente livre, apenas o homem virtuoso. O ‘pecador’, por sua vez, carece dessa dignidade e ‘pode ser morto [pelo Estado] como um animal (velut bestia)’*” (MARTIN, Luis Gracia, *op. cit.*, p. 97).

debate teológico. Esse debate se deu, inicialmente, no desenvolvimento dos conceitos acerca das pessoas divinas, na tentativa de compreensão, tanto quanto possível, do mistério da Trindade. A partir do conceito de pessoa em Deus, é preciso estudar a posição de Santo Tomás de Aquino no que se refere ao homem. Como é sabido, o Doutor Angélico afirma que o homem tem sua dignidade por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Necessário, portanto, o estudo da antropologia filosófica tomista, para ficar esclarecida a razão, fundamento e extensão da dignidade humana, na concepção de Santo Tomás, além dos reflexos dessa doutrina, na teoria do direito e da política de Santo Tomás. É preciso verificar, também, na teoria tomista, quais as consequências metafísicas e ontológicas das ações (virtuosas e viciosas) dos homens.

Na segunda parte, será feita a exposição de como a recusa ao fundamento metafísico realista influenciou no desenvolvimento do conceito de cidadania, da forma como entendida hoje, no sentido de que os direitos humanos (direitos fundamentais) estão intimamente vinculados ao seu reconhecimento pelo Estado, e não mais pelo fato de se ter uma natureza específica e pessoal. Dentro deste contexto será analisada a teoria do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs. Imprescindível, para tanto, a análise, ainda que sucinta, da teoria dos sistemas e da teoria jurídica de Niklas Luhmann, que fornece o suporte conceitual utilizado por Günther Jakobs na formulação de sua dogmática jurídico-penal.

O estudo ora proposto poderá, então, realçar um ponto de ruptura do pensamento moderno e contemporâneo, que foi justamente o abandono da referência a uma realidade externa objetiva, como limite imposto ao direito. Abandono que acabou levando, a final, ao desenvolvimento, coerente, da teoria do Direito Penal do Inimigo.

A relevância do estudo sobre o fundamento da dignidade humana e seu valor como princípio jurídico fundamental nunca poderia ser superestimada. Nada há de mais relevante em um ordenamento jurídico do que o seu próprio fundamento e alicerce.

O retorno às origens cristãs do pensamento e da cultura ocidental, necessário para o estudo ora proposto, pode ajudar a se encontrar o ponto de ruptura, na linguagem utilizada por Celso Láfer, que permitiu o total esvaziamento da noção e do conceito da dignidade da pessoa.

Evidentemente, não se pretende esgotar, aqui, o tema. Mas apenas e tão somente sugerir a possibilidade de se resgatar o estudo da metafísica clássica, como valioso instrumento de compreensão e, conseqüentemente, de proteção da dignidade da pessoa humana (fundamento de nosso ordenamento jurídico – art. 1º, III, da CF). De fato, sem o conhecimento do que se entende por pessoa e sua dignidade, impossível a sua devida proteção.

O estudo ora proposto poderá, enfim, auxiliar na compreensão do porque nossa época não logra pensar nos quadros de um razoável consenso teórico esse valor que vive tão intensamente<sup>9</sup>.

#### *Um esclarecimento inicial sobre o marco teórico*

O presente estudo parte de um paradigma teórico específico, qual seja, a filosofia cristã, a fim de se verificar, também, a possibilidade de tal filosofia, de alguma forma, contribuir para a melhor compreensão do conceito de pessoa e dos limites da atuação do Estado.

Ao se assumir esse referencial teórico, não se pretende, por óbvio, afirmar, que o Estado deva se subordinar às regras ou valores da Igreja ou qualquer outra religião. O Estado – ordem constitucional – brasileiro é laico. No entanto, como ensina o bispo emérito de San Sebastian, D. José María Setién, a posição do Estado relativamente à dimensão ética da convivência sócio-política há de entender-se a partir de pressupostos diferentes daqueles que sustentam a atuação da Igreja e das confissões religiosas em matéria de ética. Coincide com

---

<sup>9</sup> VAZ, Henrique C. de Lima, SJ. **Antropologia Filosófica**, v.2. São Paulo: Ed. Loyola, São Paulo, 1992, p. 196

elas, porém, em afirmar que os valores éticos hão de inspirar a atuação do Estado e as normas jurídicas que hão de coordenar a convivência cívica. Esses valores éticos decorrem da “fé [dos Estados] na dignidade e no valor da pessoa humana” e do seu compromisso pelo respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades fundamentais do homem, sustentado por um conceito comum desses direitos e liberdades, tal como expressamente se reconhece no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948<sup>10</sup>

Nem mesmo a Igreja pretende uma tal vinculação. O Papa Bento XVI, com efeito, em sua mais recente encíclica, afirmou que a Igreja não tem soluções técnicas para oferecer e não pretende de modo algum imiscuir-se na política dos Estados; mas tem uma missão ao serviço da verdade para cumprir, em todo o tempo e contingência, a favor de uma sociedade à medida do homem, da sua dignidade, da sua vocação<sup>11</sup>.

Essa tomada de posição – ou referencial teórico –, no entanto, é necessária, até por uma questão de clareza, muito embora o objetivo seja – nunca é demais repetir – acadêmico e filosófico, sendo que se procurarão observar paradigmas elementares objetivos de racionalidade e metodologia.

O presente trabalho partirá, portanto, de uma perspectiva filosófica determinada, que é a filosofia cristã. Isso não faz o trabalho deixar de ser acadêmico ou científico. Tampouco tem ele finalidade apologética ou proselitista. Mas simplesmente filosófica e racional. Como bem observou, no entanto, GILSON, o cristão que filosofa se sente irremediavelmente isolado, sobretudo nesse início de século XXI. “*Ainda se pode filosofar, mas se alguém confessa sua*

---

<sup>10</sup> SETIÉN, D. José Maria (Bispo emérito de S. Sebastian), **Laicidade do Estado e Igreja**. Coimbra: Ed. Gráfica de Coimbra 2, 2008, p.56.

<sup>11</sup> BENTO XVI, Encíclica **Caritas in veritate**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_po.html)>. Acesso em: 14 ago 2009: “Igreja não tem soluções técnicas para oferecer e não pretende ‘de modo algum imiscuir-se na política dos Estados’; mas tem uma missão ao serviço da verdade para cumprir, em todo o tempo e contingência, a favor de uma sociedade à medida do homem, da sua dignidade, da sua vocação. Sem verdade, cai-se numa visão empirista e céptica da vida, incapaz de se elevar acima da acção porque não está interessada em identificar os valores — às vezes nem sequer os significados — pelos quais julgá-la e orientá-la”.

*intenção de filosofar de um ponto de vista cristão, ao cometer tal imprudência, se verá excluído da comunidade dos filósofos e simplesmente não será ouvido*<sup>12</sup>.

Assume-se, aqui, esse risco, por se entender que *“há numerosos problemas filosóficos cuja solução pode ser buscada e encontrada sem nenhuma referência direta à fé na palavra de Deus, o que não se pode dizer a respeito dos problemas essenciais da metafísica, da teologia natural e da moral”*<sup>13</sup>. E o conceito de pessoa é um desses problemas e o esquecimento desse fato parece ser a razão de seu completo esvaziamento.

Iniciaremos, pois, o trabalho, pela análise do conceito em Santo Tomás de Aquino, passando, antes de mais nada, por uma rápida análise sobre a possibilidade e realidade de uma filosofia cristã.

---

<sup>12</sup> GILSON, Etienne, **O filósofo e a teologia**. Trad. Tiago José Risi Leme. Santo André: Paulus, 2009, p. 16.

<sup>13</sup> *Id. ibid.*, p. 19.

# Capítulo 1. Santo Tomás de Aquino

## 1.1 Filosofia Cristã

Muito se discutiu sobre a possibilidade e a existência de uma verdadeira filosofia cristã.

A questão deve ser aqui abordada, ainda que de forma rápida ou superficial, porque Santo Tomás de Aquino não era propriamente um filósofo, mas sim um teólogo. Mais do que isso, ele era um santo. “A *filosofia de Santo Tomás deve ser considerada, pois, à luz de sua relação com a teologia, e é um grande erro recolher os temas filosóficos das obras de Santo Tomás, incluídas as de teologia, e construir com eles um sistema filosófico*”<sup>14</sup>. Santo Tomás, nas palavras de CHESTERTON, “*embora amasse a filosofia grega, nos salvou de ser seguidores da filosofia de Platão*”<sup>15</sup>, na medida em que nunca deixou de ser cristão em seu filosofar.

A religião cristã, por seu turno, não é uma filosofia, nem puramente uma visão de mundo (Weltanschauung), nem tampouco uma ideologia. Mas uma religião, que se utilizou de conceitos e da linguagem filosófica para exprimir a sua fé, que faz, é verdade, ver o mundo sob determinada perspectiva. Desse encontro nasceu o que se convencionou chamar de filosofia cristã. A religião cristã, como tal, é uma doutrina da salvação. A filosofia é uma doutrina que se dirige à inteligência e lhe diz o que são as coisas<sup>16</sup>. A filosofia cristã, portanto, é a utilização da inteligência (razão) para a compreensão, na medida do possível, da doutrina cristã da salvação. Mas será que podemos falar, de fato, em uma verdadeira filosofia? Ou,

---

<sup>14</sup> COPLESTON, Frederick, SJ. **Historia de La Filosofia, v. 2, de San Agustin e Escoto**. Trad. Juan Carlos García Borrón. Barcelona: Ariel, 2000, p. 302.

<sup>15</sup> CHESTERTON, G. K. **São Francisco de Assis, a espiritualidade da paz – São Tomás de Aquino, as complexidades da razão**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 200.

<sup>16</sup> GILSON, Étienne. **A filosofia na idade média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. XVI da Introdução. No mesmo sentido, PIEPER, Josef. **An Anthology**. San Francisco: Ignatius Press, 1989, posição 2165: “*True, Christian doctrine is primarily concerned with offering salvation, not with interpreting reality or human existence. But it implies as well certain fundamental teachings on specifically philosophical matters – the world and existence as such*”.

intimamente ligada à tarefa teológica, não seria ela meramente adjetiva, ou seja, uma filosofia feita por cristãos, mas que, sem nenhuma originalidade ou contribuição própria, mal se distingue da grega ou da helenística, tendo como única finalidade a de servir como instrumento da teologia? Seria uma filosofia no sentido pleno da palavra?

No início da Idade Moderna se tentou fazer crer que não existiam atividades com foro de pensamento ou filosofia propriamente dita durante a Idade Média. Teriam ocorrido quase mil anos de vácuo intelectual, entre o pensamento clássico e o renascimento. Já no século XX, E. BRÉHIER tentou mostrar que o pensamento filosófico não foi influenciado pelo advento do cristianismo e que não existiu uma filosofia cristã<sup>17</sup>.

Ainda na literatura filosófica contemporânea, surgiram vozes negando a possibilidade da filosofia cristã. Heidegger, por exemplo, sustentava que qualquer um que aceite a teoria da criação bíblica como verdadeira, permanecerá um estranho à força primordial do questionamento filosófico, porque alega possuir a resposta à única ou principal questão que constitui a filosofia como tal, qual seja, por que, afinal, existem os seres, ao invés do nada? “*A Christian philosophy is a wooden iron and a misconception*”<sup>18</sup>.

No entanto, não obstante alguma controvérsia, especialmente no início do século XX<sup>19</sup>, atualmente não se pode negar a extensão e o valor da contribuição cristã, real e ampla, para a filosofia, como um *fato* histórico comprovado, que formou, nas palavras de GILSON, “*sistemas que não teriam sido o que foram senão porque existiu uma religião cristã, a cuja influência voluntariamente se submeteram*”<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *apud* FRANCA, Leonel da Silveira, Pe. **A crise do mundo moderno**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1941, p. 192

<sup>18</sup> *Apud* PIEPER, Josef. **An Anthology**. San Francisco: Ignatius Press, 1989, posição 2178.

<sup>19</sup> SARANYANA, Josep-Ignasi. **A Filosofia Medieval**. Das origens patrísticas à escola barroca. São Paulo: Ed. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2006, p. 34.

<sup>20</sup> *apud* Pe. FRANCA, Leonel, *op. cit.*, p. 194.

A existência de uma filosofia cristã, historicamente incontestável, pode ser assim conceituada:

“É cristã toda filosofia que, criada por cristãos convictos, distingue entre os domínios da ciência e da fé, demonstra suas proposições com razões naturais, e não obstante vê na revelação cristã um auxílio valioso, e até certo ponto mesmo moralmente necessário para a razão”<sup>21</sup>.

MARITAIN ensina, com precisão, sobre o problema da filosofia cristã, que

“a filosofia é obra da razão e, como tal, está fundada sobre as evidências naturais e não sobre a fé, mas que a própria razão, que não é um mundo fechado, mas aberto que cumpre bem os seus trabalhos mais elevados e atinge à sua plenitude, só se for ajudada e vivificada pelas luzes provenientes da fé”.

(...)

“A filosofia cristã não é uma doutrina determinada, também se a doutrina de Santo Tomás é, a nosso ver, sua expressão mais completa e mais pura. É, ao contrário, a própria filosofia enquanto posta naquelas condições de existência e de exercício absolutamente característicos, onde o cristianismo introduziu o sujeito pensante, de maneira que ele veja certos objetos, estabeleça validamente certas asserções, que, em outras condições, lhe escapariam mais ou menos”<sup>22</sup>.

As filosofias medievais, e dentre elas a filosofia de Santo Tomás, podem ser classificadas como filosofia cristã, de acordo com a definição dada acima<sup>23</sup>.

Mais do que isso, a filosofia tomista foi declarada a filosofia cristã por excelência, por meio da encíclica *Aeterni Patris*, do Papa Leão XIII:

“Porém, entre os doutores escolásticos, sobrepuja, como guia e mestre de todos, Tomás de Aquino. Ele, como anota o cardeal Caetano [Tomás de

<sup>21</sup> GILSON, Etienne, e BOEHNER, Philotheus, **História da filosofia cristã**: desde as origens até nicolau de cusa. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 9

<sup>22</sup> MARITAIN, Jacques, **Por um humanismo integral. Textos seletos**. São Paulo: Ed. Paulis, 1999, p. 83 e 85.

<sup>23</sup> É evidente que, além das filosofias cristãs medievais, houve o desenvolvimento também de filosofias árabes e judias, dentre outras, mas que fogem aos limites desse trabalho.

Vio], «porque teve em suma veneração os antigos santos doutores, por isso mesmo atingiu de certa forma o conhecimento de todos» (25). Tomás reuniu a doutrina como membros do mesmo corpo, espalhados em vários lugares e compôs um conjunto orgânico, dispô-las com ordem maravilhosa e aumentou-as com grandes acréscimos que mereceu ser considerado excelente presídio e glória da Igreja católica. Ele, de engenho dócil e agudo, de memória fácil e tenaz, de vida inocentíssima, amante unicamente da verdade, riquíssimo em ciência divina e humana, como um sol esquentou o mundo com o calor de suas virtudes e encheu-o com o esplendor de sua doutrina. Não há nenhum argumento filosófico que ele não tenha tratado com agudeza e solidez; disputou de tal forma sobre as leis da dialética, de Deus e das substâncias incorpóreas, do homem e das outras coisas sensíveis, dos atos humanos e de seus princípios, que não se pode desejar mais abundante messe de questões, nem método mais excelente de proceder, nem firmeza de princípios ou força de argumentos, nem clareza ou propriedade na exposição, nem facilidade em explicar qualquer matéria mesmo a mais abstrusa<sup>24</sup>.

Nesse mesmo sentido, ainda mais recentemente, o Papa João Paulo II afirmou, em sua mensagem ao VIII Congresso Tomista Internacional reunido em Roma em 1980, que Santo Tomás não só merecia ser chamado o *Doctor Communis Ecclesiae*, mas também o *Doctor humanitatis*, porque sempre disposto a acolher os valores humanos de todas as culturas<sup>25</sup>. E, em sua encíclica *Fides et Ratio* reiterou esse mesmo posicionamento:

“43. Neste longo caminho, ocupa um lugar absolutamente especial S. Tomás, não só pelo conteúdo da sua doutrina, mas também pelo diálogo que soube instaurar com o pensamento árabe e hebreu do seu tempo. Numa época em que os pensadores cristãos voltavam a descobrir os tesouros da filosofia antiga, e mais directamente da filosofia aristotélica, ele teve o grande mérito de colocar em primeiro lugar a harmonia que existe entre a razão e a fé. A luz da razão e a luz da fé provêm ambas de Deus: argumentava ele; por isso, não se podem contradizer entre si.

Indo mais longe, S. Tomás reconhece que a natureza, objecto próprio da filosofia, pode contribuir para a compreensão da revelação divina. Deste

<sup>24</sup> LEÃO XIII, Aeterni Patris,. In: \_\_\_\_\_ **Documentos de Leão XIII (1808-1903)**. São Paulo: Ed. Paulus, 2005, p. 85-86.

<sup>25</sup> REINHARDT, Elisabeth. **La dignidad del hombre em cuanto imagen de Dios**. Tomás de Aquino ante sus fontes. Espanha: Ed. Eunsa, 2005, p. 16.

modo, a fé não teme a razão, mas solicita-a e confia nela. Como a graça supõe a natureza e leva-a à perfeição, assim também a fé supõe e aperfeiçoa a razão. Esta, iluminada pela fé, fica liberta das fraquezas e limitações causadas pela desobediência do pecado, e recebe a força necessária para elevar-se até ao conhecimento do mistério de Deus Uno e Trino. Embora sublinhando o carácter sobrenatural da fé, o Doutor Angélico não esqueceu o valor da racionalidade da mesma; antes, conseguiu penetrar profundamente e especificar o sentido de tal racionalidade. Efectivamente, a fé é de algum modo « exercitação do pensamento »; a razão do homem não é anulada nem humilhada, quando presta assentimento aos conteúdos de fé; é que estes são alcançados por decisão livre e consciente.

Precisamente por este motivo é que S. Tomás foi sempre proposto pela Igreja como mestre de pensamento e modelo quanto ao recto modo de fazer teologia. Neste contexto, apraz-me recordar o que escreveu o meu Predecessor, o Servo de Deus Paulo VI, por ocasião do sétimo centenário da morte do Doutor Angélico: « Sem dúvida, S. Tomás possuiu, no máximo grau, a coragem da verdade, a liberdade de espírito quando enfrentava os novos problemas, a honestidade intelectual de quem não admite a contaminação do cristianismo pela filosofia profana, mas tão pouco defende a rejeição apriorística desta. Por isso, passou à história do pensamento cristão como um pioneiro no novo caminho da filosofia e da cultura universal. O ponto central e como que a essência da solução que ele deu ao problema novamente posto da contraposição entre razão e fé, com a genialidade do seu intuito profético, foi o da conciliação entre a secularidade do mundo e a radicalidade do Evangelho, evitando, por um lado, aquela tendência anti-natural que nega o mundo e seus valores, mas, por outro, sem faltar às exigências supremas e inabaláveis da ordem sobrenatural »<sup>26</sup>.

A filosofia cristã, assim, tem um sentido específico e uma grande importância que não pode ser esquecida nem diminuída ou subestimada, “*porque a influência do cristianismo sobre a filosofia é uma realidade*”<sup>27</sup>.

Não há como negar, no entanto, que a filosofia cristã medieval era basicamente feita por teólogos, que de fato utilizavam a razão filosófica dentro do contexto da teologia. Mas isso

<sup>26</sup> JOÃO PAULO II, **Carta Encíclica Fides et Ratio**. Disponível em <<http://www.vatican.va/edocs/POR0064/PA.HTM>> Acesso em 13 out. 2009.

<sup>27</sup> GILSON, Etienne, **O espírito da filosofia medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23.

não significa que os esforços filosóficos nesse contexto deixavam de ser filosofia. “*Se os filósofos medievais se deixaram influenciar por um fator externo, a teologia, os filósofos modernos também foram influenciados por fatores externos, ainda que estes não tenham sido os teólogos*”<sup>28</sup>. Basta lembrar, no contexto deste trabalho, por exemplo, a influência externa exercida, hoje em dia, pela sociologia em determinadas questões filosóficas da mais alta relevância e mesmo nas questões jurídicas.

Desde o início da era cristã, houve uma preocupação muito grande em expor a fé de modo inteligível, como se vê já da Primeira Epístola de São Pedro: “*Estai sempre prontos a responder para vossa defesa a todo aquele que vos pedir a razão de vossa esperança, mas fazei-o com suavidade e respeito*” (1Pe 3,15). Tal postura se estendeu no cristianismo até os dias de hoje, no desenvolvimento da explicação, não do mistério propriamente dito<sup>29</sup> mas para mostrar que a verdade da razão, se bem conduzida e aplicada, não pode contrariar as verdades da fé, já que ambas procedem da mesma origem – Deus. Como dirá Santo Anselmo, no século XI: “*Porque não busco compreender para crer, mas creio para chegar a compreender. Creio, com efeito, porque se não crer, não chegaria a compreender*”<sup>30</sup> (*credo ut intelligam*).

Como ensina GILSON, esse esforço da verdade acreditada para se transformar em verdade sabida é, verdadeiramente, a vida da sabedoria cristã, e o corpo das verdades racionais que esse esforço nos proporciona é a própria filosofia cristã. O conteúdo da filosofia cristã é, portanto, o corpo das verdades racionais que foram descobertas, aprofundadas ou simplesmente salvaguardadas, graças à ajuda que a revelação deu à razão. O que o filósofo cristão se pergunta é simplesmente se, entre as proposições que ele crê verdadeiras, não há um

---

<sup>28</sup> COPLESTON, Fredereick, SJ, *op. cit.*, p. 15.

<sup>29</sup> Santo Tomás de Aquino já advertia para que as razões apresentadas não o fossem como prova racional do mistério, pois “*a insuficiência dessas razões mais os [adversários da fé] confirmaria em seus erros, ao julgarem que nós assentimos à verdade da fé com razões tão fracas*” (AQUINO, Tomás de. **Suma contra os Gentios**, v.1, trad. D. Odilão Moura, O.S.B. Porto Alegre: Edpucrs, 1990, p. 30).

<sup>30</sup> ANSELMO. **Obras Completas**, v.1. 2ª ed. Espanha: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Espanha, 2008, p. 367.

certo número que a sua razão poderia saber verdadeiras, por meio da utilização das faculdades naturais da razão filosófica. Assim que encontra entre as suas crenças verdades que podem se tornar objeto de ciência, ele se torna filósofo, e, se é à fé cristã que ele deve essas novas luzes filosóficas, ele se torna um filósofo cristão<sup>31</sup>.

A filosofia cristã se apresenta, portanto, não como uma disciplina simples e unificada internamente, mas serve como uma moldura dentro da qual o filósofo que é cristão busca a verdade racional. Entende-se, nas palavras de RATZINGER, que “*sem a fé, a filosofia não é completa, mas a fé sem a razão não pode ser humana*”<sup>32</sup>.

Nesse contexto, a Igreja Católica pode e deve apresentar a sua visão dos aspectos éticos e axiológicos ligados à ordem jurídica, como forma de contribuição e auxílio no desenvolvimento da sociedade, que pretende ter o seu fundamento na dignidade da pessoa humana e na realização da justiça social. Ensina, nesse sentido, o papa Bento XVI: “*Para a filosofia e, de maneira diferente, para a teologia, a escuta das grandes experiências e convicções das tradições religiosas da humanidade, especialmente da fé cristã, constitui uma fonte de conhecimento; recusá-la significaria uma inaceitável redução do nosso escutar e responder*”<sup>33</sup>.

Em outro pronunciamento, o papa ressaltou (em trecho longo, mas que pedimos a vênica de transcrever):

“Porém, aqui levanta-se imediatamente uma objecção, ou seja, que o Papa, de facto, não falaria verdadeiramente com base na razão ética, mas tiraria as suas conclusões da fé e, por isso, não poderia pretender a

<sup>31</sup> GILSON, Etienne, **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 42 e 44.

<sup>32</sup> RATZINGER, Joseph, **Truth and tolerance**. Christian belief and world religions. São Francisco: Ed. Ignatius. 2004, posição 1485

<sup>33</sup> BENTO XVI, **Aula Magna da Universidade de Regensburg (12-09-2006) – Fé, Razão e Universidade: Recordações e Reflexões**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20060912\\_university-regensburg\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_po.html)>. Acesso em: 16 jun 2012.

validade das mesmas para quantos não partilham desta fé. Havemos ainda de voltar a este tema, deixando-o por agora porque se levanta aqui a questão absolutamente fundamental: O que é a razão? Como pode uma afirmação sobretudo uma norma moral demonstrar-se "razoável"? Aqui gostaria, brevemente apenas, de ressaltar que John Rawls, embora negando às doutrinas religiosas compreensivas o carácter da razão "pública", todavia vê na sua razão "não pública" pelo menos uma razão que não poderia, em nome de uma racionalidade secularizadamente insensível, ser simplesmente desconhecida por aqueles que a defendem. Para além do mais, ele vê um critério desta razoabilidade no facto de tais doutrinas derivarem de uma tradição responsável e motivada, tendo sido durante um longo período desenvolvidas argumentações suficientemente boas em defesa da respectiva doutrina. Nesta afirmação, parece-me importante o reconhecimento de que a experiência e a demonstração ao longo das gerações a base histórica da sabedoria humana constituem também um sinal da sua razoabilidade e do seu significado duradouro. Diante duma razão não histórica que procura autoconstruir-se somente numa racionalidade não histórica, a sabedoria da humanidade como tal a sabedoria das grandes tradições religiosas deve ser valorizada como realidade que não se pode impunemente lançar para o cesto da história das ideias.

Voltemos à pergunta inicial. O Papa fala como representante de uma comunidade crente, na qual, durante os séculos da sua existência, de uma comunidade que guarda em si um tesouro de conhecimento e de experiência ética, que se revela importante para toda a humanidade: neste sentido, fala como representante de uma razão ética<sup>34</sup>.

Vale, também, citar as palavras de Cleber Francisco Alves: *“É preciso, no entanto, mais do que nunca, repudiar certas visões contaminadas por preconceitos, que tentam desacreditar as concepções de mundo fundadas numa perspectiva religiosa e fideísta”*<sup>35</sup>. Em especial, na medida em que, com PIEPER, se lembra que toda interpretação filosófica do

<sup>34</sup> BENTO XVI, **Dircurso do Santo Padre Bento XVI para o Encontro na Universidade de Roma “La Sapienza”**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2008/january/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20080117\\_la-sapienza\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080117_la-sapienza_po.html)> Acesso em: 16 jun 2012

<sup>35</sup> ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (Biblioteca de teses (Renovar)), p. 174

mundo e da existência humana, sem exceção, repousa, ao menos inconscientemente, sobre determinados pressupostos gerais, que não são tanto conhecimento, mas verdadeiramente fé<sup>36</sup>.

Tal postura – inclusiva e que permite a participação de uma filosofia cristã no debate público e acadêmico, sem que se considere isso uma ofensa ao caráter laico do Estado - é a única compatível com a esfera pública pluralista, em que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas podem apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos<sup>37</sup>.

É nesse contexto que deve ser analisada a filosofia tomista, seu contexto cristão e a possibilidade de sua influência nos valores e princípios recebidos pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>36</sup> PIEPER, Josef. **An Anthology**. San Francisco: Ignatius Press, 1989, posição 2165. Vale citar, aqui, as palavras de CHESTERTON, ao iniciar uma abordagem do tomismo, como uma filosofia cristã do “*senso comum*”, mostrando certos paradoxos da filosofia moderna: “*Tudo isso é conhecido, mas o que ainda não se percebeu é que não só a política prática mas também as filosofias abstratas do mundo moderno sofreram essa estranha distorção. Desde que o mundo moderno começou, no século XVI, nenhum sistema filosófico correspondeu de fato ao sentido de realidade de todos, àquilo que os homens comuns, se deixados a si próprios, chamariam de senso comum. Cada um deles começou com um paradoxo: um ponto de vista peculiar que requer o sacrifício daquilo que eles chamariam de ponto de vista sadio. É isso que há em comum entre Hobbes e Hegel, Kant e Bergson, George Berkeley e William James. Um homem precisava acreditar em alguma coisa em que nenhum homem normal acreditaria se alguém a apresentasse subitamente à sua simplicidade, como é o caso de dizer que a lei está acima do direito, que o direito está fora do âmbito da razão ou que as coisas são apenas aquilo que pensamos que são; ou que tudo é relativo a uma realidade que não existe. O filósofo moderno alega, como se fosse uma espécie de estelionatário, que, uma vez que lhe concedermos isso, o resto será fácil; ele consertará o mundo desde que lhe permitam impor à mente essa distorção específica*” (CHESTERTON, G. K. **São Francisco de Assis, a espiritualidade da paz – São Tomás de Aquino, as complexidades da razão**, *op. cit.*, p. 324).

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil; o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

## 1.2 A origem do conceito de pessoa no debate teológico cristão

O conceito de pessoa – como fundamento da dignidade de todo ser humano e de seus direitos inalienáveis, invioláveis e indisponíveis - é daqueles que estão tão arraigados na cultura ocidental que, por vezes, se esquece de sua origem.

Na verdade, não há – nem poderia haver – qualquer dúvida acerca dessa origem: ela se deu dentro do debate teológico do início do cristianismo.

Todavia, parece que um certo preconceito faz com que essa origem seja, por vezes, olvidada. Assim é que SARLET textualmente afirma que, muito embora lhe faltem dados seguros quanto a este aspecto, a ideia do valor intrínseco da pessoa provavelmente não se deve ao cristianismo:

“Muito embora não nos pareça correto, *inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto*, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (grifo meu)<sup>38</sup>.

Conforme ensina VAZ, ainda, muito embora a noção de pessoa apresente antecedentes históricos bastante complexos, parece indiscutível que, se procurarmos a raiz mais profunda da qual cresceu a acepção filosófica de pessoa, iremos encontrá-la no terreno teológico. “*Trata-se, sem dúvida, de um dos casos mais notáveis entre os que registram o*

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 29-30.

nascimento de um conceito no terreno de encontro entre o logos bíblico-cristão e o logos grego”<sup>39</sup>.

Nesse mesmo sentido, ensina RATZINGER, que o conceito de pessoa e a ideia em que se funda são produtos da teologia cristã; em outras palavras, essa noção se originou inicialmente do debate do pensamento humano com os dados da fé cristã, entrando na história do espírito por esse caminho. No conceito de pessoa, percebemos uma das tantas contribuições ao pensamento humano que a fé cristã possibilitou e realizou. Possibilitou, dizemos, porque não se originaram simplesmente do filosofar do homem mesmo, mas do debate da filosofia com os dados prévios da fé e principalmente da Sagrada Escritura<sup>40</sup>.

MARITAIN também sustenta que “o humanismo ocidental tem origens religiosas e ‘transcedentais’, sem as quais ele é incompreensível a si mesmo”<sup>41</sup>. De forma clara e direta, ainda, RUBIO afirma que “a visão do homem como pessoa não deve, assim, ser procurada na filosofia grega. Ela é uma criação própria do cristianismo”<sup>42</sup>.

O próprio LUHMANN afirma que

“somente na Idade Média, e devido à necessidade de indicar o ser humano como indivíduo em geral e independentemente de seu contexto social, é quando se produz uma individualização geral do conceito de pessoa. E então o conceito estimula o percurso valorativo do indivíduo”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> VAZ, Henrique C. de Lima, SJ, **Antropologia Filosófica**, v.2, *op. cit.*, 189

<sup>40</sup> RATZINGER, Joseph, Sobre a noção de pessoa na teologia. In: \_\_\_\_\_ **Dogma e anúncio**, São Paulo: Loyola, 2007, p. 177. Confira-se, também, nesse sentido: “As especulações teológicas sobre o dogma da Encarnação levaram a suscitar o problema propriamente filosófico de saber se num indivíduo (Pedro), a pessoa se distingue realmente da substância individual e na hipótese da distinção real, qual é a razão formal da substância, isto é, o que faz que a substância individual tenha uma existência própria e incomunicável” (JOLIVET, Regis. **Tratado de Filosofia**, v. 3 – **Metafísica**, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1965, p. 279)

<sup>41</sup> MARITAIN, Jacques, **Humanisme integral**. Paris: Ed. Aubier, 1936, p. 13

<sup>42</sup> RUBIO, Alfonso García. **Unidade na pluralidade**. O ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs. 3ª ed. São Paulo: Ed. Paulus, 2001, p. 304.

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad y modernidade**. De la unidad a la diferencia. Madrid: Ed. Trota, 1998, p. 237.

Podemos dizer, no entanto, com GILSON, que nossos contemporâneos não cessaram de sofrer a influência do Evangelho, mas “*muitos deles vivem do que não conhecem mais*”<sup>44</sup>, tomando “*por novas ideias filosóficas vagas lembranças do Evangelho*”, que leram na infância e que alguma coisa neles, sem que eles percebam, lhes impede que esqueçam<sup>45</sup>.

A superioridade do ser humano em dignidade em relação a todos os demais seres do cosmos não foi, é verdade, uma invenção do cristianismo ou do judaísmo. Já os gregos afirmavam que, por ser racional, o único dentro da hierarquia dos gêneros e espécies provido de *logos*, o homem estava no cume da ordem do universo. Assim é que a descoberta da individualidade espiritual do homem, antecedente histórico e premissa teórica necessária para a descoberta e afirmação da *pessoa*, se deu, além de em Israel, também, por caminhos diferentes, na Grécia<sup>46</sup>. Seria gratuito, portanto, imputar à filosofia clássica uma pretensa ignorância daquilo que posteriormente ficou conhecido como a dignidade da pessoa humana<sup>47</sup>. No dizer do Pe. FRANCA, “*no pensamento grego, encontram-se dispersos muitos dos elementos que serão mais tardes integrados numa filosofia justificativa do singular valor do homem. Mas uma sólida e coerente, só a elaboraram os pensadores cristãos*”<sup>48</sup>.

Os filósofos pré-cristãos não chegaram a apresentar um fundamento metafísico ou a raiz ontológica da verdadeira grandeza do homem. Mesmo em Platão ou Aristóteles, que desenvolveram uma antropologia mais consistente, diminuem ou depreciam o valor *individual* da pessoa. Para Platão, a única realidade com existência real é a da Ideia, sendo o indivíduo uma sombra fugaz, cuja realidade é uma mera aparência. Aristóteles, mais realista, muito

<sup>44</sup> GILSON, Etienne, **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 21 e 22-23.

<sup>45</sup> Afirma, também nesse sentido, o professor de Harvard, Harold J. Berman: O moderno sistema legal ocidental “*é um resíduo secular de atitudes e pressupostos religiosos que, historicamente, tiveram a sua primeira expressão na liturgia, rituais e doutrina da Igreja e, mais tarde, nas instituições, conceitos e valores do Direito. Se não se compreendem essas raízes históricas, muitos aspectos do Direito podem parecer desprovidos de fundamentos*” (*apud* WOODS Jr., Thomas E., **Como a Igreja Católica construiu a Civilização Ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008, p. 177).

<sup>46</sup> VAZ, Henrique C. de Lima, SJ, **Antropologia Filosófica**, v.2, *op. cit.*, 203

<sup>47</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007 p. 82.

<sup>48</sup> Pe. FRANCA, Leonel, *op. cit.*, p. 167

embora reconheça a existência dos indivíduos, não lhes empresta outra finalidade “*senão para assegurar a imortalidade da espécie*”.

É o que ensina BARRERA, ao tratar do lugar da pessoa no referencial teórico grego, especificamente, o aristotélico:

“O único interesse que prevalece, então, é o da *polis*. Ela é de fato o referencial último legítimo em matéria prática, enquanto é *telos*, fim, das associações menores. O homem é formalmente um ser vivo político, e Aristóteles extrai disso a consequência previsível: somos todos *em e pela* cidade. (...) Quem estiver fora da cidade não é um ser humano; é um animal ou um deus. O associal – *ápoli* – também pode ser um homem; mas neste caso, se é associal por natureza, é um perverso – *phaulós*”. (...)“Deparamos assim com o fato paradoxal de que antropologia filosófica de Aristóteles não tem a pessoa como categoria hermenêutica principal, mas sim a cidade. (...) Os cidadãos são partes da *pólis*, partes que até são comparadas aos órgãos com relação ao corpo”<sup>49</sup>.

Não lograram, portanto, elaborar uma verdadeira filosofia da dignidade humana<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> BARRERA, Jorge Martínez. **A política em Aristóteles e Santo Tomás**. Trad. e prefácio de Carlos Ancêde Nougé. Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2007, p. 145.

<sup>50</sup> Pe. FRANCA, Leonel, *op. cit.*, p. 167, p. 168. Nesse mesmo sentido JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 9-17: “o início da história grega surge como princípio de uma valoração nova do Homem, a qual não se afasta muito das ideias difundidas pelo Cristianismo sobre o valor infinito de cada alma humana nem do ideal de autonomia espiritual que desde o Renascimento se reclamou para cada indivíduo. (...)“Mas não podemos entender de modo radical e preciso a posição do espírito grego na história da formação dos homens, se tomarmos um ponto de vista moderno. (...)“A sua [do povo grego] descoberta do Homem não é a do eu subjetivo, mas a consciência gradual das leis gerais que determinam a essência humana. O princípio espiritual dos gregos não é o individualismo, mas o ‘humanismo’, para usar a palavra no seu sentido clássico e originário”. (...) “No melhor período da Grécia era tão inconcebível um espírito alheio ao Estado como um Estado alheio ao espírito. As maiores obras do helenismo são monumentos de uma concepção do Estado de grandiosidade sem par, cuja cadeia se desenrola numa série ininterrupta, desde a idade heroica de Homero até o Estado autoritário de Platão, dominado pelos filósofos, e no qual o indivíduo e a comunidade social travam a sua última batalha no terreno da filosofia. Todo o futuro humanismo deve estar essencialmente orientado para o fato fundamental de toda a educação grega, a saber: que a humanidade, o ‘ser do Homem’ se encontrava essencialmente vinculado às características do Homem como ser político”. (...) “Mas por mais pessoal que esta obra do espírito seja, na sua forma e nos seus propósitos, é considerada pelos seus autores, com vigor infatigável, uma função social”. E, ainda, MONDINI, Battista. **O homem, quem ele é? Elementos de antropologia filosófica**. 12ª ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 291: “Os estudiosos estão de acordo em reconhecer que o conceito de pessoa é estranho à filosofia grega. Com efeito, o conceito de pessoa acentua o singular, o indivíduo, o concreto, enquanto a filosofia grega dá importância só ao universal, ao ideal, ao abstrato. O singular, o indivíduo, o concreto para o pensamento grego tem valor provisório, como momentânea fenomenização da espécie universal, ou então como instante transitório do grande ciclo, que tudo compreende da história”. Finalmente, o mesmo MONDINI apresenta, em nota de rodapé, no mesmo local, diversos testemunhos a respeito da origem cristã do conceito de pessoa, que vale a pena reproduzir: “Na filosofia antiga falta até mesmo o termo para exprimir a personalidade’ (E. Zeller, Die

Assim é que se pode dizer, com VAZ, que

“a descoberta e a afirmação da *individualidade espiritual do homem* foi o prolegômeno histórico e a premissa teórica para a descoberta e a afirmação da *pessoa*. Ela se deu em Israel e na Grécia por caminhos diferentes, mas esses caminhos um dia se encontrarão na teologia cristã e, a partir dela, irão se constituir uma só rota na filosofia ocidental”<sup>51</sup>.

Com a fé cristã num Deus pessoal – e não simplesmente Absoluto – vem uma mudança radical e escandalosa, que, aos modernos, já habituados e formados dentro da cultura do valor da pessoa, parece passar despercebida.

Realmente, a visão de Deus, não como uma consciência anônima e neutra, mas como liberdade e amor criador, como ser pessoal, apresenta uma opção radicalmente diversa daquela adotada pelos filósofos pré-cristãos, qual seja a da “*opção pelo primado do específico sobre o genérico*”, de forma que “*o grau de excelência suprema não cabe ao genérico e sim ao específico*”. “*Nessa visão de mundo, a pessoa não é apenas indivíduo, um exemplar multiplicado pela divisão da idéia na matéria, mas é precisamente isso: ‘pessoa’*”<sup>52</sup>.

Nesse mesmo sentido, GILSON afirma que, em Aristóteles, “*o Ser necessário é sempre um coletivo; nos cristãos, é sempre um singular*”<sup>53</sup>.

---

*philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 7ª ed, Leipzig, 1920, p. 843). ‘O sentido da pessoa na antiguidade continua embrionário até os inícios da era cristã. O homem antigo é absorvido pela cidade e pela família, e submetido a destino cego, sem nome, superior aos próprios deuses. A instituição da escravidão não ofende os espíritos mais altos daqueles tempos. Os filósofos não tomam em consideração senão o pensamento impessoal, cuja ordem imóvel regula a natureza com as ideias: o aparecimento do singular é como uma fenda na natureza e na consciência...O cristianismo, em meio a essas incertezas, leva de improviso uma noção decisiva da pessoa. Nem sempre se compreende hoje o escândalo que ela constituiu para o pensamento e para a sensibilidade grega’ (E. Mounier, Il personalismo, AVE, Roma, 1966, pp. 14-16). ‘O cristianismo criou nova dimensão do homem: a da pessoa humana. Tal noção era tão estranha ao racionalismo clássico, que os Padres gregos não eram capazes de achar na filosofia grega as categorias e as palavras para exprimir essa nova realidade. O pensamento helênico não estava em condições de conceber que o infinito e o universal pudessem exprimir em uma pessoa’ (R. Garaudy, Qu’est-ce que la morale marxiste?, Ed. Sociales, Paris, 1963, p. 63)” (id.ibid.).*

<sup>51</sup> VAZ, Henrique C. de Lima, SJ, **Antropologia...**, op. cit., p. 203.

<sup>52</sup> RATZINGER, Joseph. **Introdução ao cristianismo**. São Paulo: Loyola, 2005, p. 118-119.

<sup>53</sup> GILSON, Etienne, **O espírito...**, op. cit., p. 65.

O valor absoluto do indivíduo, assim, é sem dúvida um dado da revelação cristã<sup>54</sup>. Essa enorme diferença entre o pensamento cristão e o grego, por exemplo, terá profunda influência na concepção da política de Santo Tomás de Aquino, impedindo, como será visto adiante, que ele subordine totalmente a pessoa (parte) ao Estado (todo).

Como ensina RATZINGER, parece residir nessa passagem do indivíduo para a pessoa toda a diferença inerente à passagem da antiguidade para o cristianismo e do platonismo para a fé. Esse ser determinado e individual não tem nada de secundário, como se nos fizesse vislumbrar apenas fragmentariamente o geral, que seria o essencial. Sendo o mínimo, ele se torna máximo; sendo o singular e o irrepetível, ele se torna máximo e essencial<sup>55</sup>.

Toda a pessoa humana, assim, passa a ser vista, antes de mais nada, como um indivíduo, *“mas é muito mais que um indivíduo, porque só se fala de uma pessoa, assim como de um personagem, no caso em que a substância individual que se considera possua certa dignidade”*<sup>56</sup>. O termo “pessoa” foi escolhido, então, para sublinhar que o homem não se deixa encerrar na noção de indivíduo da espécie, porque já nele alguma coisa a mais, uma plenitude e uma perfeição de ser particulares, que não se podem exprimir senão empregando a palavra “pessoa”<sup>57</sup>.

A revelação cristã, de fato, não está voltada ao gênero humano considerado de forma abstrata, mas é dirigida a todos os homens tomados individualmente, pessoalmente, enquanto cada um deles é filho de Deus.

A partir então de dados revelados – que Deus é ser pessoal, pensamento livre e criador, e se fez carne na pessoa do Filho, Jesus Cristo, - ou, nas palavras de São João, “No princípio

<sup>54</sup> MONDINI, Battista. **O homem, quem ele é? Elementos de antropologia filosófica**. 12ª ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 291.

<sup>55</sup> RATZINGER, Joseph. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 120.

<sup>56</sup> GILSON, Etienne, **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 269.

<sup>57</sup> WOLTYLA, Karol. **Amor e responsabilidade**. Portugal: Ed. Rei dos Livros, 1999, p. 12.

era o Verbo, e o Verbo estava junto de Deus e o Verbo era Deus” (Jo 1,1) (...) “E o Verbo se fez carne e habitou entre nós, e vimos sua glória, a glória que o Filho único recebe do seu Pai, cheio de graça e de verdade” (Jo, 1,14) – o pensamento cristão se pôs a refletir sobre duas perguntas centrais: Quem é Deus? Quem é Cristo?<sup>58</sup>

O conceito de pessoa, no cristianismo, não foi transmitido como simples dado de fé. Foi necessário tentar entender e na medida do possível formular uma explicação para o fato de Deus único estar também no Filho, sem violentar o dogma do monoteísmo; e de, na pessoa do Filho, existirem duas naturezas, humana e divina, numa mesma pessoa. Os termos “essência” e “substância” não pareciam ter essa dupla virtude<sup>59</sup>.

Para tanto, de início, os padres gregos utilizaram a palavra *prósopon* (que em latim é traduzida pela palavra *persona*), que significava, até então, a máscara utilizada pelos atores no teatro grego, mas, a partir de agora, dando-lhe um novo sentido. Como explica RATZINGER

“os grandes poetas da antiguidade, para tornarem dramaticamente vivos os acontecimentos, não os narram simplesmente, mas fazem aparecer pessoas a falar, põem frases na boca de figuras de deuses, pelas quais o drama vai progredindo. Em outras palavras, o poeta cria papéis como artifício artístico literário, pelos quais a ação pode ser representada em diálogo. O cientista literário desvenda esse artifício, mostrando que as pessoas foram criadas como ‘papéis’, para tornar dramaticamente viva a ação (pois a palavra *prósopon*, que mais tarde se chamará *persona*, originariamente simplesmente significa o ‘papel’, a máscara do ator)<sup>60</sup>.

Percebe-se que, originalmente, o termo pessoa ressaltava o caráter funcional do indivíduo em relação ao Estado. Era o papel (função) por ele exercido dentro do contexto social que lhe conferia a dignidade pessoal.

<sup>58</sup> RATZINGER, Joseph. **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 177

<sup>59</sup> Nas palavras de MONDINI: “...que se possa aplicar distintamente ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo sem correr, de uma parte, o risco de fazer deles três deuses e, de outra parte, sem dissolver a sua individualidade” (*op. cit.*, p. 292).

<sup>60</sup> RATZINGER, Joseph. **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 178

Prossegue o autor, esclarecendo que os escritores cristãos encontravam algo semelhante na Sagrada Escritura, onde os acontecimentos também progrediam em diálogo, mesmo já no Antigo Testamento<sup>61</sup>. Principalmente encontram o fato estranho de que Deus mesmo se exprime no plural ou fala consigo mesmo, o que foi explicado pelos Padres “*com recurso ao artifício artístico da exegese prosopográfica que porém assim adquire um sentido novo*”<sup>62</sup>. A partir daqui, o vocábulo não significa mais simplesmente os “papéis”, nem artificios literários, mas “*realidades dialógicas*”.

Foi Tertuliano, já no século II, o primeiro teólogo a exprimir em latim essas ideias, tendo utilizado o termo *persona* em oposição ao termo *substantia*, designando o que há de “numeroso” e distinto em Deus, mas não o significa. Conforme expõe WOLINSKI, citando J. Moingt,

“seu [de Tertuliano] principal título de glória é ter oposto à unidade da substância a Trindade das Pessoas. Viu a necessidade de reservar um termo para exprimir o que há em Deus de comum e de único, e outro termo para o que é distinto e numeroso. Não é uma simples questão de palavras, mas de reflexão<sup>63</sup>.”

Assim é que, conforme conclui RATZINGER, o conceito de pessoa se originou a partir da leitura das escrituras e da exigência de sua explicação de acordo com a fé revelada. E se originou, ainda, da ideia de diálogo, ou da explicação do fenômeno de Deus que fala em diálogo<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Vide, por exemplo e dentre tantos outros, Gen 1,26, em que, quando do ato de criação do homem, Deus, único, diz no plural: “**Façamos** o homem à nossa imagem e semelhança”. Também em Gn 18,1-2, em que é narrada a aparição de Deus a Abraão, na forma de três homens. Santo Agostinho, a respeito, escreve: “*Tudo isso poder-se-ia perguntar, se tivesse aparecido a Abraão um só homem, que pudesse ser considerado como o Filho de Deus. Como, porém, apareceram três homens, e não se menciona que um deles fosse superior pela aparência, pela idade ou pela força, por que não se perceber insinuada visivelmente a igualdade da Trindade, mediante criaturas visíveis? A mesma idêntica substância em três pessoas*” (AGOSTINHO **A Trindade**. São Paulo: Paulus, 1994, p. 93-94).

<sup>62</sup> RATZINGER, Joseph (Bento XVI), **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 179.

<sup>63</sup> WOLINSKI, Joseph, in **A história dos dogmas, Tomo 1**, coord. Bernard Sesboüé, SJ, trad. Marcos Bagno, Ed. Loyola, São Paulo, 2002, p. 178

<sup>64</sup> RATZINGER, Joseph. **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 181

Continuemos com a lição de RATZINGER, permitindo-nos a transcrição de trecho longo, mas importante e elucidativo:

“Pelos fins do século IV e começo do V, a teologia cristã chegou a ponto de poder dizer claramente, em conceitos elaborados, o que se entende com a tese de que Deus, segundo a sua essência, é um ser em três pessoas. Agora se constata que pessoa aí se deve entender como *relação*: as três pessoas que existem em Deus, segundo a sua essência, são relações – assim Santo Agostinho e a teologia patrística tardia. Logo não são substâncias justapostas, mas relações reais, nada mais do que isso. Creio que esse pensamento da teologia tardia da época da patrística é muito importante. Pessoa em Deus significa relação. A relação não é algo que acresça à pessoa, mas a pessoa mesma. (...) A pessoa em Deus é a pura relatividade do estar voltado um para o outro; ela não se acha no nível da substância – a substância é só *uma* -, mas no nível do dialógico, da relatividade recíproca. Dessa maneira, Santo Agostinho pode tornar compreensível, ao menos a modo de vislumbre, a união entre Trindade e Unidade, quando diz, por exemplo, *in Deo nihil secundum accidens dicitur, sed secundum substantiam aut secundum relationem* (em Deus não há coisa accidental, mas só substância e relação). Aqui a relação é compreendida como a terceira categoria particular básica entre substância e acidente, as duas formas categoriais do pensamento antigo. Novamente temos diante de nós, muito nítida e clara, a novidade cristã da idéia personalista.<sup>65</sup>”

É bem verdade que os termos *prósopon* e *persona* foram também transpostos de seu sentido artístico originário por filósofos não cristãos, em especial os estoicos. FAITANIN cita, nesse sentido, Epicteto (55-138 dc): “Lembra-te de que aqui não passas de ator de um drama, que será breve ou longo segundo a vontade do poeta. E se lhe agradar que representes a pessoa de um mendigo, esforça-te por representá-la devidamente. Faze o mesmo, se te for destinada a pessoa de um coxo, de um magistrado, de um homem comum. Visto que a ti cabe apenas representar bem qualquer pessoa que te seja destinada, a outro pertence o direito de escolhê-la”<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> RATZINGER, Joseph. **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 182

<sup>66</sup> FAITANIN, Paulo. Acepção teológica de ‘pessoa’ em Tomás de Aquino. **Aquinate**, nº 3, 47-58. 2006. Disponível em: <<http://www.aquinate.net/revista/edicao%20atual/Artigos-pdf/Artigos-3-edicao/a-acepcao->

Percebe-se que aqui, também, o termo passa a significar, não a máscara, mas o próprio sujeito que atua, mas ainda enquanto assume ou exerce um determinado papel ou condição social. Nesse mesmo contexto, dentro da filosofia política, o termo pessoa passa a ser utilizado para designar o cidadão, em razão justamente do papel que ele exerce dentro da sociedade. Ou seja, o indivíduo tem (maior ou menor) dignidade dependendo da função que exerce. É um conceito funcional de dignidade do indivíduo, intimamente ligado e dependente do conceito de cidadania.

A grande diferença trazida pelo debate teológico cristão foi o conferir à palavra pessoa um estatuto ontológico e metafísico próprio, “*relacionando-o a uma acepção estritamente filosófica, significando não só a individualidade, dignidade civil e moral do indivíduo, mas a própria natureza do indivíduo enquanto racional*”<sup>67</sup> e relacional. Ou seja, a pessoa passa a ser o próprio indivíduo, que, como tal, possui a sua dignidade, independente de sua posição, papel ou função que exerce dentro de um determinado contexto social. Em outras palavras, a sua dignidade lhe advém de seu ser, substância individual de natureza racional, e não de seu agir. *Persona* já não significa o sentido original da palavra grega *prósopon* (máscara), porque é utilizada para traduzir semanticamente o sentido da palavra grega *hypóstasis* que significa *subsistência*, para ser utilizada dentro dos contextos teológicos Patrísticos, em suas análises Escriturísticas Neo-Testamentárias, a fim de evitar associar *pessoa* enquanto derivada de máscara/aparência enganosa, com a *Pessoa divina* enquanto *natureza divina subsistente*<sup>68</sup>.

RUBIO anota que, para os gregos, o que definia o ser humano era apenas o espírito, sendo que o corpo não fazia parte da essência humana, mas tinha a função de particularizar a universalidade do espírito. “*Pelo corpo, o ser humano se torna indivíduo. Esta*

---

teologica%20de-pessoa-em%20tomas%20de%20aquino.pdf> Acesso em 14 ago 2009. Trecho citado também em COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

<sup>67</sup> FAITANIN, *op. cit.*

<sup>68</sup> *Id. ibid.*

*individualização devida à existência corporal constitui uma limitação e uma decadência para o espírito (...). A pseudo-realidade do indivíduo é, pois, irrelevante para o pensar filosófico*<sup>69</sup>. A existência do corpo (matéria), assim, perfazia a individualização da espécie, causando-lhe, portanto, uma desvalorização.

Foi a partir da noção integral de pessoa (abrangendo o corpo e espírito como integrantes da mesma individualidade pessoal) que se possibilitou a consideração da dignidade do ser humano de forma mais completa. *“Uma ideia especial de São Tomás, por exemplo, foi a de que é preciso estudar o homem em toda a sua humanidade, que ele não é um ser sem corpo, assim como não é um ser sem alma. Um cadáver não é um homem, mas um fantasma também não é”*<sup>70</sup>.

Assim, seguindo VAZ, sem a norma do arquétipo teológico, a proclamação da *pessoa* como fim em si por Kant jamais poderia acontecer. Ela é um exemplo, entre os mais ilustres e eloquentes, da persistência da matriz teológica nos fundamentos da cultura moderna no Ocidente<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> RUBIO, Alfonso García, *op. cit.*, p. 304

<sup>70</sup> CHESTERTON, G. K., *op. cit.*, p. 207.

<sup>71</sup> VAZ, Henrique C. de Lima, SJ, **Antropologia...**, *op. cit.*, p. 207

### 1.3 O conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino

Como anotado argutamente por VILLEY, para o grande público universitário, Santo Tomás aparece como o símbolo do obscurantismo medieval, do clericalismo e do dogmatismo, de um modo de pensar superado pela ciência moderna. No entanto, nas palavras do eminente filósofo do direito francês, “*basta lê-lo para que se mude de ideia, mas, como se sabe, nossas atividades científicas não nos permitem esse ócio*”<sup>72</sup>.

A obra de Santo Tomás é imensa, até para os padrões atuais. Ele escreveu, praticamente, sobre tudo. E o fez porque entendia que o estudo de todas as formas de existência poderia auxiliar na compreensão do único ser que é a sua própria existência, e da qual derivam todas as outras, ou seja, Deus. Toda a finalidade do pensamento tomasiano é levar à salvação. Mas ele o faz de maneira absolutamente universal e aberta à realidade. Como a realidade e a razão provêm da mesma origem divina, não há nada na realidade que não possa ser utilizado nesse caminho. Daí o seu amor pelo conhecimento e, de outro lado, o reconhecimento de sua inutilidade, se a salvação puder ser alcançada sem ele<sup>73</sup>.

Santo Tomás tinha, num certo sentido, algo que poderia ser chamado de humildade científica, “*pois estava pronto a assumir a posição mais inferior, pronto a examinar as coisas menos importantes*”, para, a partir delas, ser elevado ao estudo da verdade mais elevada, começando sempre pelo primeiro degrau da escada<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 114.

<sup>73</sup> É conhecida a passagem da vida de Santo Tomás, em que, após uma visão ou experiência mística, o monge parou de escrever. Seu amigo Reginaldo pediu-lhe que retomasse também seus hábitos igualmente regulares de leitura e escrita, bem como de acompanhamento das controvérsias mais recentes. Tomás enfatizou: “Não posso escrever mais”. Aparentemente, após um silêncio, Reginaldo se aventurou mais uma vez a abordar o assunto, e São Tomás lhe respondeu com um vigor ainda maior: “Eu já não posso escrever. Vi coisas que tornam todos os meus escritos inúteis” (CHESTERTON, G. K., *op. cit.*, p. 319).

<sup>74</sup> CHESTERTON, G. K., *op. cit.*, p. 264.

No que se refere ao conceito de pessoa, Santo Tomás parte de todo o desenvolvimento teórico que havia sido alcançado a partir da filosofia cristã, organizando esse pensamento dentro de seu sistema.

Santo Tomás de Aquino, na *Suma Teológica*<sup>75</sup>, estuda a trindade na parte I, a partir da questão 27, que trata da processão<sup>76</sup> das pessoas divinas. Eis como ele introduz esse estudo: *“Tendo considerado o que diz respeito à unidade da essência divina, é preciso ainda considerar o que concerne à trindade das pessoas em Deus”*<sup>77</sup>. E, após explicar que há processões em Deus<sup>78</sup>, que tais processões formam relações reais distintas umas das outras, ele ingressa, na questão 29, no estudo das pessoas divinas, para concluir que tais processões divinas se consubstanciam em pessoas. E já no primeiro artigo dessa questão ele trata da própria definição de pessoa.

O conceito de pessoa, portanto, é analisado a partir de Deus para, somente, depois, se analisar a aplicação do conceito ao homem. Nem podia ser diferente, na medida em que, obra teológica que é, a *suma* tem sempre em mira o estudo de Deus e suas relações com a criatura. Nesse sentido, o próprio Santo Tomás explica, com aquela sobriedade que esconde uma imensa profundidade:

“O objetivo principal da doutrina sagrada está em transmitir o conhecimento de Deus, não apenas quanto ao que ele é em si mesmo, mas também enquanto ele é o princípio e o fim de todas as coisas, e especialmente da criatura racional, conforme ficou demonstrado. No intento de expor esta doutrina, havemos de tratar: 1. de Deus; 2. do movimento da

---

<sup>75</sup> Em razão das limitações do presente trabalho, limitar-nos-emos, em geral, ao trabalho exposto por Santo Tomás na *Suma Teológica*, que é a obra mais completa e de maturidade do autor, muito embora os assuntos sejam, muitas vezes, expostos de maneira mais resumida que em outros escritos.

<sup>76</sup> Do verbor “proceder”.

<sup>77</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 1, coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2001, p. 499

<sup>78</sup> Processões internas, que são a intelectualiva (que gera a pessoa do Filho) e volitiva (que forma a pessoa do Espírito Santo), já que a processão externa redundando no ato de criação.

criatura racional para Deus; 3. do Cristo, que enquanto homem, é para nós o caminho que leva a Deus”<sup>79</sup>.

Santo Tomás, no estudo do conceito de pessoa, não partiu do nada. Como já foi mencionado anteriormente, muito já se havia avançado no estudo teológico e filosófico das relações divinas e da possibilidade de falarmos em três pessoas em uma substância – no caso de Deus – e uma pessoa e duas naturezas – no caso de Jesus Cristo. Assim é que ele inicia a sua explicação, tomando uma definição que se tornou bastante difundida na Idade Média, cunhada por Boécio: “*Pessoa é a substância individual de natureza racional*”.

Boécio explica assim a razão de sua definição:

“Portanto, se a pessoa se dá tão só nas substâncias e estas, racionais, e toda substância é natureza e não se dá nos universais, mas nos indivíduos, oferecemos como definição de pessoa: pessoa é a substância individual de natureza racional. Com esta definição delimitamos o que os gregos chamam hypóstasis pois o nome de «pessoa» parece ter-se derivado de outra origem: a saber, daquelas «pessoas» que nas comédias e tragédias representavam aqueles homens que lhes interessavam representar. Assim, pois, «persona» provém de «personando», acentuada a penúltima... Os gregos chamam prósopa também a estas pessoas, porque colocam algo diante da cara e ocultam o rosto da vista dos demais... denominaram os latinos uns e outros «pessoa» e os gregos prósopa<sup>80</sup>.

É num tratado sobre as duas naturezas de Cristo que se encontra essa definição cunhada por Boécio, que inspirará quase todos os filósofos cristãos da Idade Média e que tanto pesará sobre o desenvolvimento da moral moderna. “*Quase tudo o que sabemos da filosofia da pessoa se encontra, no caso dos pensadores da Idade Média, nas questões que eles consagram à teologia da Trindade*”<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 1, coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2001, p. 161

<sup>80</sup> FAITANIN, *op. cit.*

<sup>81</sup> GILSON, Etienne, **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 274.

Ao definir – ou admitir a definição da - pessoa como substância individual, Santo Tomás deixa claro que, como todos os indivíduos substanciais que compõem o universo, a pessoa é uma *hipóstase*<sup>82</sup>, ou seja, um ente subsistente, que existe em si e não em outro<sup>83</sup>.

No caso da pessoa, esse ente subsistente é individual, excluindo-se assim “*a razão de universal ou de parte, porque não se qualifica de hipóstase o homem em geral, nem a mão, que é apenas uma parte*”<sup>84</sup>. A pessoa, portanto, é o ser individual. Não uma determinada natureza abstrata, nem tampouco um conceito. O que caracteriza a pessoa é a **existência** individual subsistente. No caso do ser humano, a pessoa é o ser humano existente e não a sua essência abstrata.

Além da subsistência individual, a caracterização da pessoa exige que ela se dê em uma natureza racional. A pessoa é mais, portanto, que simplesmente um indivíduo. Quando se fala no existir de uma pessoa, então, “*deve-se ter em conta que esse existir não é um existir qualquer, mas se trata de um existir numa natureza que se caracteriza como a mais nobre de todas, isto é, a natureza racional*”<sup>85</sup>. E Santo Tomás não hesita em afirmar que em razão desse fato “*pessoa significa o que há de mais perfeito em toda a natureza*”<sup>86</sup>. Ser pessoa, portanto, é participar de uma das dignidades mais elevadas do ser divino.

Com esse sentido, de ser que subsiste em uma natureza racional, o termo pessoa deve ser, propriamente, atribuído a Deus, “*pois sua essência contém em si toda a perfeição*”<sup>87</sup> e

---

<sup>82</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v.1, *op. cit.*, p. 523

<sup>83</sup> *Id. ibid.*, p. 526

<sup>84</sup> *Id. ibid.*, p. 524.

<sup>85</sup> PIRATELI, Marcelo Augusto. **Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomas de Aquino**. In: The Free Library, 2008. Disponível em <[http://www.thefreelibrary.com/Breves\\_ponderacoes\\_sobre\\_o\\_conceito\\_de\\_pessoa\\_em\\_Santo\\_Tomas\\_de...-a0197494404](http://www.thefreelibrary.com/Breves_ponderacoes_sobre_o_conceito_de_pessoa_em_Santo_Tomas_de...-a0197494404)> Acesso em: 18 jun. 2012.

<sup>86</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v.1, *op. cit.*, p. 529

<sup>87</sup> *Id. ibid.*

porque “*a dignidade da natureza divina ultrapassa toda dignidade*”, de modo que “*o nome pessoa ao máximo convém a Deus*”<sup>88</sup>.

Dessas considerações, podemos fazer duas importantes observações. Em primeiro lugar, que a pessoa, como ser subsistente de natureza racional, tem, portanto, como fundamento último de sua personalidade a autonomia no seu ser, ou seja, a posse de ato próprio do ser. Em segundo lugar, e como decorrência dessa primeira observação, que a dignidade e o alto valor da pessoa advêm dessa autonomia individual *no ser*. Não no agir nem, tampouco, na autoconsciência da autonomia, como farão, posteriormente, por exemplo, Descartes e Kant.

É bem verdade, que a natureza racional do ser pessoal lhe confere, sem dúvida nenhuma, a autoconsciência. Mas é a natureza de seu ser, em primeiro lugar, que lhe garante toda a dignidade.

RATZINGER critica esse conceito de pessoa de Boécio, por estar ele inteiramente ligado no nível da substância, preferindo a definição de Ricardo de São Vitor – existência incomunicável de natureza espiritual -, por conseguir superar o plano da essência alcançando o da existência<sup>89</sup>. Santo Tomás, no entanto e sem querer adentrar na profundidade e complexidade da questão, não abandona aqui o plano da existência. Em Deus, explica Tomás, hipóstase não significa o fato de sustentar acidentes, mas sim o de ser realidade subsistente. E “*o termo substância não se põe na definição de pessoa no sentido de essência, mas de supósito, pois se acrescenta individual*”<sup>90</sup>. E, muito embora, o termo *indivíduo* não possa convir a Deus, uma vez que a matéria é o princípio da individuação e em Deus não há matéria, “*convém-lhe, na medida em que implica incomunicabilidade*”, seguindo-se, nesse passo, Ricardo de São Vitor.

<sup>88</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v.1, *op. cit.*, p. 530.

<sup>89</sup> RATZINGER, Joseph. **Dogma e ...**, *op. cit.*, p. 186

<sup>90</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v.1, *op. cit.*, p. 535

Sobre a incomunicabilidade, explica MONDINI que graças à posse do ato de ser, a realidade humana (pessoal) torna-se completa em si mesma e não pode mais ser comunicada, associada a outros. *“Portanto, quando um ato de ser, próprio e proporcionado a certa essência particular ou substância individual intelectual, a faz existir em si e por si, por isso mesmo é incomunicada e incomunicável, é pessoa”*<sup>91</sup>. Nas palavras de Santo Tomás, citado pelo mesmo autor, a pessoa goza de tripla incomunicabilidade:

“Antes de tudo, o indivíduo que é pessoa não pode comunicar-se com as outras coisas como parte, sendo um todo completo; depois, não pode comunicar-se como o universal se comunica com os singulares, porquanto a pessoa é algo de subsistente; enfim, não pode comunicar-se como algo de assumível porque o que é assumível ocorre na personalidade do assumente e não há mais uma personalidade própria. Não é, porém, contrário ao conceito de pessoa a capacidade de assumir”<sup>92</sup>.

Explica WOJTYLA que a citada incomunicabilidade não se refere só ao caráter único do ser pessoal. Isso, na verdade, poder-se-ia afirmar de qualquer outro ser: animal, planta ou pedra, que são únicos, também, em relação aos demais. *“O fato da pessoa ser incomunicável e inalienável está em estreita relação com a sua interioridade, com a sua autodeterminação, o seu livre arbítrio. Ninguém pode querer em meu lugar. Ninguém pode substituir o meu ato voluntário pelo seu”*<sup>93</sup>.

Em Deus, pessoa é *“a relação enquanto realidade subsistente na natureza divina”*<sup>94</sup>. As três pessoas são as várias relações subsistentes realmente distintas entre si. Tais relações são formadas pelas processões intelectual e volitiva em Deus, que dão origem às relações que formam as três pessoas da Trindade.

<sup>91</sup> MONDINI, Battista, *op. cit.*, p. 292.

<sup>92</sup> *Id. ibidem.*

<sup>93</sup> WOJTYKA, Karol, *op. cit.*, p. 14.

<sup>94</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v.1, *op. cit.*, p. 535

O ser pessoal, portanto, é aquele que tem a capacidade de inteligência e amor. Pressupõe a liberdade<sup>95</sup> e que haja outras pessoas<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Liberdade essa que decorre de sua natureza pessoal.

<sup>96</sup> GUARDINI, Romano, **Mundo y Persona**: Ensayos para una teoría cristiana del hombre, trad. Felipe Gonzalez Vicen. Espanha: Ed. Encuentro, 2000, p. 122.

## 1.4 A metafísica da existência de Santo Tomás de Aquino e a analogia ens

Para se bem compreender o alcance de tais afirmações, é necessário ter em conta como o Doutor Angélico entendia o Ser, ou seja, é preciso um rápido olhar sobre a sua metafísica, sem pretender um estudo completo sobre o tema, ante as limitações próprias do presente trabalho, sempre tendo em mente, no entanto, que a filosofia de Santo Tomás deve ser considerada à luz de sua relação com a teologia e que o problema, para ele, “*não foi o de como introduzir a filosofia na teologia sem corromper a essência e natureza da filosofia, mas de como introduzir a filosofia sem corromper a natureza e essência da teologia*”<sup>97</sup>.

A metafísica é a parte da filosofia que estuda o ser enquanto ser. Não é uma ciência abstrata, porque visa ao estudo das coisas “*desde o ponto de vista de que são, e precisamente porque são e como são*” (...) “*A metafísica é saber do estritamente real: daquilo que é, e tal e como efetivamente é; e não de uma noção mais ou menos vaga e abstrata*”<sup>98</sup>. A filosofia de Santo Tomás é, portanto, nesse sentido, essencialmente realista e concreta<sup>99</sup>.

É justamente no estudo da metafísica que Santo Tomás manifestou o seu gênio verdadeiramente original. Na lição de GILSON,

“se se trata de física, de fisiologia ou de meteoros, santo Tomás é apenas aluno de Aristóteles; mas se se trata de Deus, da gênese das coisas e de seu retorno ao criador, santo Tomás é ele mesmo. Ele sabe pela fé para que termo se dirige, contudo só progride graças aos recursos da razão<sup>100</sup>”.

<sup>97</sup> COPLESTON, Fredereick, SJ, **Historia...**, *op. cit.*, p. 302

<sup>98</sup> MELENDO, Tomás, **Metafísica da realidade**. As relações entre filosofia e vida. São Paulo: Ed. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2002, p. 24

<sup>99</sup> COPLESTON, Fredereick, SJ, **Historia...**, *op. cit.*, p. 303. Confirma-se, ainda: “*O tomismo tem a reputação (exceto entre os tomistas) de ser uma doutrina abstrata, verbal e intemporal. Esse juízo decorre de que, embora a maioria de nossos contemporâneos não tenha tido tempo de ler são Tomás, não é necessário estar informado para ter uma opinião*” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131).

<sup>100</sup> GILSON, Étienne, **A filosofia...**, *op. cit.*, p. 657.

Assim é que Santo Tomás de Aquino, rompendo com a tradição das filosofias da essência trabalha no plano existencial. Cite-se mais uma vez a lição de GILSON:

“Deus é o ato puro de existir, isto é, nem mesmo uma essência qualquer, como o Uno, ou o Bem, ou o Pensamento, a que se atribuiria, além do mais, a existência; nem mesmo uma certa maneira eminente de existir, como a Eternidade, a Imutabilidade ou a Necessidade, que seria atribuída a seu ser como característica da realidade divina, mas o próprio Existir (ipsum esse) colocado em si e sem nenhuma adição, pois que tudo o que se lhe poderia acrescentar limitá-lo-ia, determinando-o. O que se quer dizer afirmando que, em Deus, a essência é idêntica à existência é que aquilo a que se chama essência nos outros seres é nele próprio o ato de existir. Portanto, aqui não se trata mais de identificar Deus como um de seus atributos, mas, ao contrário, de reduzir estes a não serem verdadeiramente nada mais do que atributos de Deus. Se ele é o Existir puro, Deus é, por isso mesmo, a plenitude absoluta do ser, logo é infinito. Se é o ser infinito, nada lhe pode faltar que ele deva adquirir, nenhuma mudança é concebível nele, portanto ele é soberanamente imutável, eterno, e assim se dá com as outras perfeições que convém lhe atribuir. Ora, convém atribuir-lhe todas, porque, se o ato absoluto de existir é infinito, ele está na ordem do ser, logo é perfeito<sup>101</sup> .

O ser humano concreto, que existe, possui uma determinada essência, qual seja a essência humana (animal racional). Ele tem essa essência, que lhe foi dada por um outro ser que possuía aquela perfeição em ato. Sua essência, portanto, não é igual à sua existência e, nesse sentido, lhe é anterior. Ao contrário, em Deus, a sua essência é o ato puro de existir.

Ao passar do plano da essência para o da existência, Santo Tomás consegue aperfeiçoar a síntese entre o Deus pessoal da fé – o Deus de Israel – com as especulações da metafísica (teologia natural). O metafísico alcança assim, apenas pela razão, a verdade filosófica oculta sob o nome que Deus mesmo se deu para fazer-se conhecido do homem: *Ego sum qui sum* (Ex 3,13)<sup>102</sup>. Eu sou aquele que é (ou simplesmente “Eu sou”); portanto o ato puro de existir.

<sup>101</sup> GILSON, Étienne, **A filosofia...**, *op. cit.*, p. 661.

<sup>102</sup> *Id. ibid.*

Ainda, segundo ensina COPLESTON, ao seguir o plano existencial, Santo Tomás,

“não pressupõe uma noção a partir da qual deva ser deduzida a realidade, mas toma o mundo existente como o seu ponto de partida, e inquire qual é seu ser, como existe e qual a condição de sua existência. Ademais, seu pensamento se concentra na Existência Suprema, no ser que não meramente possui existência, mas que é a sua própria existência, que é a plenitude mesma da existência, o *ipsum esse subsistens*. O pensamento de Santo Tomás permanece sempre em contato com o concreto, com o existente, tanto com aquilo que tem existência como algo derivado, recebido, como com aquilo que não recebe a existência, mas que é existência. Nesse sentido, é verdadeira a afirmação de que o tomismo é uma ‘filosofia existencial’<sup>103</sup>.

Da mesma forma, também, GILSON não titubeia em afirmar que “*enquanto metafísica do existir, o tomismo não é também uma filosofia existencial, é a única, e todas as fenomenologias em busca de uma ontologia para que sempre estiveram inconscientemente movidas a ela pelo desejo natural de sua última justificação*”<sup>104</sup>.

Santo Tomás possui, então, uma verdadeira admiração – pode-se até dizer veneração – por tudo o que é, sendo “*difícil dizer se se trata de um ponto de vista filosófico ou teológico*”<sup>105</sup>. Constata também que, se todos os seres (entes) são, eles não são da mesma forma. Deus é ato puro de existir, cuja existência é idêntica à sua essência. Ao contrário, os demais seres finitos também são, mas de forma diferente. O ser, portanto, não é unívoco. Essa diferença, no entanto, não é suficiente para tornar o ser equívoco. Santo Tomás, então, explica que o ser é análogo.

Explica FAITANIN que

<sup>103</sup> COPLESTON, Fredereick. SJ, **Historia...**, *op. cit.*, p. 303.

<sup>104</sup> GILSON, Étienne, **Tomismo, el: introduccion a la filosofia de santo tomas de aquino**. 4. ed. Pamplona: Universidad de Navarra, 2002, p. 467.

<sup>105</sup> PIPER, Josef, **Introducción a Tomás de Aquino**. Doce Lecciones. Madrid: Rialp, 2005, p. 150

“outro ganho fundamental da metodologia tomista é a concepção de linguagem analógica ou a doutrina da analogia, que é a grande inovação tomista. Por ela, tornou-se mais eficiente a comparação entre realidades que aparentemente, muito divergindo em algo acidental, assemelham-se em algo essencial. A linguagem analógica é o fundamento para a afirmação de duas outras importantes doutrinas tomistas: a doutrina da participação, a partir da qual se afirma e demonstra a real existência de algo na criatura que representa à maneira de vestígio, imagem e semelhança alguma perfeição divina e a doutrina do ato de ser que demonstra que o ser representa e confirma, em cada criatura, certo grau de realização de alguma perfeição divina<sup>106</sup>.

Esse conceito de *participação* será um dos eixos de sustentação de toda a metafísica tomástica<sup>107</sup>.

Assim, para Santo Tomás, toda existência criada tem a sua existência dada a partir da existência subsistente e dela participa na exata medida em que possui existência. Ao contrário do pensamento platônico, que gosta da ideia de elevação até Deus através da ordenação hierárquica das essências, de uma paulatina aproximação do ser imutável, que é Deus, Santo Tomás diz, conforme anota PIEPER, que tudo o que tem existência – ou seja, essência atualizada, ato de ser -, seja ou não vivente, material ou espiritual, *perfeita ou mesquinha* – me confronta de modo mais altamente imediato com a originária realidade de Deus, o *ipsum esse subsistens*<sup>108</sup>.

A noção de analogia, na filosofia cristã, decorre quase que diretamente da noção de criação, que, diga-se, foi introduzida na filosofia dos homens por meio da revelação. Com efeito, “*se o universo cristão é um efeito de Deus, e a noção de criação implica isso, ele deve ser necessariamente um análogo de Deus. Nada mais que um análogo*” (...), “*mas um análogo, apesar de tudo, isto é, muito mais do que um efeito a que se somaria com que*

<sup>106</sup> A metodologia de São Tomás de Aquino. <http://www.aquinate.net/revista/edicao%20atual/Estudos/Estudos-4-edicao/Faitanin.pdf>, acessado em 12/10/09.

<sup>107</sup> VAZ, Henrique C. de Lima Vaz, SJ. **Raízes da modernidade**. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, p. 172

<sup>108</sup> PIEPER, Josef, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 158.

*acidentalmente uma semelhança com sua causa. Como o efeito de que se trata aqui é aquele que todos os outros pressupõem – o próprio ser -, é em sua existência e substancialmente que a criatura é um análogo do criador”*<sup>109</sup> (grifo meu).

GILSON fornece um resumo do conceito e da importância da noção de analogia do ser na filosofia e metafísica cristãs, que, embora longa, vale à pena ser integralmente transcrita.

“A noção de analogia é uma das que oferecem maiores dificuldades ao leitor moderno de um tratado medieval; aliás, os pensadores da Idade Média estavam longe de concordar quanto à sua definição, e são Tomás não parece ter procurado elucidá-la completamente. O que podemos dizer é que ela exerce duas funções, uma que é unificadora, outra que é separadora. O análogo está sempre ao mesmo tempo ligado a seu princípio, por ser um análogo deste, e separado, por não ser mais que um análogo deste. Quando se fala, em particular, da analogia do ser, o que se quer dizer?

1º Quer-se dizer em primeiro lugar que, de saída e como de plena direito, o ser é e não pode deixar de ser análogo. De fato, tudo o que existe é, enquanto realmente existente, distinto de qualquer outro ser. Quando se vai além do caso da existência particular para ser elevar aos elementos comuns a vários seres, como as essências das espécies e dos gêneros, passa-se do que existe para o que não existe. Não que as espécies ou os gêneros não sejam nada, mas eles não têm existência que lhes seja própria. Em outras palavras, a existência de um ser lhe é própria como por definição, já que, se ela não lhe fosse própria, não seria sua e, por conseguinte, ele não existiria. Resulta daí que, quando se diz de uma coisa que ela é, a palavra ser necessariamente designa o ato de existir que pertence precisamente a essa coisa. O que equivale a dizer que, como nunca significa duas vezes o mesmo ser quando se aplica a seres diferentes, a palavra ser não é portanto uma palavra unívoca.

2º Por outro lado, não é uma palavra equívoca, porque, muito embora as existências sejam irreduzíveis uma às outras, todas elas coincidem na medida em que são atos de existir. É por isso que se diz que o ser é análogo de um ser ao outro. Em que consiste essa relação de analogia? É uma relação entre proporções ou, como também se diz, uma proporcionalidade. O que há de comum entre a idéia do ser aplicada a Deus

---

<sup>109</sup> GILSON, Etienne. **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 129-132.

e a idéia do ser aplicada ao homem é que, assim como o ser de Deus é aquilo pelo que ele é, assim também o ser do homem é aquilo pelo que ele é. Isso não quer dizer que a relação de Deus com seu ser é a mesma do homem com seu ser: eles são, ao contrário, infinitamente diferentes; mas em ambos os casos a relação existe, e o fato de existir no interior de cada ser estabelece entre todos os seres uma analogia. É isso que é a analogia do ser, e vê-se logo por que ela não é mais que uma analogia de proporcionalidade, porque pode se estabelecer entre seres que não têm entre si nenhuma proporção, contanto que cada um deles seja em relação a si o que os outros são em relação a eles. (...). Convém recordar sempre que a semelhança da criatura com Deus nada mais é que a semelhança de um efeito cujo ser é tão somente análogo ao ser da sua causa e, muito embora, análogo, é infinitamente diferente dela (...).

3º Sem a doutrina da analogia, a identificação entre Deus e o ser dá origem ao panteísmo. Isso ocorreu várias vezes desde a Idade Média. (...)<sup>110</sup>.

No mesmo sentido, FAITANIN:

“outro ganho fundamental da metodologia tomista é a concepção de linguagem analógica ou a doutrina da analogia, que é a grande inovação tomista. Por ela, tornou-se mais eficiente a comparação entre realidades que aparentemente, muito divergindo em algo acidental, assemelham-se em algo essencial. A linguagem analógica é o fundamento para a afirmação de duas outras importantes doutrinas tomistas: a doutrina da participação, a partir da qual se afirma e demonstra a real existência de algo na criatura que representa à maneira de vestígio, imagem e semelhança alguma perfeição divina e a doutrina do ato de ser que demonstra que o ser representa e confirma, em cada criatura, certo grau de realização de alguma perfeição divina<sup>111</sup>.

Nada é mais central, na obra de São Tomás de Aquino, do que a analogia do ser, que é, fundamentalmente, causal, uma vez que as criaturas se assemelham a Deus, porque são proporcionais a Ele como efeito em relação à sua causa<sup>112</sup>.

<sup>110</sup>GILSON Etienne. **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 130-132, nota 16.

<sup>111</sup>FAITANIN, Paulo. A metodologia de São Tomás de Aquino. <http://www.aquinate.net/revista/edicao%20atual/Estudos/Estudos-4-edicao/Faitanin.pdf>, acessado em 12/10/09.

<sup>112</sup>LITTLE, Joyce A., **Toward a thomist methodology**. Canadá: Ed. The Edwin Mellen, 1988, p. 132.

Outro aspecto importante da metafísica tomista, para a compreensão do tema é o de que, segundo Santo Tomás, o ser é convertível em bem. *Ens et bonum convertuntur*. Em outras palavras, tudo o que é, porque é, é bom. Deus, que é o ser por excelência, que é a sua própria existência, cuja essência é o próprio ato de existir, é bom no mais alto grau.

Nas palavras de Santo Tomás:

“O bem e o ente são idênticos na realidade” (...) “Todo ser é perfeito na medida em que se encontra em ato. É certo, portanto, que algo é bom na medida em que é ente, pois o ser é a atualidade de todas as coisas, como já se viu. É então evidente que o bem e o ente são idênticos na realidade; mas o termo bom exprime a razão de ‘atrativo’ que o termo ente não exprime”<sup>113</sup>.

Não há separação, aqui, entre o ser e o dever ser. O bem é parte integrante do ser, como sua causa final ou formal. O perfeição do ser em ato é o bem daquele determinado ser.

Os seres criados (finitos), por seu turno, são bons na medida em que participam do ser. Retiram (ou têm o fundamento) de sua bondade (de seu valor) no fato de sua existência e na exata medida dela.

Daí porque Santo Tomás afirma que “*toda a nobreza de qualquer realidade lhe pertence em razão de seu ser*”<sup>114</sup>. Ou ainda, “*a nobreza de uma coisa lhe convém aferido o seu ser, pois fica evidenciado que o homem não teria nobreza alguma pela sua sabedoria se não fosse por ela tornado sábio*”<sup>115</sup>.

Disso fica bastante claro que a dignidade da pessoa – da humana inclusive – não decorre, não é causada, pela sua liberdade, ou seja, pela sua capacidade pessoal de auto-determinação ou autoconsciência, mas sim pelo simples fato de ser pessoa. “*É este ser*

<sup>113</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. I, *op. cit.*, p. 193-4.

<sup>114</sup> Citado por MELENDO, Tomás. *op. cit.*, p. 164.

<sup>115</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma contra os Gentios**, *op. cit.*, p. 69.

*supereminente o motivo substancial e determinante de inigualável excelência que compete a todo homem e que conhecemos como dignidade*<sup>116</sup>. A liberdade é apenas um indicador da qualidade deste ser pessoal, ainda que não utilizada ou, de certa forma, suprimida, mas que permanece intacta seja qual for a ação praticada ou não praticada. Isso porque “*o obrar não é o primeiro, senão que se segue ao ser, sendo que o modo e a qualidade do obrar seguem a natureza e a intensidade do ser que o fundamenta*”<sup>117</sup>. Nas palavras de GILSON, “*a atualidade da alma racional, comunicando-se ao corpo, determina a existência de um indivíduo que é uma pessoa, de modo que a alma individual possui a personalidade como por definição*”<sup>118</sup>.

Repita-se para que não fique nenhuma dúvida. A qualidade sublime da pessoa reside, ao final das contas, na particular grandeza de seu ser, que conhecemos como ato pessoal de ser, que é aquele, recordemos, cuja existência (ato de existência) é de substância individual de natureza racional. É o que faz a pessoa ser “dona de seus atos”, poder agir por si, de forma livre e, portanto, racional.

Assim é que, para Santo Tomás, “*participar no conhecimento intelectual faz do homem um ser espiritual comparável às criaturas mais altas que Deus formou*”<sup>119</sup>.

É pela perfeição de sua natureza que o ser pessoal tem a sua dignidade, não pelo seu agir. E em razão da dignidade de sua existência pessoal que a pessoa é livre e digna.

O homem é livre<sup>120</sup>, portanto, em razão de sua natureza. Em razão dela é que ele tem a dignidade de ter em si mesmo o princípio de seu movimento. Em razão dela, o homem é

---

<sup>116</sup> MELENDO, Tomás. *op. cit.*, p. 164.

<sup>117</sup> *Id. ibid.*

<sup>118</sup> GILSON, Etienne. **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 272.

<sup>119</sup> GILSON, Etienne. **Il tomismo...**, *op. cit.*, p. 41.

<sup>120</sup> Sobre a existência da liberdade humana não se pode ter dúvidas. Não há espaço, aqui, para tratar com profundidade o tema, mas permitimo-nos algumas palavras, ante a sua relevância. Com efeito, o direito é a disciplina da liberdade humana. Sem ela, o direito não vale, nas palavras de Goffredo da Silva Telles Junior, que

tratado como criado à imagem de Deus, imagem esta que ele não perde, seja qual for a conduta por ele praticada.

---

se lhe dedique um minuto de esforço e de pensamento. Sem liberdade, não faz sentido pensar em sancionar (premiar ou castigar) o comportamento humano. O determinismo mata o Direito. E é estranho ver que os deterministas inveterados, jamais pensaram em propor, como seria lógico, a abolição das normas que disciplinam o “mito da liberdade”. São inúmeras as obras que tratam do tema, sob os mais variados ângulos. No contexto do presente trabalho, vale anotar os trabalhos do próprio Santo Tomás (tanto na própria Suma Teológica como a questão disputada sobre o Livre Arbítrio), Santo Agostinho e Santo Anselmo. E, especificamente, no campo jurídico, o melhor estudo da liberdade como pressuposto necessário para o estudo do direito é o de Gofredo da Silva Telles Jr., **A Criação do Direito**. 2ª ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004 , que encerra com as seguintes bonitas palavras: “*Sirva-nos, pois, de premissa inicial, na argumentação que vamos desenvolver, a conclusão a que chegamos: O homem é livre. A convicção profunda da verdade que esta proposição encerra, confere uma extraordinária dignidade ao problema que pretendemos abordar*” (p. 122).

## 1.5 O homem feito à imagem e semelhança de Deus

Do que foi exposto até aqui sobre a metafísica tomista já fica claro que a dignidade humana depende da qualidade de seu ser e não de seu agir. Nada que se faça, portanto, é suficiente para alterar a natureza do ser, que confere dignidade à pessoa.

O ser pessoal, desta forma,

“subsiste através de todas as diversidades de qualidades e de situação e sobrevive a todas as perturbações e falsificações. Esta determinação de sentido subsiste ainda quando o homem se encontre doente, se faça torpe ou mal; também, ainda quando o homem esqueça dela; ou aja contra ela ou não queira saber nada dela”<sup>121</sup>.

Não interessa, outrossim, o papel ou a função que cada ser humano exerce dentro da sociedade. Todos são iguais na dignidade de serem homens (pessoas), feitos à imagem e semelhança de Deus, na qualidade do ser que repousa o seu ato de existir.

Passemos, pois, ao estudo da questão da imagem.

Que o homem, para a filosofia cristã, possui dignidade por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, é fato bem conhecido. Mas, normalmente, não se passa dessa visão religiosa. No entanto, a teoria da analogia do mundo com Deus, “*em vez de se exprimir apenas no plano das imagens e do sentimento, formulou-se em leis precisas e em noções metafísicas definidas*”<sup>122</sup>, o que se refletiu também, como não poderia deixar de ser, na antropologia do homem, feito à imagem e semelhança de Deus. Esse desenvolvimento filosófico dado pelos teólogos medievais e, em especial, por Santo Tomás de Aquino, no meio acadêmico jurídico pátrio, é pouco difundido. Poder-se-ia mesmo parafrasear VILLEY, quando afirma que “*nossos leitores provavelmente não leram a Suma*”<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> GUARDINI, Romano. *op. cit.*, p. 93.

<sup>122</sup> GILSON, Etienne. **O espírito ...**, *op. cit.*, p. 136.

<sup>123</sup> VILLEY, Michel. **O direito e ...**, *op. cit.*, p. 111.

Como ensina GILSON, a noção de imagem está no centro da antropologia tomista, compreendida nela a sua epistemologia, da mesma forma que está no coração de sua metafísica<sup>124</sup>. A correta compreensão dessa noção de imagem, portanto, ajudará a demonstrar que a dignidade do homem independe, a rigor, de seu agir, mas decorre diretamente de seu ser.

Nas palavras de REINHARDT,

“O estudo da doutrina de Santo Tomás sobre a imagem natural ou *imago creationis*, (...) deixa claro que o homem é teocêntrico por natureza e que, portanto, **não perde nunca** essa ordenação a Deus, ainda que subjetivamente possa não a reconhecer.

(...)

O correto enfoque deste tema permite evitar diversas extrapolações: uma, que restringe a dignidade humana exclusivamente à salvação realizada por Cristo e considera o homem “profanado” pelo pecado, desprovido – sem referência a Cristo – da imagem de Deus com que foi criado; outra, que exagera a dignidade natural do homem, considerando-o cristão implicitamente pelo mero fato de ser pessoa, diminuindo a gratuidade absoluta do sobrenatural<sup>125</sup>.

Percebe-se, portanto, desde já, que o pecado (ou o crime) não é suficiente para profanar a dignidade que tem o ser humano por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Em outras palavras, nada que faça o homem faz desaparecer a condição de imagem.

Santo Tomás trata do assunto da *imago Dei* nos mais diversos contextos de sua obra, mas este estudo se manterá centrado, como já mencionado, na *Suma Teológica*, seguindo-se a lição de REINHARDT.

<sup>124</sup> GILSON, Etienne. **Il tomismo...**, *op. cit.*, p. 42

<sup>125</sup> REINHARDT, Elisabeth. *op. cit.*, p. 18.

O tema da imagem vem tratado, na Suma, na I Parte, questão 93, fazendo supor, nas palavras de REINHARDT, que “*a condição de imagem e semelhança de Deus tem uma importância constitutiva para o homem, tanto no aspecto natural como no sobrenatural*”<sup>126</sup>.

No primeiro artigo da q. 93, Santo Tomás oferece alguns requisitos para uma noção de “imagem”, extraídos da doutrina de Santo Agostinho e Santo Hilário. Para Santo Agostinho, toda imagem implica uma semelhança, ainda que nem toda semelhança signifique que se trata de uma imagem; nem tampouco requer a imagem uma semelhança tão perfeita que seja igualdade. Todavia, é imprescindível que a imagem seja algo *ex alio expressum*, ou feito à imitação de outro. “*A semelhança pertence à razão de imagem, e que imagem acrescenta alguma coisa à razão de semelhança, a saber, que é reproduzida de outro*”<sup>127</sup>.

Se a imagem requer as condições de semelhança e origem, não basta qualquer semelhança. É o que Santo Tomás discute no artigo 2 da mesma questão 93. Assim, uma semelhança somente segundo o gênero ou segundo um acidente comum a várias espécies não dá lugar a uma imagem.

Santo Tomás utiliza o seguinte exemplo:

“Não se poderia dizer que o verme, que tem sua origem do homem, é imagem do homem em razão da semelhança genérica; nem se poderia tampouco dizer, se uma coisa se torna branca à semelhança de outra, que é, por essa razão, à imagem da outra, pois a brancura é um acidente comum a várias espécies”<sup>128</sup>.

É preciso que seja uma semelhança segundo a espécie, ou ao menos segundo um acidente próprio da espécie que é, sobretudo, a figura. Assim, se pode dizer do filho do rei

<sup>126</sup> REINHARDT, Elisabeth. *op. cit.*, p. 30.

<sup>127</sup> AQUINO, Tomás. **Suma teológica, v. II...**, *op. cit.*, p. 619.

<sup>128</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica, v. II**, p. 621-622.

que nele está a imagem do rei, porque é da mesma espécie; e de uma moeda que representa um homem que é o rei – ainda que a espécie seja diversa -, porque reproduz sua figura<sup>129</sup>.

Para que uma coisa seja imagem de outra, deve haver uma semelhança entre ambas, de modo que uma delas imite a outra, não de modo genérico, mas específico ou, ao menos, segundo um signo expresso e próximo da espécie. Santo Tomás explica que

“É claro que se considera a semelhança específica pela diferença última. Algumas coisas apresentam semelhanças com Deus, primeira e mais comumente, enquanto existem; em segundo lugar, enquanto vivem; terceiro, enquanto têm sabedoria e inteligência. Esses últimos, como diz Agostinho, ‘são de tal modo próximos de Deus nessa semelhança que nada nas criaturas lhe é mais próximo’. Fica claro, portanto, que só as criaturas dotadas de inteligência são, falando propriamente, à imagem de Deus”<sup>130</sup>.

Se aquilo que imita é da mesma natureza que o imitado, a imagem é perfeita. É o caso do Verbo, Filho de Deus, imagem perfeita e absolutamente idêntica ao pai. Mas ao menos deve haver uma igual proporção das partes; esta é assegurada pela figura, que como *qualitas circa quantitatem* é, nas coisas corpóreas, o acidente mais próximo à forma substancial e a manifesta. O fato de que alguma coisa imite a outra a modo de imagem constitui uma relação, cujos termos são o *exemplar* e o *exemplatum* (modelo e imagem). Estes termos se relacionam como a medida e o mensurável, relação que é real na imagem com relação ao modelo, e de razão no modelo com relação à imagem. Trata-se, portanto, de uma relação causal, em uma unidade de causa eficiente, exemplar e final, sendo o efeito a imagem, como algo *ex algo expressum*, que representa a espécie de modelo ou ao menos sua figura, nessa mesma espécie ou em uma coisa de outra natureza<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> REINHARDT, Elisabeth, *op. cit.*, p. 61-62; AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. II, *op. cit.*, p. 621-622.

<sup>130</sup> AQUINO, Tomás de, **Suma Teológica**, v. II, *op. cit.*, p. 622.

<sup>131</sup> REINHARDT, Elisabeth. *op. cit.*, p. 69.

É possível que uma criatura seja semelhante a Deus? O Aquinate responde afirmativamente e com frequência se apoia, para isso, em Gen 1,26-27. Ao mesmo tempo deixa claro que não é uma semelhança como a que se encontra na ordem genérica e específica, mas que, tratando-se da ordem do *esse*, só cabe a semelhança segundo certa analogia, que se baseia nas ideias exemplares. Contudo, não se pode dizer que Deus seja semelhante às coisas criadas, como não se diz que um homem seja semelhante a uma imagem sua, ainda que, certamente, a imagem se pareça com ele. A participação na ordem do *esse* leva consigo um descenso ontológico – do simples ao composto, do necessário ao contingente, do uno ao múltiplo, do infinito ao finito -, de modo que é maior a dessemelhança que a semelhança, que o nível de nosso conhecimento exige uma predicação análoga. Com efeito, as criaturas participam das perfeições de Deus segundo o limite de sua potencialidade, que é a essência das coisas, segundo a forma que, por sua vez, determina a espécie.

Dentre todos os seres, só as criaturas inteligentes se assemelham a Deus enquanto infinitamente inteligente e sábio, por isso só elas são semelhantes a Deus em certo modo segundo a última diferença, e assim só elas manifestam uma semelhança *secundum speciem*. A razão de imagem de Deus no homem, portanto, é a sua natureza intelectual, a sua participação em ato nessa forma de existência pessoal.

Podemos concluir que o termo *ad imaginem Dei* expressa a realidade da semelhança a modo de imagem, mas de imagem imperfeita – *sicut in aliena natura* – que implica uma **tendência à perfeição** mediante a aproximação de seu exemplar. Ademais, havendo *exemplar* e *exemplatum*, implica uma relação que é real neste e de razão naquele<sup>132</sup>.

Santo Tomás conclui, de forma clara que

---

<sup>132</sup> REINHARDT, Elisabeth. *op. cit.*, p. 86.

“Embora em todas as criaturas haja alguma semelhança de Deus, somente na criatura dotada de razão a semelhança de Deus se encontra a modo de imagem; nas outras criaturas ela se encontra a modo de vestígio. Ora, aquilo pelo que a criatura dotada de razão transcende as outras criaturas é o intelecto ou a mente. Donde resulta que, na criatura racional, a imagem de Deus se realiza apenas segundo a mente; nas outras partes, se esta criatura racional as possui, se verifica uma semelhança a modo de vestígio, como também nas outras coisas às quais se assemelha relativamente a essas partes”<sup>133</sup>.

O homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, portanto, porque é uma criatura (muito embora seja dotada de corpo e matéria) espiritual. Tem em seu ser, em sua forma, as potencialidades e perfeições pertencentes ao espírito, quais sejam, a capacidade de inteligência e vontade, de razão e de amor, o que o torna, bem por isso, um ser pessoal.

Outro aspecto que auxilia na compreensão do problema é o abordado por TORREL. O frade dominicano e membro da Comissão Leonina para a edição crítica das obras de Santo Tomás, ressalta um ponto bastante relevante, qual seja, o de que o significado de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus não reside apenas na sua essência natural, mas também na sua destinação final<sup>134</sup>. Faz parte da essência humana, também, a sua causa final, o fim a que tende, potencialmente, a pessoa, a capacidade de sua forma existencial, ainda que, nem sempre, atual.

Os fundamentos bíblicos utilizados por Santo Tomás para justificar a possibilidade de a criatura ser semelhante a Deus são dois. O primeiro, esperado, tirado do Gênesis 1,26: “*Façamos o homem à nossa imagem e semelhança*”. Mas o segundo, 1Jo 3,2, se refere ao fim do homem, à bem aventurança: “*Sabemos que, quando ele aparecer, seremos semelhantes a ele, já que o veremos tal como é*”. Em outras palavras, a questão da imagem

<sup>133</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica, v. II**, p. 630.

<sup>134</sup> TORREL, Jean-Pierre, OP. **Santo Tomás de Aquino**. Mestre Espiritual. 2ª ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2008, p. 103.

diz também com a causa final do homem. O homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e tem por fim o aperfeiçoamento dessa imagem.

Assim é que Santo Tomás “dá amplo espaço ao tema da imagem de Deus quando fala da criação do homem e de sua natureza na Prima Pars (q. 93), e é o homem que ele retoma espontaneamente no momento de falar de seu agir”<sup>135</sup>. E dividiu em duas seções distintas o que tinha a dizer sobre o homem: num primeiro momento, questões que tratam da *natureza normal* do homem, para, em seguida, tratar da sua criação.

Na lição de L. B. Geiger, citado por TORREL, Santo Tomás compreendeu o tema da imagem

“como a apresentação da causa final da produção do homem. O ser humano foi produzido para ser à imagem de Deus. Se as palavras fim ou termo têm um sentido, deve-se dizer que o ser humano é, foi criado, e portanto querido e concebido finalmente por seu Criador não para ser uma substância pensante, por exemplo, ou um animal racional, mas para ser à sua imagem”<sup>136</sup>.

O homem é visto, portanto, não como um ser pronto e acabado, mas levando-se em conta o seu agir e sua causa final. Mas o fato de o homem ser à imagem de Deus não muda durante esse processo dinâmico, tendente ao seu fim.

“A ideia de uma realidade que não é dada em estado acabado, mas vista como chamada a progredir, corresponde profundamente à sua concepção da natureza que comporta certamente um dado de base estável e germinalmente rico de uma realização futura. O homem existe plenamente só no estado de cultura; assim como a imagem de Deus que está nele será plenamente ela mesma só no estágio perfeito de sua atividade de natureza espiritual”<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> TORREL, Jean Pierre, OP. *op. cit.*, p. 106.

<sup>136</sup> TORREL, Jean Pierre, OP. *op. cit.*, p. 108.

<sup>137</sup> TORREL, Jean Pierre, OP. *op. cit.*, p. 110.

Esse trecho confirma o quanto afirmado acima, no sentido de que a pessoa humana, que é pessoa em razão de sua forma existencial específica (racional), somente ganha existência plena quando em contato com outras pessoas, no mundo da cultura. Faz parte do conceito de pessoa a relação. Aliás, como também já ressaltado, em Deus, são as relações decorrentes das processões internas (intelectiva e volitiva), que consubstancial a pessoas divinas.

Daí que o homem “*tem a mais ser uma imagem propriamente dita da Trindade, porque é dotado de inteligência e vontade, e portanto pode se encontrar nele um verbo concebido e um amor que procede*”<sup>138</sup>. O homem não é simplesmente um ser definido pela sua individualidade, mas pela sua capacidade de agir, com inteligência e amor ao próximo, capacidade esta que decorre de sua natureza à imagem e semelhança de Deus.

---

<sup>138</sup> TORREL, Jean Pierre, OP. *op. cit.*, p. 110.

## 1.6 A perda da imagem em razão do pecado

Do quanto foi exposto, já se poderia concluir que, de fato, a imagem do Criador não pode ser perdida por qualquer tipo de conduta praticada pela criatura. A metafísica e antropologia tomistas são por demais otimistas para conceber a possibilidade de um ente não possuir qualquer participação no Ser. E, na medida em que o *ens* é convertível em *bonum*, é o ser que determina o valor de cada um.

É bem verdade que o ser do homem tem a particularidade de poder se determinar racionalmente, de possuir autonomia e liberdade, atributos que o tornam capaz de receber a graça que possibilita a bem-aventurança. E justamente essa liberdade é que permite o agir, para o bem e para o mal.

No artigo 4 da questão 93, da I parte, Santo Tomás coloca o problema de “se a imagem de Deus se encontra em qualquer homem”<sup>139</sup>, ou seja, se pode haver seres humanos que não possuam ou não foram criados à imagem e semelhança de Deus e que, portanto, não têm ou não participam da natureza pessoal. Os argumentos contrários, utilizados por Santo Tomás, são baseados na diferença de sexos – ou seja, baseados na corporeidade – e na semelhança com Deus mediante a graça, que se pode perder.

No corpo do artigo, Santo Tomás explica:

“Visto que é em virtude de sua natureza intelectual que se diz ser o homem à imagem de Deus, ele o é sobretudo (maxime) na medida em que a natureza intelectual pode imitá-lo ao máximo (maxime). Ora, a natureza intelectual imita a Deus ao máximo (maxime), naquilo em que Deus se conhece e se ama”<sup>140</sup>.

Esses princípios gerais que introduzem o argumento valem para qualquer natureza intelectual criada. O que segue se aplica ao homem:

<sup>139</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. II, p. 625.

<sup>140</sup> *Id. Ibid.*

Por conseguinte, a imagem de Deus no homem poderá ser vista de três maneiras. Primeiramente, enquanto o homem tem uma aptidão natural para conhecer e amar a Deus, *aptidão que reside na natureza da alma espiritual, comum a todos os homens*. Segundo, enquanto o homem conhece e ama atual ou habitualmente a Deus, embora de maneira imperfeita. Trata-se então da imagem por conformidade de graça. Terceiro, enquanto o homem conhece e ama a Deus atual e perfeitamente. Tem-se então a imagem segundo a semelhança da glória. Por isso, comentando a palavra do Salmista: 'A luz de tua face foi impressa sobre nós, Senhor', a Glosa distingue três espécies de imagens: a da criação, da nova criação e da semelhança. – A primeira dessas imagens se encontra em todos os homens, a segunda nos justos somente e a terceira somente entre os bem-aventurados<sup>141</sup> (grifo meu).

Se a razão pela qual uma criatura é *ad imaginem Dei* consiste na *intellectualis natura*, devemos concluir que no caso do homem a imagem de Deus está na alma, que é espiritual pela mente ou intelecto, porque nisto consiste a natureza intelectual do homem.

Surge a pergunta de se a *imago Dei* pode ser perdida e, em caso afirmativo, até que ponto e em que aspectos .

Santo Tomás afirma em sua obra que, certamente, o pecado diminui a semelhança com Deus, mas a imagem natural não se pode perder.

O problema é tratado, pelo aquinate, na questão 85 da I-II Parte, onde ele estuda efeitos do pecado. Logo em seu primeiro artigo (a.1), questiona se o pecado *diminui o bem da natureza*. A resposta dada é que sim, que o pecado pode diminuir o bem da natureza, mas são necessárias algumas explicações.

Santo Tomás pondera (na resposta) que o bem da natureza pode significar três coisas: 1. os princípios constitutivos da natureza com as propriedades que daí decorrem, como as potências da alma, e outras semelhantes; 2. a inclinação para a virtude que o homem, por

---

<sup>141</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. II, *op. cit.*, p. 625-626.

natureza, tem; e 3. o dom da justiça original que foi dado à humanidade toda no primeiro homem.

Destes, Santo Tomás afirma que apenas a inclinação natural para a virtude é diminuída pelo pecado, pois pelos atos humanos se gera uma inclinação para atos semelhantes e, como a inclinação para o pecado é contrária à inclinação para a virtude, esta é diminuída pelo fato mesmo de o homem pecar.

Ao contrário, com relação aos princípios constitutivos da natureza, afirma expressamente que “*nem é tirado e nem diminuído pelo pecado*<sup>142</sup>”. Ou seja, o pecado não tira do homem a sua natureza de ser humano, nem esta lhe é diminuída. O que diminui é apenas a inclinação para a virtude e, em consequência, a sua liberdade.

Logo em seguida (a.2), na Suma Teológica, Santo Tomás questiona se o pecado, considerando que ele, de uma certa forma, pode diminuir, se ele *pode tirar todo o bem da natureza humana* (a.2).

E a resposta é enfaticamente negativa: “*o bem da natureza que diminui pelo pecado é a inclinação natural à virtude. Esta inclinação convém ao homem pelo fato de ser ele racional. É isso que lhe permite agir segundo a razão, e isso é agir segundo a virtude. Ora, o pecado não pode tirar completamente do homem que seja racional, porque já não seria capaz de pecado*”<sup>143</sup>.

Aqui fica ainda mais claro que a liberdade e a racionalidade humana não são completamente perdidas pelo pecado.

---

<sup>142</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. IV, *op. cit.*, p. 459

<sup>143</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. IV, *op. cit.*, p. 461

Se o homem tivesse perdido pelo pecado sua racionalidade, com tudo que isso implica, não seria nem sequer capaz de pecar (*capax peccati*), já que o pecado pressupõe a razão e a vontade livre.

Quanto à inclinação para a virtude, que ficou diminuída pelo pecado original, Santo Tomás distingue dois aspectos: quanto à origem e quanto ao fim. Considerada desde sua origem, que é a natureza humana, esta inclinação não vem prejudicada pelo pecado; mas com vistas ao fim encontra impedimentos, inclusive ilimitados no sentido de que aparecem sempre novos obstáculos, mas a tendência mesma nunca se pode extinguir, já que tem suas raízes na natureza humana<sup>144</sup>.

Portanto, o pecado não tira a natureza humana do indivíduo e apenas diminui, sem lhe tirar completamente, a sua liberdade e racionalidade. Estas decorrem de sua natureza, de sua forma existencial, e não de seu agir.

Em outra obra, Santo Tomás reafirma essa conclusão, ao tratar da questão do mal, em exposição um pouco mais longa, mas que vale à pena transcrever.

“Deve-se dizer que é impossível que pelo pecado seja suprimido totalmente o bem de uma natureza, que é a sua aptidão ou disposição para a graça. Mas disto parece resultar uma dificuldade, pois, sendo tal disposição finita, parece que pode desaparecer totalmente por uma contínua diminuição dela.

(...)

(...) a disposição pode diminuir de dois modos: primeiro, por subtração; segundo, por oposição de um contrário. Por subtração, certamente, como no caso de um corpo que possui a disposição para esquentar-se pelo calor que possui, e no qual, ao diminuir o calor que possui, diminui a sua disposição para esquentar-se. E por oposição de um contrário, assim como a água quente possui uma disposição ou aptidão natural para o esfriamento,

---

<sup>144</sup> REINHARDT, Elisabeth *op. cit.*, p. 162.

mas, quanto mais se aproxime do calor, tanto mais diminui a sua disposição para o frio. Em verdade, este modo de disposição que é por aposição de um contrário sucede mais nas potências passivas e receptivas; o primeiro modo, em contrapartida, [mais] nas potências ativas, conquanto cada modo possa encontrar-se, de alguma maneira, em ambos os tipos de potências. Logo, quando se dá uma diminuição da disposição por subtração, a disposição pode ser então suprimida totalmente, uma vez suprimido aquilo que causava a disposição; quando, em contrapartida, a disposição diminui por aposição de um contrário, deve-se considerar então se a aposição do contrário excedente pode corromper ou não o sujeito. Pois, se pode corromper o sujeito, pode ser suprimida totalmente a disposição; assim como, de tal modo, pode aumentar o calor da água, que esta se corrompe; e, assim, a disposição que se seguia da espécie água é suprimida totalmente. Mas, pela aposição de um contrário, por mais que esta [aposição] se multiplique, não pode corromper o sujeito, e sempre diminuirá a sua disposição pela aposição do contrário excedente, mas nunca a corromperá totalmente, pela permanência do sujeito em que reside tal disposição; assim como, por mais que aumentasse o quente, não suprimiria a disposição que a matéria prima incorruptível tem para a forma da água. É patente, no entanto, que a para a graça é como a de uma potência receptiva, e que tal disposição se segue da natureza racional na medida em que aquela é ao modo desta. E foi dita acima que a diminuição desta disposição é por aposição de um contrário, ou seja, quando a criatura racional de afasta de Deus por dirigir-se ao seu contrário. Motivo por que, sendo a natureza racional incorruptível e não cessando [portanto] o seu ser, por mais que o pecado se multiplique, a disposição para o bem da graça sempre diminuirá por aposição do pecado, mas de maneira tal que nunca será suprimida totalmente”<sup>145</sup>.

Concluindo, a conduta humana nunca o fará perder a sua condição de imagem e, portanto, a dignidade própria decorrente de sua existência pessoal e incomunicável.

---

<sup>145</sup> AQUINO, Tomás de. **Sobre o mal, tomo I**. trad. Carlos Ancêde Nogué. Rio de Janeiro: Ed. Sétimo Selo, 2005, p. 301-303.

Mas se o homem, para Santo Tomás de Aquino nunca perde essa dignidade, pelas razões teológicas e metafísicas já expostas, como se explica a sua afirmação, no sentido de que criminoso, ao pecar, perde a sua dignidade e pode ser tratado como um animal<sup>146</sup>?

Para responder a essa questão, é necessário, ainda que brevemente, verificar o conceito de direito para Santo Tomás de Aquino, sua relação com a política e a sua teologia, o que faremos no próximo capítulo.

---

<sup>146</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 134. Textualmente, na II-II, q. 64, a.2, sol. 3: “*deve-se dizer que pecando, o homem se afasta da ordem racional. Decai, assim, da dignidade humana, que consiste em ser naturalmente livre e existir para si mesmo. Ele cai, de certo modo, na escravidão dos animais, de sorte que se deva dispor dele como convém à utilidade dos outros. É que se diz no Salmo: ‘Estando elevado em honra, o homem não entendeu, viu-se nivelado aos animais sem razão e a eles se assemelhou’.* E também se lê no livro dos Provérbios: ‘O insensato estará a serviço do sábio’. Portanto, se é mal em si mesmo matar um homem, que se conserva em sua dignidade, pode, contudo, ser um bem matar um pecador, como se abate um animal. Pois o homem mau é pior que o animal e ainda mais nocivo, como diz o Filósofo”.

## 1.7 O Direito para Santo Tomás de Aquino

Estabelecido o conceito de pessoa para Santo Tomás de Aquino e que esta tem a sua máxima dignidade em razão de sua natureza própria, natureza esta que lhe possibilita o agir livre e autônomo; e que o agir, ainda que pecaminoso ou criminoso, não diminui o bem de sua natureza ontológica ou metafísica, passemos à análise do Direito, no sistema tomista.

Não é tarefa simples o estudo do Direito em Santo Tomás de Aquino. Vale repetir mais uma vez, Santo Tomás era, antes de mais nada, um teólogo, não um filósofo nem um moralista. Muito menos um jurista. Mas seu amor pela verdade e o caráter universal de sua cultura o levaram a estudar com profundidade tudo aquilo que pudesse servir à salvação do homem.

O direito, como objeto da justiça, portanto, não poderia ficar de fora de seu olhar, na medida em que a justiça é uma virtude, ou seja, uma disposição permanente aos atos moralmente bons, um hábito que nos aperfeiçoa para agirmos corretamente e, assim, auxiliado pela graça, obter a bem-aventurança.

Muitos juristas expõe a teoria do direito tomista, buscando-a na parte da Suma Teológica que trata das leis (Tratado das Leis), na distinção por ele feita entre as leis eterna, divina, natural e positiva. Isso não é exatamente correto, muito embora o Tratado das Leis não deixe de conter exposições sobre o direito.

É no Tratado da Justiça (II-II, q. 57) que se encontra um estudo sobre a palavra *jus* (direito). As *leis* são as regras das ações humanas, elas governam a conduta humana, “o conjunto da moralidade”<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, *op. cit.*, p. 120.

Os ensinamentos sobre o Direito, na obra de Santo Tomás de Aquino encontram-se, além dos comentários da *Ética* e da *Política* de Aristóteles, de algumas passagens dos comentários às sentenças de Pedro Lombardo, principalmente em dois tratados da *Suma Teológica*: o *tratado das leis* e o *tratado da justiça*. Segundo VILLEY, “*essas são, com efeito, as fontes essenciais*”. “*Infelizmente, contudo, deve-se acrescentar que se ater a esses textos (o que será tentação normal dos juristas, caso ainda queiramos atribuir-lhes boa vontade) é condenar-se a não entender o que há de mais belo na doutrina jurídica de São Tomás, sua coerência, sua inserção no conjunto de uma visão de mundo. É preciso ler a Suma inteira*”<sup>148</sup>.

Não se pretende, aqui, uma exposição analítica completa sobre o direito em Santo Tomás de Aquino, mas apenas ressaltar os pontos mais relevantes para se compreender o papel e a importância do conceito de pessoa e de sua dignidade nesse contexto.

Santo Tomás, no que se refere ao direito, não foi original. Aliás, a preocupação primeira de Santo Tomás não era a originalidade, mas a busca incessante da verdade, como instrumento, com o auxílio do dom da graça, de salvação das almas.

Assim é que ele não apresenta nada de realmente novo no campo jurídico, que já não tivesse sido “descoberto” por Aristóteles e pelos juristas romanos. As suas análises e comentários, no entanto, são “*apenas mais inteligente[s] que os praticados hoje. E mais completo[s]*”<sup>149</sup>.

Santo Tomás retoma, então, distinções precisas entre direito, justiça, moral e política, que haviam se perdido nos séculos anteriores. Os termos *lei* e *direito*, muito embora já

---

<sup>148</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**, *op. cit.*, p. 137. Prossegue o autor: “*E, caso fosse preciso escolher, eu recomendaria de preferência as teorias do conhecimento (I<sup>a</sup>, qu. 84s), do governo divino do mundo (I<sup>a</sup>, qu. 103s), dos fins da atividade humana (I<sup>a</sup>II<sup>a</sup>, qu. 1s), das relações entre justiça e caridade (II<sup>a</sup>III<sup>a</sup>, qu. 23s), da prudência (qu. 47s) e dos fins últimos (Supl.) etc. Aí se encontra o fundamento filosófico e teológico da doutrina do direito natural, a chave do sistema e, para nós, a revelação de sua prodigiosa coerência*” (p. 137).

<sup>149</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 119.

tivessem sido definidos com maior precisão por Aristóteles e pelos juriconsultos romanos, passaram a ser utilizados de forma equívoca, em especial pelos moralistas e teólogos cristãos, que substituíram o direito pela lei moral universal, cabendo a Santo Tomás o mérito de distinguir claramente, separando-os, a justiça bíblica do direito.

Na verdade, “a teologia de São Tomás libertou os juristas da Europa cristã da submissão às fontes bíblicas, destruiu o clericalismo jurídico”<sup>150</sup>. A teoria jurídica de Santo Tomás é, em certo sentido, profana, na medida em que consegue uma separação precisa, sem que se encontre incompatibilidade, entre a justiça evangélica e o direito romano. Para Santo Tomás, “o Evangelho não trata do direito, o que não significa que o negue. Concluamos apenas que as questões de justiça temporal não são da alçada do Evangelho”<sup>151</sup>. O próprio Cristo, questionado a respeito do pagamento de impostos, deu a conhecida resposta: “A César o que é de César” (Mt 22,21; Mar 12,17; Lc 20,25).

Parece interessante, portanto, iniciar essas considerações sobre o direito para Santo Tomás de Aquino, dizendo em primeiro lugar o que ele não é, na medida em que a nossa linguagem contemporânea está por demais habituada a não fazer as distinções realizadas pelo aquinate.

Pois bem, o direito não é a lei. *Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*. “A lei não é propriamente o direito”, dirá Santo Tomás, já no primeiro artigo da Suma em que ele define o direito como objeto da justiça (II-II, q. 57, a.1)<sup>152</sup>.

O direito (*jus*) é o objeto da Justiça e não se confunde com a lei (*lex*).

<sup>150</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 117.

<sup>151</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 118.

<sup>152</sup> AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.* p. 45.

A lei é considerada a regra do direito, mas não a sua fonte única. A lei, segundo Santo Tomás, é “*uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade*” (I-II, q. 90, a.4)<sup>153</sup>. É “*certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou apartar-se da ação*” (I-II, q. 90, a.1)<sup>154</sup>. Sendo regra e medida dos atos humanos, portanto, tem razão de princípio e deve ser ordenada ao bem comum. Por isso, Santo Tomás trata da lei após considerar os princípios internos dos atos humanos (vícios e virtudes), como princípio externo que move ao Bem.

Em outras palavras, a lei nada mais é que “*certo preceito da razão prática no príncipe que governa uma comunidade perfeita*” (I-II, q. 91, a.3)<sup>155</sup>.

Essa noção de lei, observa REALE, tem valor universal, porquanto não só se aplica apenas ao mundo humano, mas também se refere à ordem cósmica em geral, na medida em que Deus, o legislador supremo, subordina todas as coisas às suas normas<sup>156</sup> ou, melhor dizendo, à sua providência.

O termo *ordinatio* utilizado na definição tomista, conforme realça BASTIT, não pode ser traduzida por ordem, se por isso queremos dizer um comando. “*Trata-se sobretudo da descrição de uma ordem direcionada a um fim consoante a qual os atos humanos vêm dispor-se, retificar-se, ordenar-se*”<sup>157</sup>. Não é ordem no sentido de comando ou exercício de poder. A ordem só pode ser dada, porque verdadeira. Por isso ela não se expressa, na teoria de Santo Tomás, a princípio, por um imperativo<sup>158</sup>.

<sup>153</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 527-528

<sup>154</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 522.

<sup>155</sup> *Id. ibid.*, p. 529.

<sup>156</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 638.

<sup>157</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 56.

<sup>158</sup> *Id. ibid.*

Santo Tomás divide as leis em eterna, divina, natural e humana. *Lei eterna* é a expressão mesma da razão divina, inseparável dela, que governa todo o universo, como um fim ao qual ele tende (I-II,q. 91, a.1)<sup>159</sup>.

A *lei divina*, que não se confunde com a lei eterna, é uma manifestação desta, participada aos homens por meio da revelação contida nas Sagradas Escrituras. É portanto, uma lei positivada.

A *lei natural*, que é a participação da lei eterna na criatura racional. Explica Santo Tomás, com relação à lei natural:

"A lei, dado que é regra e medida, pode estar duplamente em algo: de um modo, como no que regula e mede, de outro, como no regulado e medido, porque enquanto participa algo da regra ou medida, assim é regulado e medido. Por isso, como todas as coisas estão sujeitas à providência divina, são reguladas e medidas pela lei eterna, como se evidencia do que foi dito, é manifestam que todas participam, de algum modo, da lei eterna, enquanto por impressão dessa têm inclinações para os atos e fins próprios. Entre as demais, a criatura racional está sujeita à providência divina de um modo mais excelente, enquanto a mesma se torna participante da providência, provendo a si mesma e aos outros. Portanto, nela mesma é participada a razão eterna, por meio da qual tem a inclinação natural ao devido fim"<sup>160</sup>.

Saliente-se, desde logo, que a lei natural não é vista como uma norma independente do ser. A lei natural é a participação da criatura racional na lei eterna, mas participação esta que faz parte de seu ser. Em Santo Tomás, como já afirmado, não há a separação radical e artificial, entre os mundos do ser e do dever ser, que farão, posteriormente e por exemplo, Kant e Kelsen. O próprio ser contém, em si, leis que lhe são naturais e que o inclinam a seu fim (causa final). No caso dos seres racionais, essa participação conta com um diferencial, que é a liberdade, razão pela qual se afirma que a sua participação é a mais excelente.

<sup>159</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 529.

<sup>160</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 530-531.

A afirmação de que a lei natural é a participação da razão na ordem cósmica parece, para a mente moderna, conter um paradoxo. Parece uma contradição fazer da razão uma lei natural, uma vez que a peculiaridade da razão e da vontade consiste, justamente, em poder opor-se à natureza, em rejeitar os determinismos e afirmar a liberdade. Mas, como ensina BASTIT,

“para admitir o raciocínio de Santo Tomás, há que se compreender que, no plano mais fundamental, a razão e a vontade estão determinadas por seu fim, do qual não podem separar-se; há nisso um determinismo que insere o homem na ordem do universo, a razão e a vontade são então como que naturezas. É apenas no plano dos atos particulares, em razão da imperfeição do objeto, que a vontade recobra a liberdade de querer ou não segundo o juízo da razão que discerne o que estão ou não de acordo com esse fim”<sup>161</sup>.

A lei, assim, é dada na natureza da ordem do ser; não do agir. O agir, contingente e livre é que pode violar ou ir contra o fim próprio de cada ser, justamente em razão da liberdade (dada e existente em razão da forma racional do ser).

Finalmente, a *lei humana*, que são disposições particulares, descobertas segundo a razão humana, e derivadas da lei natural, por conclusão dos princípios ou determinação do que é geral<sup>162</sup>. E a lei humana é necessária, para Santo Tomás, precisamente, por causa da indeterminação e o lugar dado à liberdade no próprio seio da ordem. A lei humana, assim, “*não é, como se poderia crer, estranha à ordem cósmica, é exigida por ela. Em relação a ela, a lei natural não é uma realidade extrínseca, requer e exige uma lei humana*”<sup>163</sup>.

Outro esclarecimento, aqui, se faz necessário. A lei humana não é deduzida abstratamente da lei natural, como o farão os jusracionalistas. A derivação propugnada por Santo Tomás não é da natureza humana abstratamente considerada, mas da natureza da cidade

<sup>161</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**, *op. cit.*, p. 81-82.

<sup>162</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 576.

<sup>163</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**, *op. cit.*, p. 82.

e das coisas, como de fato são e a partir da observação das coisas e da cidade, considerando as suas contingências e peculiaridades. Disso decorre que nem a lei natural é universal e imutável, nem tampouco a lei humana.

Assim é que, por exemplo, com relação à lei humana, diz Santo Tomás, ao responder se a lei humana deve coibir todos os vícios (I-II, q. 96, a.2):

”Como já foi dito, a lei é imposta como uma regra ou medida dos atos humanos. A medida deve ser homogênea ao que é medido, como se diz no Livro X da *Metafísica*: coisas diversas são medidas por medidas diversas. Portanto, é necessário que também as leis sejam impostas aos homens segundo a sua condição, porque, como diz Isidoro, a lei deve ser ‘possível, segundo a natureza e segundo o costume da pátria’ O poder ou a faculdade de agir procede de um hábito interior ou disposição: com efeito, a mesma coisa não é possível àquele que não tem o hábito da virtude e ao virtuoso, assim como também não é possível à criança e ao homem adulto. E por causa disso não se impõem às crianças a mesma lei que aos adultos: com efeito, muitas coisas são permitidas às crianças que são punidas pela lei aos adultos, ou também são condenadas. E semelhantemente muitas são permitidas aos homens não perfeitos na virtude, as quais não seriam toleradas nos homens virtuosos.

Ora, a lei humana é imposta à multidão dos homens e nessa a maior parte é de homens não perfeitos na virtude. E assim pela lei humana não são proibidos todos os vícios, dos quais se abstém os virtuosos, mas tão-só os mais graves, dos quais é possível à maior parte dos homens se abster; e principalmente aqueles que são em prejuízo dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode conservar-se; assim são proibidos pela lei humana os homicídios, os furtos, e coisa semelhante<sup>164</sup>.

Além de a lei humana dever ser derivada da lei natural de acordo com as contingências das pessoas e das cidades, Santo Tomás é expresso ao afirmar a possibilidade da sua modificação. E o realismo e humildade do Santo Tomás, aqui, é notável, ao contrário da

---

<sup>164</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 585-586.

pretensão racionalista de construir um sistema imutável, deduzido da natureza considerada abstratamente.

Santo Tomás afirma ser natural da razão humana, “*chegar gradualmente do imperfeito ao perfeito*”. Se algo que foi entendido como útil ao bem comum dos homens, revelar-se mal, é da razão que tal lei seja alterada. “*Com efeito, os primeiros entenderam achar algo de útil à comunidade dos homens, não podendo considerar por si mesmos todas as coisas, instituíram algumas imperfeitas que falhavam em muitos casos e essas os posteriores mudaram*”. A lei pode mudar, ainda, em razão da mudança das condições dos homens, aos quais, segundo suas diversas condições, convêm coisas diversas.<sup>165</sup>

Essa mesma postura, aberta e humilde, também aparece na admissão, por Santo Tomás, da impossibilidade de conhecimento especulativo da própria lei natural. A razão prática, por tratar de ações, particulares e contingentes como as operações humanas, não pode deduzir todas as regras dos princípios mais gerais, estes sim inteligíveis a todos pela *sindérese*. O nosso conhecimento prático, como qualquer outro, falha perante o particular material como tal, por isso não podemos deduzir toda a lei natural em seus aspectos singulares. Inclusive da lei natural, o nosso conhecimento passa pelos sentidos<sup>166</sup>.

Mas, vale repetir, retomando, o direito não é a lei. Tampouco o conjunto de regras ou normas. E também não são comandos que dirigem as condutas humanas. As leis, sim, governam a conduta humana, como princípio exterior, ditando como elas devem ser, para o que o homem atinja o seu fim específico. Elas, leis, governam o conjunto da moralidade (justiça geral)<sup>167</sup>. Santo Tomás retoma a ideia grega e romana da educação pelas leis. Elas têm, portanto, essencialmente uma matéria moral.

<sup>165</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 596-597.

<sup>166</sup> *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*, dirá Santo Tomás, já antes de Kant.

<sup>167</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 120.

É claro que as leis têm influência no direito. Até porque são sua regra, medida e, em muitos casos, sua fonte. A lei é uma regra, ou seja, uma *ratio* que existe na mente do legislador a título de modelo ideal. É regra da prudência, como existe na mente do artista um modelo, um exemplar que é regra de sua arte. A lei está, assim, na mente do legislador e no documento que a contém. Só se afirma, neste passo, que não se confundem a lei e o direito.

O direito é objeto da justiça; é a determinação real da justiça contida, como *ratio*, na lei. Mas é necessário que se precisem esses conceitos. Como diz VILLEY, “*que o direito vise a justiça, que seja a aplicação da justiça, esta fórmula não tem hoje nenhum sentido. É uma dessas frases que repetimos por hábito de linguagem, e que por terem sido demasiadamente utilizadas embotaram-se, perderam a substância*”<sup>168</sup>.

Quando se afirma que o direito é objeto da justiça, não se trata aqui daquela justiça ideal, um sonho do espírito humano e de igualdade absoluta. Mas da justiça, conforme explicitada na filosofia aristotélica, que foi, afinal, a utilizada aqui por Santo Tomás.

Justiça, aqui, não é tomada como uma utopia, mas algo bastante real e concreto; uma virtude específica, uma atividade, que comporta classificação em diversas espécies.

A justiça geral exprime a moralidade, a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei *moral*. Assim, Aristóteles chama esta justiça de “justiça legal”.

A justiça geral (ou legal) não abrange toda a moral, mas apenas no que se relaciona ou é dirigida aos *outros*. À justiça compete retificar os atos humanos, não para consigo mesmo, mas envolvendo a diversidade de pessoas, “*portanto, só pode ser de um homem em relação a outro*”<sup>169</sup>. A justiça, nesse sentido, é sempre social.

---

<sup>168</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 52.

<sup>169</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 59.

Não é nesse sentido – de justiça geral – que o direito é o objeto da justiça. Muito embora, não se possa negar que a justiça geral, enquanto conjunto da moralidade, mantenha estreitas relações com o direito. “Acaso poderíamos dizer que a justiça universal não concerne absolutamente ao direito? Seria esquecer a importância absolutamente fundamental que a observância da lei moral representa para toda ordem social”. “Nenhum grupo de homens poderia sobreviver a longo prazo sem adesão a uma moral”<sup>170</sup>.

É à justiça particular que, propriamente, se refere o direito como seu objeto. A justiça particular é que ordena o homem em suas relações particulares. “Dizemos de um homem que é ‘justo’ mais particularmente para significar que tem o costume de não pegar ‘mais do que lhe cabe’ dos bens ‘exteriores’ disputados num grupo social, nem menos do que lhe cabe do passivo, dos encargos”<sup>171</sup>.

Daí a definição clássica de justiça, adotada também por Santo Tomás: “O ato de justiça consiste em dar a cada um o que é seu”. Essa definição não tem nada de utópica ou vazia de conteúdo, nem, muito menos tautológica, como pretende Kelsen. Criticar essa fórmula, por não esclarecer sobre o que cabe a cada um, significa enganar-se sobre seu sentido. Ela visa somente ajudar-nos a não confundir a função da arte jurídica com a função do cientista ou do técnico<sup>172</sup>.

Na verdade, ela diz apenas que o seu de cada um é, justamente, o direito (*jus*). O seu de cada um, portanto, no que se refere à divisão dos bens que a cada um cabe, é o que se chama direito. E, por isso, se diz que o direito é o objeto da justiça.

Ele é a parte devida a cada um, por força da justiça. Como se vê, segundo esta definição, o direito não está na pessoa, mas na coisa. É a justa divisão dos bens na sociedade,

<sup>170</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 60.

<sup>171</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>172</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 66.

de acordo com os valores (inclusive morais) nela vigentes. A virtude (justiça) está no sujeito. Mas o direito (objeto da justiça) é *res*, é objeto. No exemplo de VILLEY, É “*minha parte do imposto de renda, que devo pagar ou que já paguei, não é nem excessiva nem insuficiente. Se, portanto, o direito é um ‘meio-termo’, é um meio-termo objetivo, ‘nas coisas’, in re*”<sup>173</sup>.

Dessa definição, se deduz que o direito é anterior à justiça. Como afirma PIEPER, “*se o ato de justiça consiste em dar a cada um o seu, é porque dito ato supõe outro precedente, em virtude do qual algo se constitui em propriedade de alguém*”<sup>174</sup>. É o que diz, expressamente, Santo Tomás, na Suma contra os Gentios:

“Como o ato de justiça consiste em *dar a cada um o que é seu*, o ato de justiça precede o ato pelo qual algo se torna próprio de alguém, como se vê nas coisas humanas, onde alguém, trabalhando, merece tornar seu o que o retribuidor lhe dá por ato de justiça. Por conseguinte, aquele ato, pelo qual alguém faz em primeiro lugar alguma coisa sua, não pode ser um ato de justiça”<sup>175</sup>.

O objetivo do direito – da arte jurídica -, portanto, é determinar uma divisão dos bens e dos encargos, no interior de um grupo, *entre* várias pessoas, divisão que deve ser respeitada por que tem a virtude da justiça. É dentro de um grupo social que a virtude da justiça pode ser exercida, dando-se a cada um a parte determinada que lhe pertence.

O direito, na palavra de Santo Tomás, é a própria coisa justa (*ipsam rem iustam*). O direito, portanto, “*não diz respeito ao mundo do ‘ser’, referindo-se ao mundo do ‘ter’, das coisas que dividimos*”<sup>176</sup>. E, estando nas coisas – que deverão ser justamente divididas entre as pessoas -, ele não se encontra no sujeito. É observando a realidade – e suas leis naturais – que ele deve ser buscado.

<sup>173</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 72.

<sup>174</sup> PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**, *op. cit.*, p. 89.

<sup>175</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma contra os Gentios**, v. 1, *op. cit.*, p. 205.

<sup>176</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 67.

O direito, portanto, enquanto *res*, é algo que existe *entre pessoas*. É uma relação justa entre elas, que deve ser determinada pelos juristas, por meio de um procedimento dialético. O direito se dá, assim, “na cidade”, nunca individualmente. É das relações sociais que nasce a necessidade de divisão dos bens, objeto da ciência jurídica.

Daí que – mais algo que o direito não é – não se trata de um poder do indivíduo. A noção de direito subjetivo é absolutamente estranha à doutrina tomista do direito. Ensina VILLEY:

“Existe uma grande diferença entre a ideia de direito subjetivo e o *jus* do direito romano clássico. O *jus* está definido no *Digesto* como aquilo que é justo (*id quod justum est*); aplicado ao indivíduo, a palavra designa a parte que deveria ser-lhe atribuída (*jus suum cuique tribuendum*) com relação aos outros neste trabalho de repartição (*tributio*) entre vários que é a arte do jurista”<sup>177</sup>.

O direito, na concepção tomista, é parte devida a cada um, no seio social, por força das leis (em sentido genérico), que são *ratio* (razão) e não *voluntas* (vontade). O justo é o fim (causa final) do direito. Há uma inclinação da arte jurídica para a correta divisão dos bens, uma proporção equitativa entre pessoas e coisas.

Mas qual é essa proporção?, é a pergunta que se põe. Santo Tomás não tem a pretensão de lhe dar uma resposta *a priori*. Isso depende, em cada tempo e lugar, de circunstâncias que os juristas deverão conhecer. Pois *cabe ao jurista* pronunciar as soluções de direito, não ao filósofo. Nem ao moralista ou ao teólogo.

É verdade que, para o pensamento tomista, toda ordem – inclusive a ordem jurídica – procede do pensamento divino, da harmonia introduzida por Deus na sua criação – do Plano pelo qual seriam ordenadas nossas condutas através da história. O que de melhor poderia ser

---

<sup>177</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 142.

proposto ao homem senão seguir a lei de Deus? Mas o problema é chegar a conhecê-lo, e se este conhecimento nos será proporcionado exclusivamente pelo canal das Sagradas Escrituras reveladas. Problema a que Santo Tomás não hesita em responder negativamente. Cristo se recusa a dividir uma herança entre dois irmãos (isso seria uma atribuição jurídica)<sup>178</sup>, e é deixada ao arbítrio humano (*relinquuntur humano arbítrio*) (I-II, q. 108, a.2)<sup>179</sup>.

Os problemas jurídicos na concepção tomista, ensina VILLEY, “o homem os resolverá não através da obediência à lei divina revelada, mas através dos meios que a natureza lhe oferece – per sua naturalia. A coexistência entre cristãos e infiéis torna-se possível. O que, definitivamente, um traço específico do cristianismo”<sup>180</sup>.

E essa proporção na divisão entre as pessoas e as coisas, dentro da comunidade política, é menos uma produção voluntária e livre do homem que o efeito de forças que nos sobrepujam. Ela possui certamente uma origem, é histórica, o que não a impede de ser natural. A ordem natural engloba também a política e o direito<sup>181</sup>.

Essa ordem natural deve ser buscada pela observação dos fatos e dos seres. Cada ser, em razão de sua natureza, tem um lugar dentro da ordem cósmica, que é dinâmica e se encontra, sempre, em movimento (passagem da potência ao ato) final. Em razão de sua própria natureza, são devidas divisões dos bens e encargos às pessoas.

O *Telos* dos seres naturais é uma ordem que, por si mesma, é Bem (*agathon*), o que pode ser *observado*<sup>182</sup>. E como a natureza não é feita apenas de indivíduos isolados, mas numa cidade, de *relações* existentes entre suas partes, o conhecimento do *direito natural* é

<sup>178</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 301.

<sup>179</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 824.

<sup>180</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 301.

<sup>181</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 343.

<sup>182</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 349.

acessível a ser conhecido. O direito, aqui, na acepção de *res justa*, a parte resultante da divisão a cada um.

A fonte do direito, por isso e nesse sentido, é a *natureza*, já que a natureza *inclui* uma ordem passível de ser descoberta. Aqui, a *ordem* (natural) precede a fórmula através da qual, num segundo tempo, de modo sempre imperfeito e mais ou menos inadequado, os homens buscarão exprimi-la, por meio das leis<sup>183</sup>.

Ensina BASTIT:

“*Lex non est ipsum jus, proprie loquendo*’. A explicação que é dada a essa afirmação esclarece totalmente a concepção que Santo Tomás tem da lei em relação ao direito. A lei é uma regra, ou seja, uma *ratio* que existe na mente do legislador a título de modelo ideal. É regra da prudência, como existe na mente do artista um modelo, um exemplar que é regra de sua arte. A lei está, assim, na mente do legislador e no documento que a contém. Mas a causa exemplar da obra de arte não é a própria obra. Aquela é apenas um modelo ideal desta, que existe realmente. Sua existência é uma realização mais perfeita em si mesmo do que a existência a título intencional que é a da forma exemplar na mente do artista. Ainda que seja menos perfeita em razão do peso da matéria, ela ‘existe’, ao passo que a outra, apesar de sua perfeição ideal, continua uma forma”<sup>184</sup>.

Tais distinções têm o mérito de deixar bem claro qual o objeto e a finalidade específicas da moral e do direito. Não há confusão entre ambos, mesmo que não se esconda a relação umbilical entre eles. Não há direito sem moral. A moral determinará, sim, as divisões jurídicas, sem que seja preciso “juridicizar” a moral para lhe conferir eficácia. E os valores estão insculpidos na própria estrutura de cada ser.

<sup>183</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 406.

<sup>184</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**, *op. cit.*, p. 184-185

Essas concepções de lei e de direito relacionam-se intimamente com a moral e a política em Santo Tomás. Com efeito, as leis são determinadas pela moral. E, considerando que é da essência da lei levar também ao bem comum, a política é parte integrante desse sistema.

É por meio da comunidade política que as pessoas são dirigidas ao bem comum. Enquanto parte da *polis* o homem deve ser considerado menos que o todo. Por isso, inúmeras vezes, Santo Tomás, como vimos, entende necessário o sacrifício do interesse privado em benefício do coletivo. Por exemplo, quando compara o indivíduo, em face do Estado, aos membros em relação à pessoa. Não muito diferente da linguagem contemporânea, que prega o sacrifício do interesse privado, quando em confronto com o interesse público.

Mas nunca se deixa levar a exageros coletivistas, que dão mais valor ao Estado do que à pessoa.

Justamente em razão de sua posição cristã de reconhecer a dignidade pessoal como o maior valor a ser perseguido. O Estado, o todo, existe para servir à pessoa e criar as condições para que o indivíduo atinja a sua finalidade, que é o desenvolvimento pessoal e, para Santo Tomás, atingir a bem-aventurança. Mas todos individualmente (as pessoas) buscam a salvação. Não o Estado como um todo.

Mas, por outro lado, a sociedade é assim considerada como um conjunto de pessoas, uma organização de relações e de serviços entre elas e para elas, mas não um simples agregado artificial de indivíduos. A sociedade tem uma realidade universal distinta da soma das pessoas que a compõe, e não se consubstancia em sua causa final. Ela é apenas a sua causa de geração.

BARRERA explica assim esse ponto:

“Este bem comum político é de algum modo identificável com a forma de uma comunidade política; neste caso e segundo Aristóteles, essa forma é a ordem de justiça. Mas, como a forma, desta vez segundo a observação de Santo Tomás, só pode ser tomada como fim de geração e não com respeito à coisa gerada, é evidente que a forma da cidade, ou seja, a ordem de justiça pela qual ela é uma cidade e não uma aliança comercial ou política, não pode ser seu fim último, assim como a forma do homem é fim da geração humana, mas não do homem” (...). “O paralelo entre a geração do homem e a geração da cidade se apresenta aqui como uma boa ajuda para compreender a insuficiência teleológica da comunidade política, não somente com respeito a ela mesma, mas sobretudo quanto ao fim humano concreto como substância individual”<sup>185</sup>.

Assim, o bem comum não é superior ao bem individual de forma absoluta. O bem individual é superior ao bem comum, quando está em causa o fim sobrenatural da pessoa (fim este que é inerente à sua natureza, criada à imagem de Deus). Com efeito, a sociedade (Estado) existe para permitir o desenvolvimento das pessoas individualmente. O fim último da vida social não é um simples bem estar de animal satisfeito, mas sim o alcançar, por uma vida virtuosa, a fruição de Deus.

A pessoa deve ser vista, por isso, sob dois aspectos diferentes. Um, enquanto pessoa, dotada da dignidade em razão de sua natureza racional. E outra, enquanto parte de um todo social (lembrando-se que a sociabilidade é natural, também, ao ser humano).

Mas a sociabilidade, muito embora natural, é apenas um aspecto do indivíduo.

É essa dupla perspectiva que permite a Santo Tomás fazer as afirmações que, tiradas de seu contexto, podem parecer contraditórias.

De um lado, enquanto parte da sociedade, deve ficar submetido a ela, na medida em que a parte é inferior ao todo.

---

<sup>185</sup> BARRERA, Jorge Martínez. **A política em Aristóteles e Santo Tomás**, *op. cit.*, p. 132-133.

“Uma vez que cada homem é parte da multidão, qualquer homem no que é e no que tem, é da multidão, como qualquer parte no que é, é do todo. Por isso, a natureza também causa algum detrimento à parte, para que salve o todo” (I-II, q. 96, a.4)<sup>186</sup>.

Também a justificativa dada para admitir como lícita a pena de morte: “*Cada pessoa está para a sociedade, como a parte está para o todo. Se, portanto, algum homem se torna perigoso para a comunidade e ameaça corrompe-la por seu pecado, é louvável e salutar mata-lo, para a preservação do bem comum*” (II-II, q. 64, a.2)<sup>187</sup>.

Tais assertivas poderiam levar à interpretação de que Santo Tomás adere a alguma espécie de coletivismo, em que o indivíduo fica totalmente subordinado à realidade absoluta, autônoma e independente, que é o Estado.

Todavia, não se pode esquecer que, de outro lado, além de afirmar que a sociedade existe para a salvação individual, Santo Tomás afirma que a maior dignidade possível vem mesmo da participação na natureza racional e pessoal, capaz de inteligência e amor. Na esteira de todo o pensamento cristão, revolucionário e escandaloso, a parte é mais do que o todo. Para Santo Tomás a substância primeira é a individual (incomunicável).

É por isso que Santo Tomás pode afirmar, em outra passagem: “*o homem não está ordenado para a comunidade política com todo o seu ser e com todas as suas coisas. Por isso, não é necessário que qualquer ato seu seja meritório ou demeritório enquanto ordenado à comunidade política. Mas, tudo o que o ele é, pode e tem, deve ser ordenado para Deus*” (I-II, q. 21, a.4, ad. 3)<sup>188</sup>.

O fim último da pessoa não é a comunidade política, não é esta que constitui a última perfeição humana. A causa final da pessoa é a bem-aventurança, a salvação individual, que

<sup>186</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4, *op. cit.*, p. 589-590.

<sup>187</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 133.

<sup>188</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 3, *op. cit.*, p. 298.

deve, é verdade, ser alcançada por meio da convivência comunitária, na medida em que o homem é um ser social. Vislumbra-se, aqui, “*uma forte impugnação a qualquer forma de totalitarismo e tirania, ainda que esta tirania esteja nas mãos de uma maioria*”<sup>189</sup>.

É compreensível, portanto, que o sacrifício de bens individuais possa ser exigido para o bem comum, mas somente e na medida em que, sacrificando-se em relação ao bem comum, o cidadão na verdade se inclina à realização plena de seu fim último pessoal.

O bem comum e o individual, assim, são distintos mas não se opõem. Quando situado na mesma ordem, de fato, o bem comum supera o bem particular. Mas, do contrário, não.

O bem comum não consiste, conforme PÊCEGO,

“nem em fazer do Estado o seu único sujeito, concebendo-o como uma pessoa em si, que supera a todos os cidadãos, e nem tampouco em um conceito individualista que considera a comunidade do bem a simples divisão material e aritmética entre os membros da sociedade política. Mesmo que se visasse o bem da comunidade como um todo, se as distribuições de ônus e encargos se dessem de forma não equilibrada, estar-se-ia frente a uma lei injusta”<sup>190</sup>.

Interessante, nesse sentido, passagem em que o aquinate questiona o valor da virgindade. Se esse estado é ou não superior ao matrimônio (II-II, q. 152, a.4). Um dos argumentos apresentados contra essa superioridade é, justamente, a superioridade do bem comum ao particular. “*O casamento se ordena ao bem comum, (...) mas a virgindade visa a um bem particular (...). Logo, a virgindade não é melhor que a continência conjugal*”<sup>191</sup>.

Na resposta a esse argumento, Santo Tomás afirma: “*O bem comum é preferível ao particular se forem do mesmo gênero. Pode, porém, o bem privado ser preferível, no seu*

<sup>189</sup> BARRERA, Jorge Martínez. **A política em Aristóteles e Santo Tomás**, *op. cit.*, p. 133.

<sup>190</sup> PÊCEGO, Daniel Nunes. Anotações sobre os requisitos fundamentais da lei segundo Santo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 9, 2009, p. 137

<sup>191</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 7, *op. cit.*, p. 292.

*gênero*”<sup>192</sup>. Ou seja, o bem particular que é ordenado à causa final do ser humano é preferível ao bem comum, na medida em que, afinal, este existe em função daquele.

Como ensina PÊCEGO, em Tomás de Aquino, o indivíduo se ordena para a comunidade política, como o imperfeito para o perfeito, mas “*isso não significa que a pessoa (substância espiritual) seja ontologicamente inferior à sociedade (ente real, porém accidental), mas sim que a perfeição pessoal é qualitativamente inferior à perfeição comum*”<sup>193</sup>.

Prossegue ainda o mesmo autor, citando Sergio Castaño:

“O indivíduo humano é *ens simpliciter*, mas sua peculiar dignidade inicial é *bonum secundum quid*; enquanto que a sociedade é *ens secundum quid*, mas atualiza um *bonum simpliciter* – do qual participa o indivíduo. Tampouco significa que “o homem se ordene à comunidade política com todo o seu ser e com tudo o que é seu”, já que o homem, além de cidadão, é membro de uma família e, antes de tudo, filho de Deus. Somente significa que no plano terreno – e sem que isso comporte diminuição nem para os preciosos e legítimos foros dos grupos intrapolíticos, em particular às famílias, nem para a dignidade da pessoa humana – o bem comum político é o mais valioso dos bens humanos; e, por isso, o melhor bem (terreno) de cada indivíduo”<sup>194</sup>.

Essa diferença de perspectiva na análise da pessoa, enquanto individualmente considerada ou enquanto parte da sociedade, é que permite a Santo Tomás, considerar o indivíduo apenas parte de um todo e, nessa condição, tendo que se submeter a um mal, mas sempre sem que se perca de vista a sua dignidade de ser pessoal, como já visto acima.

É por isso que se considera lícita a aplicação da pena de morte, quando o mal causado pela pessoa aos demais com quem convive precise ser evitado. Mas sempre levando-se em

<sup>192</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 7, *op. cit.*, p. 294.

<sup>193</sup> PÊCEGO, Daniel Nunes. As relações entre sociedade e pessoa segundo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 19, 2012, p. 28

<sup>194</sup> PÊCEGO, Daniel Nunes. As relações entre sociedade e pessoa segundo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 19, 2012, p. 28-29.

conta o bem comum e o individual. O fato de ser pessoa envolve, necessariamente, uma perspectiva social e relacional. O bem individual, causa final da sociedade, não pode ser atingido senão em comunidade. Daí a impossibilidade de redução da análise à simples prevalência de um sobre o outro.

Veja-se o trecho a seguir transcrito, em que Santo Tomás trata da licitude da vingança:

“A vingança se consuma quando se inflige ao pecador um mal da pena. Por conseguinte, na vingança deve-se levar em conta o ânimo daquele que a exerce. Porque se a intenção dele recai principalmente sobre o mal daquele de quem se está vingando, e nisto se compraz, então isto é absolutamente ilícito, porque o fato de se comprazer com o mal de outrem é da ordem do ódio, que repugna à caridade, pela qual devemos amar todos os homens (...). Mas se a intenção de quem se vinga visa principalmente um bem que o castigo do pecador poderá produzir, como por exemplo, sua correção, ou pelo menos sua repressão, a tranquilidade dos outros, a preservação da justiça e a honra de Deus, neste caso a vingança pode ser lícita, observadas as outras circunstâncias devidas”<sup>195</sup>.

Fica claro, aqui, que a vingança – e a pena não deixa de ser uma vingança – só é lícita se aplicada com intenção de respeito à dignidade pessoal do criminoso. Anote-se que o criminoso continua sendo chamado de ser humano (homem) merecedor do amor devido pela caridade.

Entendesse Santo Tomás que o criminoso perde a sua dignidade pessoal, automaticamente não lhe seria devido o amor de caridade devido a todos os homens.

Daí que a afirmação tomista no sentido de que o pecador “*decai, assim, da dignidade humana, que consiste em ser naturalmente livre e existir para si mesmo*”, deve ser entendida dentro desse contexto maior.

---

<sup>195</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 592-593.

Aliás, no artigo seguinte (II-II, q. 64, a.3), Santo Tomás o afirma textual e expressamente: “*Ora, o pecador não é de outra natureza que os justos*”<sup>196</sup>.

E, pouco adiante (a.6), a mesma assertiva: a dignidade humana – ontológica - nunca se perde. Como diz Santo Tomas:

“Pode-se considerar um homem sob duplo aspecto: em si mesmo ou em relação aos outros. Considerando o homem em si mesmo, jamais será permitido mata-lo, porque, **em todo homem, ainda que seja um pecador, devemos amar a natureza**, obra de Deus, que se desfaz pela morte. Mas, como já se explicou, a morte do pecador só se torna lícita, quando se trata de preservar o bem comum, que o pecado destrói. Mas, a vida dos justos promove e conserva o bem comum, pois constituem o que há de melhor na sociedade”<sup>197</sup>.

O termo “dignidade humana” utilizado por Santo Tomás, no trecho acima citado, não tem a conotação de natureza humana, ontológica, já que, logo depois, ele mesmo afirma que o pecador tem a mesma natureza (humana) que os justos. Há uma distinção entre dignidade ontológica e moral. Conforme explica Pêcego:

“Aqui caberia estabelecer a diferenciação entre dignidade ontológica (inerente ao ser) e dignidade moral (reflexo do agir). A perfeição da dignidade pessoal do homem – se considerada a sua condição de ser criado à imagem e semelhança de Deus, dado teológico incontestável para um pensador como o Aquinate – não lhe assegura, porém, sua dignidade moral, a qual se alcança como membro da comunidade política. Ou seja, a perfeição de natureza ontológica do homem não lhe garante sua dignidade moral. Ao contrário, a subordinação ao bem comum na cidade é o modo próprio de se respeitar incondicionalmente a dignidade de todos e de cada um dos membros da sociedade e, logo, de favorecer a qualificação moral do sujeito agente”<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 135.

<sup>197</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6, *op. cit.*, p. 141.

<sup>198</sup> PÊCEGO, Daniel Nunes. As relações entre sociedade e pessoa segundo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 19, 2012, p. 28.

O direito é a justa proporção na divisão dos bens na sociedade. Essa justa divisão dos bens (e das penas) obedece às leis naturais, e podem ser observadas na realidade. A aplicação de uma pena – seja de morte ou seja privativa de liberdade – não significa descurar da dignidade da natureza pessoal do homem. Ao contrário, pode significar respeitá-la dentro do contexto da ordem natural.

## Capítulo 2. A pessoa como limite à atuação do Estado e do direito de punir

### 2.1 Observações iniciais. Primeiras rupturas – o nominalismo e a crítica à metafísica

Após verificar o conceito de pessoa adotado por Santo Tomás de Aquino, proceder-se-á à análise, ainda que perfunctória, da evolução do conceito de cidadania, a partir da noção moderna de direito, que, afinal, abriu mão totalmente da fundamentação metafísica da moral e do direito.

Além da impossibilidade da fundamentação metafísica da ordem moral, a própria noção de direito e de cidadania moderna aparecem como sinais de ruptura entre os sistemas clássico e contemporâneo. Daí que valem considerações específicas acerca deste ponto. Posteriormente, será feita uma abordagem sobre o direito penal do inimigo, para mostrar que se tratar do desenvolvimento lógico e consequente dessa mesma renúncia.

Como foi visto acima, Santo Tomás fundamenta, não só a sua noção de pessoa e a de direito, mas todo o seu sistema, numa metafísica bem desenvolvida. BARRERA anota que

“Um dos aspectos que mais chamam a atenção quando se lê Santo Tomás em seu trabalho de comentador de Aristóteles é sua permanente preocupação de tentar descobrir as raízes metafísicas de qualquer tema estudado. Muitas vezes encontramos em seus comentários ao Estagirita alguma observação ou alguma referência que nos permite retroceder de forma direta a um fundamento metafísico, como se ele tivesse a convicção de que nada pode ser solidamente adquirido em filosofia se não houver algo a que se agarrar no plano metafísico”<sup>199</sup>.

A metafísica tomista não é abstrata. É real e concreta; um estudo de todas as formas possíveis do ser, desde o contingente ao necessário; do uno ao múltiplo; do universal ao particular etc.

<sup>199</sup> BARRERA, Jorge Martínez. *A política em Aristóteles e Santo Tomás*, *op. cit.*, p. 106.

Era pela observação dessa realidade e da natureza que se descobria o direito. O Direito, como o seu (a parte devida) de cada um, era visto como uma relação entre as pessoas que se relacionavam no interior da sociedade. É bem verdade que dessa observação nunca se extrai, por dedução, um corpo de leis todo e acabado, nem o direito pode ser apreendido de forma direta, com conhecimento científico. Mas descoberto por meio de experiências, da dialética, do diálogo, que atualiza e determina o seu de cada um.

O exercício da dialética, assim, pressupõe a existência prévia do *jus*, sobre o qual os participantes do diálogo se interrogam. Daí, nas palavras de VILLEY

“a modéstia das pretensões da filosofia clássica contrasta com o orgulho do racionalismo moderno. Os jusnaturalistas se gabam de possuir o direito natural sob a forma de máximas escritas; mas o escrito é o resultado positivo do trabalho dos homens; o direito natural não é resultado. É causa inicial a partir da qual se discute, da qual os juristas se esforçam para extrair o direito positivo. Situa-se *no começo* da elaboração da ciência do direito”<sup>200</sup>.

O direito, percebe-se, não depende da existência do Estado. Ele existe e a comunidade política o reconhece e o deve proteger. Uma proporção *justa – id quod justum est. Bonum est in re: uma justiça* está integrada na cidade, “*não sem dúvida tal como é de fato em cada momento de sua história, mas tal como tende a tornar-se. Assim como um biólogo sabe distinguir um ser normal ou uma flor perfeitamente desenvolvida de um monstro ou de uma planta enfezada, o jurista tenta distinguir a relação justa da injusta*”<sup>201</sup>.

Nesta obra de reconhecimento e aplicação do direito, as soluções não são deduzidas da liberdade ou da dignidade da “pessoa humana”, de uma ideia de “natureza do homem”. Muito embora o ser do homem (natureza pessoal e, portanto, digna), incluindo aí as suas causas finais, determine as suas leis constitutivas. Leis estas que serão as regras do direito.

<sup>200</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 361.

<sup>201</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 359.

O equilíbrio atingido pela doutrina tomista, com a separação clara entre o profano e o sagrado, entre o direito e as leis, entre o jurídico e a moral, foi rapidamente quebrado, já na própria Idade Média, com a chamada *via moderna*.

A principal questão, ao menos para o nosso tema e que teve consequências diretas e relevantes para o estudo do direito, era a conhecida *questão dos universais*.

Discutiam os teólogos e filósofos sobre a natureza dos conceitos universais (conceitos ou ideias gerais). Se tinham existência própria e autônoma. Ou se não passavam de meros nomes, que conotavam os indivíduos e os reuniam em um conceito único, por mera arbitrariedade humana. “*Freqüentemente disseram os historiadores – e não sem sérias razões – que a filosofia medieval não foi mais do que uma obstinada tentativa de resolver um só problema: o dos universais*”<sup>202</sup>.

Para os realistas (platônicos), a ideia (o universal) era a única a ter existência real. A ideia é eterna. Não se corrompe, não morre. A ideia de rosa não apodrece. Mantém para sempre a sua beleza. Ao contrário das rosas individuais, que nascem, se desenvolvem e morrem. Deixam de existir, são precárias. Os seres individuais são, portanto, meras ilusões. Sombras que apenas deixam antever a única realidade, que é a Ideia. Pedro, Paulo, Sócrates, como pessoas (seres) individuais não passam de um reflexo da ideia universal de Homem.

Percebe-se que posições realistas, nesse sentido, tendem a levar à desconsideração da pessoa individual em face do Estado. É o germe de todos os coletivismos.

Para os nominalistas – cujo mais conhecido expositor é o monge franciscano Guilherme de Ockham -, ao contrário, o único ser que tem existência real é o individual, o particular, o singular. Não existe o Homem, a Rosa; mas somente Pedro, Paulo ou Sócrates e cada uma das

---

<sup>202</sup> GILSON, Etienne. **La unidad de la experiencia filosófica**. 5ª ed. Madrid: Rialp, 2004, 15.

flores que podemos pegar, sentir e tocar. Às Ideias ou aos conceitos não corresponde nenhum ser (objeto) real. Elas têm, somente, a função de designar, imediatamente, uma *coisa* individual, singular. São instrumentos linguísticos utilizados para agrupar (conotar) uma pluralidade de objetos que tenham entre si alguma semelhança.

Os universais, portanto, possuem existência apenas mental e não na realidade fora de nossa mente. São meros *flatus vocis*, como diziam os medievais. São apenas obras do espírito que as palavras exprimem. Assim, “*homem*”, enquanto indicativo do gênero humano, é apenas um nome.

Não tendo existência própria e real, os universais não podem ser objeto de conhecimento. Não se conhece o homem. Mas apenas se podem conhecer os homens individuais ou singulares. Somente o conhecimento do singular é verdadeiro (direto e intuitivo). Aos universais, por isso, como ensina VILLEY, “*não lhes pedimos que sejam verdadeiros (quer dizer, adequados ao real), mas que nos ajudem a raciocinar, que possibilitem operações sobre os fenômenos singulares, que sejam simplesmente ‘operatórios’, como dizem os estudiosos atuais*”<sup>203</sup>. Ou, mesmo, funcionais.

Isto, a longo termo, acaba por negar não só a existência das essências e dos universais, como também o valor de qualquer conhecimento teórico racional, pois “*é extremamente difícil para uma tal doutrina explicar, a partir desses blocos individuais, sem nada em comum, como o pensamento pode formar as noções de gêneros e espécies*”, como diz Etienne Gilson<sup>204</sup>. Não obstante, o sucesso do nominalismo contribuiu enormemente para o desenvolvimento da ciência, no sentido moderno do termo. Com efeito, “*diferentemente da ciência clássica aristotélica que pretendia antes de tudo apreender qualidades universais*”

<sup>203</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 132.

<sup>204</sup> GILSON, Étienne. **A filosofia na idade média**, *op. cit.*, p. 802.

(...) “, *a ciência moderna constitui-se com base na experiência de fatos singulares*”, “era *atomística*”<sup>205</sup>.

Além dessas duas posições extremadas, havia o chamado realismo moderado de Santo Tomás, que admitia a existência tanto dos particulares quanto das ideais universais. Cada um deles com existência a seu modo, o que era possível aferir a partir da utilização da ferramenta do pensamento analógico.

O nominalismo levado às suas últimas consequências, como é fácil de perceber, é incompatível com a chamada “natureza humana”, abstratamente considerada. Pois não existe isto que se designa por natureza humana; existem os homens concretos, cada um com suas características pessoais, dos quais, por óbvio não poderia ser extraído um direito decorrente de sua dignidade existencial.

Além disso, o direito, enquanto relação entre pessoas, fica esvaziado de sentido “real”. Na visão aristotélico-tomista, o direito é uma relação entre pessoas que vivem na cidade, mas que, nem por isso deixa de ter existência apreensível pela razão. Não é um nome ou um instrumento operatório que tem apenas uma função a serviço de algo.

Para o nominalismo, que só aceita a existência do indivíduo singular, as relações não possuem existência real. Essa posição, além de trazer problemas teológicos graves (como vimos, as pessoas divinas são as *relações* reais existentes em razão das processões intelectiva e volitiva em Deus), implicava, necessariamente, uma mudança no conceito de direito.

A justiça não mais existe. Tampouco a cidade. Esta nada mais é do que um conjunto de homens singulares. O mesmo se diga da justa divisão dos bens entre eles. A partir dessas

---

<sup>205</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 133.

premissas, nominalistas passam a entender o direito como um instrumento a serviço do indivíduo.

Como assinala VILLEY, Hobbes “tirou todas as consequências do nominalismo para o direito”<sup>206</sup>, influenciado também pelo teólogo Duns Scot.

Duns Scot, franciscano como Guilherme de Ockham, foi o responsável pela fusão entre o individualismo voluntarista e o nominalismo<sup>207</sup>. Em sua teologia, ao contrário da de Santo Tomás, a ênfase é colocada na vontade divina e não na inteligência. Amor antes da razão.

Como ensina DE BONI

“a lei, tanto a divina como a humana, é uma determinação da vontade, e esta, para Scotus, não se determina por nada, a não ser por si mesma. A retidão formal, intrínseca, provém do intelecto, que como tal reconhece como bom ou mal um objeto e o apresenta à vontade, mas a lei reta só surge, porque a vontade aceita o objeto e institui a lei; tal como poderia optar por outro objeto e então haveria uma outra lei, que também seria reta”<sup>208</sup>.

Já em Duns Scot é vislumbrada uma divisão irreduzível entre natureza e vontade (liberdade). E,

“Não é, pois, a natureza quem, por primeiro, inclina os homens para a sociedade: é a decisão da vontade livre que os leva a celebrar um contrato e a promover uma eleição, a fim de constituírem a sociedade civil. Com isso, a clássica distinção scotista entre natureza e liberdade torna-se novamente presente. Aquilo que foi perdido com o pecado é reconstruído, não mais segundo uma determinação da natureza, mas pelo esforço da razão”<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 139.

<sup>207</sup> Ele, como disse VILLEY, “nada mais era do que um Guilherme de Occam individualista” (VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 132-133).

<sup>208</sup> BONI, Luis Alberto de, Lei e lei natural em Duns Scotus: Hobbes leitor de Scotus? In: **De Abelardo a Lutero: estudos sobre filosofia prática na idade média**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 262.

<sup>209</sup> BONI, Luis Alberto de, Lei e lei natural em Duns Scotus: Hobbes leitor de Scotus?, *op. cit.*, p. 277.

Scotus se apresenta, então, como o primeiro contratualista moderno, de onde HOBBS hauriu muito de sua teoria política.

Em HOBBS, da mesma forma, que em SCOT, o homem não é um ser naturalmente político. Ele é sociável. Ele é essencialmente individual; suas relações não fazem parte de sua natureza (sequer como causa final); e as relações com os outros indivíduos são analisadas de modo instrumental. Assim é que a política “*é uma invenção do homem racional para escapar das misérias do estado de natureza. Através do contrato social, os homens instituem acima deles uma superpotência, encarregada de criar a ordem social. Esta será a origem do direito, que não existia por natureza*”<sup>210</sup>.

O direito não será mais a ordem justa. O direito não está mais na realidade, para ser observado e apreendido. Mas está no sujeito. É um poder de sua vontade individual. O direito, nessa linguagem, passa a ser o conjunto de leis. Leis postas pelo Estado, como manifestação de um poder, seja do Estado seja do indivíduo (lei vista como manifestação da vontade individual ou geral).

Desse esquema de ideias é que nasce a noção de direito subjetivo, até então, desconhecida pelos juristas. O direito subjetivo é o poder da vontade, dirá Windsheid. Ou o interesse (individual) protegido pelo Direito, dirá Jhering. “*O direito subjetivo de agora em diante será mais que permissão concedida pela lei moral, será uma ‘faculdade’ tornada efetiva pela força real do Estado; poder no sentido pleno da palavra*”<sup>211</sup>.

Nem sempre se atenta para o tamanho da revolução que significou essa mudança de sentido. O direito não mais como atento às coisas, mas submetido a algum tipo de poder. E mais, dependente de seu reconhecimento ou atribuição por um Estado. O Direito, com o

<sup>210</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 141.

<sup>211</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 143.

advento do positivismo, necessidade do Estado. Não é por outro motivo, que a história do desenvolvimento da cidadania principia com o nascimento dos chamados Estados Modernos.

BASTIT enxergou de forma muito precisa as consequências dessa mudança, em sua obra sobre o surgimento da lei moderna. Anota ele que

“É, incontestavelmente, o abandono dessa referência a uma *res*, realidade exterior a nós, que marca o desenvolvimento da história que acabamos de percorrer. É a história do abandono da coisa e, por conseguinte, do abandono do ser; a partir daí, e enquanto permanecermos na estrutura instalada pelo desenvolvimento do nominalismo, a lei só poderá ser um produto imanente do engenho do legislador”<sup>212</sup>

E, dessa forma, produto de poder. *“Por isso, o sistema nominalista das leis é apenas o meio de submeter o universo a uma potência bruta, humana ou divina, conforme se coloca ‘em Deus ou no homem’ a indeterminação cabal, que antes, em qualquer hipótese, foi impelida para fora da matéria”*<sup>213</sup>.

A segunda revolução copernicana que a nós interessa considerar, neste trabalho, é a crítica à metafísica.

A metafísica, hoje, é tida por muitos como conhecimento de segunda categoria. Como conhecimento de uma fase da humanidade que já foi superada. E até costuma ser empregada de forma pejorativa<sup>214</sup>.

Após a síntese tomista, e mais especificamente a partir do pensamento cartesiano, o conhecimento metafísico toma um rumo diferente daquilo que se entendia desde os

<sup>212</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**, *op. cit.*, p. 446.

<sup>213</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**, *op. cit.*, p. 454.

<sup>214</sup> Apenas para exemplificar BONAVIDES elogia o trabalho de SARLET, afirmando: *“Poder-se-ia cuidar achar-se o leitor em presença apenas de uma daquelas matérias vistas, de ordinário, como utópicas, abstratas, de feição puramente metafísica, referidas à região plantônica das ideias e desatadas de laços mais consistentes com as esferas reais da existências humana...”* (Prefácio ao livro: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, *op. cit.*).

clássicos. A metafísica continuava sendo o estudo do ser enquanto ser. Mas a partir da divisão cartesiana entre os mundos da matéria e do espírito, a metafísica passa a ser o estudo, simplesmente, do geral e abstrato. Desligando-se da realidade concreta, a metafísica passa ser a coleção sistemática de conceitos a partir de ideias claras e distintas.

Com Descartes, a filosofia se transforme numa *filosofia do sujeito*, englobando aí a suas relações com o mundo exterior. KANT, na tentativa de solução dos problemas suscitados pelo empirismo fenomenista de HUME, realiza a chamada revolução copernicana da filosofia. Na lição de RUSSELL, “*em vez de tentar, como fizera Hume, explicar os conceitos em função da experiência, dedicou-se a explicar a experiência em função dos conceitos*”<sup>215</sup>. Tenta manter um equilíbrio entre o empirismo britânico e os princípios inatos do racionalismo cartesiano.

Integralmente nominalista<sup>216</sup>, leva a afirmação que Santo Tomás já tinha feito, no sentido de que não existe conhecimento humano que não tenha passado pelo sensível, ao ponto de negar a possibilidade da abstração racional metafísica. “*A Metafísica, segundo Kant, nunca poderá se constituir em ciência, porque seu objeto escapa do campo da experiência possível*”<sup>217</sup>.

Se por um lado a experiência é condição necessária do conhecimento, ela não é suficiente. A forma que o conhecimento adquire e os princípios de sua organização não são dados pela experiência, mas a utilizam como sua matéria prima.

KANT inverteu a ordem da teoria do conhecimento. O conhecimento não é mais das coisas em si. Esta, quando conhecida, passa pelos filtros das formas *a priori*, que são as categorias do espaço e do tempo e da razão pura. Graças a estas categorias é que o universo

<sup>215</sup> RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 385.

<sup>216</sup> JOLIVET, Regis. **Tratado de Filosofia, v. 3 – Metafísica**, *op. cit.*, p. 144.

<sup>217</sup> TELLES, Jr, Gofredo da Silva, **A Criação do Direito**, *op. cit.*, p. 90.

forma um sistema e um sistema de sistemas, que não podem provir da experiência. Esta nos dá apenas puros fenômenos singulares e contingentes – reflexo do nominalismo.

A ordem, portanto, que dá coesão ao sistema não passa de uma construção racional, não faz parte da realidade, à qual, aliás, não temos acesso.

As formas *a priori* e as categorias não derivam das coisas (da experiência), mas são condição de toda experiência sensível. Sendo assim, elas são causa de uma ilusão prejudicial, na medida em que podem se conectar a objetos realmente percebidos como também a conceitos das coisas, como se esses conceitos fossem as próprias coisas percebidas. Explica GILSON: “*É, com efeito, uma ilusão, porque, em lugar de se conectarem os objetos reais uns com os outros, o que faz é conectar os conceitos entre si por meio de ideias abstratas, crendo, sem embargo, que se está ainda tratando com as coisas mesmas*”<sup>218</sup>.

É por isso que a metafísica é esse campo de batalhas sem fim. Muito embora as questões sobre o mundo, a alma e Deus sejam uma disposição natural, quase que uma necessidade da razão, a metafísica não passa de uma tautologia. “*É a razão pura, que se exercita e procede só na base dos seus conceitos e dos seus princípios; de tal modo ela não ultrapassa a possibilidade e a coerência do pensamento, a pensabilidade, e por isso não atinge a coisa em si ou o ser*”<sup>219</sup>.

Ora, sendo a metafísica o conhecimento (ou a tentativa dele) de objetos que estão fora da experiência possível, ela nunca poderá constituir um saber científico ou confiável. Ela nunca poderá ser racionalmente justificável. Não passa de uma ilusão transcendental. Nas palavras de THONNARD:

<sup>218</sup> GILSON, Etienne. **La unidad de la experiencia filosófica**, *op. cit.*, p. 200.

<sup>219</sup> MOLINARO, Aniceto. **Metafísica – Curso sistemático**. São Paulo: Paulus, 2002, p. 41.

“A ciência pormenorizada da natureza dos noumenos não será nunca para nós infalivelmente verdadeira na *ordem especulativa*, bem que fique possível em si: a metafísica pelos seus raciocínios conclui em *hipóteses*, nunca em *teses demonstradas*. Falta-lhe um fato de experiência colhido no noumeno, como temos uma experiência sensível que atinge o fenómeno. A pretensão dos filósofos a explicar as substâncias não é, pois, mais que uma *ilusão*; esta ilusão é, por outro lado, natural, por conseguinte inevitável e como necessária para os que omitem precaverem-se pela ‘Crítica’: Kant chama-lhe por isso: ‘ilusão transcendental’. É o que explica ao mesmo tempo a persistência e a falência das metafísicas”<sup>220</sup>.

A verdadeira ciência, portanto, só pode ser a ciência que lida com os fenómenos e não com abstrações típicas da metafísica. A ciência deve lidar com fatos e não com essências e abstrações.

Sobre a metafísica, portanto, a partir de Kant, tende-se definitivamente para o *agnosticismo*: nunca chegaremos a conhecer definitivamente as substâncias. Muito menos os valores.

A partir dessas premissas Kant conclui que é impossível demonstrar que a alma é imortal, que a vontade é livre, nem que Deus existe. A razão especulativa não pode se pronunciar nem positiva nem negativamente sobre tais assuntos.

Se a metafísica não é um conhecimento científico demonstrável, a conclusão lógica é que da natureza não pode ser deduzida a moral. Do ser não pode vir o dever ser. Há outro fundamento para o mundo moral, que não o mundo dos fenómenos. Segundo BAERTSCHI

“Kant possui sua própria concepção de metafísica, mas como disciplina puramente conceitual ela está desconectada de qualquer relação com a antropologia: aquilo que o homem deve fazer não é determinado por aquilo

---

<sup>220</sup> THONNARD, F. J. **Compêndio de história da filosofia**. Paris: Desclée e Cñã Ed., 1953, p. 651.

que ele é, mas, pelo contrário, o que ele é e faz deve se submeter à lei moral”<sup>221</sup>.

Muito embora Kant sustente a indemonstrabilidade da liberdade humana, é sobre ela que erige toda a crítica da razão prática, que “*afirma que o dever postula um livre arbítrio autônomo, capaz de autodeterminação e imune a toda necessidade natural*”<sup>222</sup>. O ato moral (o dever) pressupõe a liberdade. Não podemos prova-la, mas apenas postulá-la.

Sem pretender um maior aprofundamento do tema, podemos afirmar que houve uma distinção relevante entre as razões teórica e a razão prática. Aquela incapaz de atingir o ser em si, incapaz de se livrar dos filtros do próprio conhecimento. Esta responsável pela moralidade e ética da pessoa.

A liberdade é pressuposta, um postulado. E a consciência dessa racionalidade e liberdade é o que confere ao homem a sua autonomia, razão final de sua dignidade. O homem tem dignidade, para Kant, por ser um fim em si mesmo. O homem nunca pode ser utilizado como meio, sempre como fim. É a origem próxima dos direitos humanos modernos.

Sem o fundamento metafísico e considerando o direito uma manifestação de um poder individual, estava aberto o caminho para os positivismos jurídicos, ainda que frutos também do jusracionalismo, de onde se desenvolveu o moderno conceito de cidadania.

---

<sup>221</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias**. São Paulo: Loyola, 2009, P. 26.

<sup>222</sup> GILSON, Etienne. **La unidad de la experiencia filosófica**, *op. cit.*, p. 205.

## 2.2 Evolução do conceito de cidadania

O conceito de cidadania, hoje, está diretamente ligado ao conceito de direitos humanos e ao de Estado Democrático de Direito. Na lição de SMANIO,

“Cidadania, direitos humanos e Estado de Direito não somente possuem o mesmo momento histórico de surgimento, mas são realidades que estão interligadas e se condicionam mutuamente. O Estado de Direito é a forma política em que os poderes atuam autônoma e independentemente e submetidos ao império de uma legalidade que garante os direitos fundamentais dos cidadãos. Os direitos fundamentais, por sua vez, legitimam o Estado de Direito e o conteúdo da cidadania. A cidadania é a base da participação política no Estado de Direito, através do exercício dos direitos fundamentais”.<sup>223</sup>

Essa visão da cidadania com conteúdo complexo, com várias dimensões, no entanto, é o produto de um desenvolvimento histórico determinado, que pretendemos, agora, abordar em seus pontos mais relevantes para o presente estudo, e de forma bastante esquemática.

O termo *cidadania*, no sentido de certa forma por nós utilizado até hoje, surge a partir do desenvolvimento da teoria e do nascimento do Estado Moderno. Segundo SMANIO, foi em Jean Bodin, na obra *Les Six Livres de la Republique*, a partir da fundamentação jurídica do Estado Moderno, como poder absoluto, perpétuo e incondicionado do soberano sobre os súditos, que surge o conceito de cidadania como seu correlato<sup>224</sup>. A cidadania era, nesse sentido, a relação entre súdito e soberano, vista como uma obrigação de obediência geral ao detentor do poder.

Essa concepção de cidadania pôde ser desenvolvida a partir da vinculação que, na época passou a ser feita entre o Direito e o Estado (surgimento da noção de Estado de Direito), numa

<sup>223</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os vinte anos da constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p 333

<sup>224</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio, As dimensões da cidadania. In: **Revista da ESMP**, São Paulo, ano 2, p. 13-23, jan-jul 2009, p. 13.

ruptura com o conceito pré-moderno (aristotélico-tomista) de direito. A cidadania “*se desenvolveu dentro do fenômeno, também, histórico, a que chamamos de Estado-nação*”<sup>225</sup>. Com efeito, sendo o Estado a fonte única do Direito, que, por sua vez, passa a ser entendido como a regulamentação de um poder da vontade, era natural que a cidadania fosse inicialmente entendida como a relação entre essas duas vontades (a do indivíduo e a da nação).

Como, ainda, a noção de direito passou a ser vinculada à noção de Estado, o conceito de cidadania passa a ter uma importância fundamental, na medida em que apenas quem possui a cidadania, enquanto relação jurídica com o Estado-nação, é que podia ser considerado portador ou titular de direitos.

Nesse sentido, a noção de cidadania não estava, ainda, ligada à de personalidade ou capacidade para ter direitos. Mas apenas conferia ao cidadão um certo *status* jurídico que possibilitava o exercício de relações e direitos em relação ao Estado-soberano<sup>226</sup>. Daí que “*o termo nacionalidade e o termo cidadania frequentemente são utilizados como sinônimos*”<sup>227</sup>.

Somente o nacional era considerado como pertencente ao Estado e, por isso, submetido à sua soberania e a seu Direito. Somente o nacional, portanto, era considerado cidadão e merecedor da proteção estatal e jurídica.

Sintomático o nome da declaração de direito da Revolução Francesa – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Fica clara a concepção, influenciada pelas doutrinas jusnaturalistas (individualistas e liberais), de que todo homem é igualmente titular de direitos inatos, em razão de sua natureza, mas que nem todos os homens são cidadãos.

<sup>225</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 12.

<sup>226</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio, *op. cit.*, p. 13.

<sup>227</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 135.

A cidadania era vista, nesta primeira dimensão, como a possibilidade de participação política do súdito nas decisões a serem tomadas pelo Estado. E, ainda, como condição dessa participação política, a imposição de limites à atuação Estatal (as chamadas liberdades públicas).

Por influência das ideologias liberais, em especial a partir das ideias iluministas, surgiu na sociedade uma grande demanda por bens, produtos e serviços, o que, juntamente com o desenvolvimento tecnológico, permitiu a produção de tais bens, a serem oferecidos em resposta aos anseios das pessoas<sup>228</sup>.

O mercado, então, estava já preparado e institucionalizado de forma suficiente para permitir a produção e circulação dos bens produzidos. Ensina BAGNOLI que

“Com a crescente produção em massa e urbanização, fazia-se cada vez mais imprescindível viabilizar facilidades de distribuição, aumentar a estrutura de concessão de créditos, implantar um sistema educacional mais amplo e incumbir o governo de novas atribuições. O incremento da produtividade, ao mesmo tempo que criava novas necessidades à população, também propiciava os meios para a satisfação desses anseios, elevando padrão de vida”<sup>229</sup>.

Podemos lembrar, nesse sentido, de quatro eventos de excepcional importância, todos ocorridos no mesmo ano de 1776. No âmbito político, a independência americana, com o surgimento de uma nação fundada nos princípios da liberdade. Na economia, aparece o livro de Adam Smith (A Riqueza das Nações), por meio do qual são lançados os fundamentos da ciência econômica<sup>230</sup>, criando uma ponte entre o liberalismo político e econômico, ao

---

<sup>228</sup> Sobre a inversão da equação tradicional, que diz ter sido o aumento da produção causado pela Revolução Industrial que permitiu o desenvolvimento do capitalismo, vide CAMPBELL, Colin. **A ética romântica e o espírito do consumismo moderno**. São Paulo: Ed. Rocco, 2001. Vale lembrar a clássica obra de Max Weber, **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, que tem o grande mérito de mostrar que há valores, até religiosos, por trás de todo sistema econômico.

<sup>229</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. São Paulo: Ed. Elsevier, 2009, p. 29.

<sup>230</sup> Vale anotar, aqui, que não há unanimidade com relação ao fato de Adam Smith ser o fundador da ciência econômica. Assim é que, por exemplo, John D. Mueller, em seu livro **Redeeming Economics – Rediscovering**

demonstrar a viabilidade do sistema de mercado ou de autonomia<sup>231</sup>. No campo jurídico, foram extintas as corporações de ofício, estabelecendo-se a liberdade do exercício da atividade econômica. E, no campo tecnológico, a aplicação do princípio da máquina a vapor aos teares, iniciando assim a mecanização da indústria têxtil<sup>232</sup>.

Ao mesmo tempo em que, no entanto, houve um crescimento econômico sem precedentes nos séculos XVIII e XIX, crescimento este possível graças ao poder econômico alinhado ao poder político e às instituições jurídicas que os favoreciam, houve uma grande concentração do poder econômico nas mãos de poucos, que, aproveitando-se da falta de limites que lhe pudessem ser impostos, acabavam por explorar injustamente os trabalhadores, que se viam “*numa situação de infortúnio e de miséria imerecida*”<sup>233</sup>.

Essa concepção trouxe à baila, rapidamente, dois problemas fundamentais.

Em primeiro lugar, esse caminho que visava à implantação da liberdade como fundamento da convivência social suprimiu alguns limites – jurídicos, morais ou mesmo religiosos –, que, no entanto e por vezes, garantiam o exercício dessa mesma liberdade por parte de todos. Nas palavras de NUSDEO, para operacionalizar essa liberdade, foi necessário

“um voto de confiança no discernimento dele, homem, visto como senhor do seu destino e construtor de sua felicidade na terra, sem que o soberano, o Estado, a Igreja ou organizações diversas a que estivesse compulsivamente atado viessem a lhe determinar o caminho a seguir. Daí o culto não apenas à liberdade, mas ao seu corolário lógico, o racionalismo,

---

**the missing element**, apontou, com apoio em Schumpeter, que, se alguém merece o título de fundador da economia, foram os “Doutores Escolásticos” da Idade Média (posição 251). Mueller é enfático ao afirmar que, na verdade, Adam Smith é o responsável pela eliminação de dois pilares da ciência econômica – as teorias do consumo e da distribuição – o que a tornou incompleta e incapaz de descrever o comportamento humano (posição 60).

<sup>231</sup> Baseado na *crença* de que a busca individual do próprio interesse, por cada um dos membros da sociedade, conduziria, com o auxílio da “mão invisível” ao bem comum ou atingimento do interesse geral de todos.

<sup>232</sup> Os quatro pontos foram anotados por NUSDEO, Fabio, *op. cit.*, p. 147-148.

<sup>233</sup> Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum.** Disponível em <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)> Acesso em 19 jun. 12.

ou seja, a capacidade de realizar opções ditadas não pela religião, pela magia, ou pela tradição, mas por critérios decorrentes de uma visão científica de mundo ou pelo menos embasada observação metódica e objetiva dos fatos quer da vida natural quer da vida social”<sup>234</sup>.

Essa “fé irracional na razão”<sup>235</sup> e na liberdade, sem os limites morais e éticos (ou mesmo jurídicos) necessários, levaria – como de fato levou – a situações de claras violações aos direitos inalienáveis das pessoas. É uma tendência natural do poder o de buscar, sempre, a sua expansão e fortalecimento. A concentração de poder, tanto político quanto econômico, portanto, era inevitável; como também era, em contrapartida, o empobrecimento e exploração dos trabalhadores.

O Estado, segundo essa ideologia liberal, deveria servir apenas para garantir a liberdade das pessoas e corrigir eventuais falhas do mercado, que impedissem o exercício da livre iniciativa e livre concorrência. O Estado deveria ser mantido sob controle, sem qualquer tipo de intervenção no domínio econômico, numa clara distinção entre os planos político e econômico, com pretensão de neutralidade.

Na medida em que o Estado era limitado a ser o garantidor das liberdades de cada indivíduo, de forma uniforme e abstrata e, ao mesmo tempo, era a fonte única de legitimidade dos direitos e deveres das pessoas, a cidadania, enquanto possibilidade de participação política de alguns, acabava excluindo a grande maioria da fruição de seus direitos humanos fundamentais.

A partir dessa percepção, para a qual muito contribuiu Karl Marx, por meio de seu trabalho intitulado *A questão judaica*, ficou evidente que a garantia da participação política seria inócua sem a garantia mínima de direitos de subsistência às pessoas. Esses direitos –

---

<sup>234</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-145.

<sup>235</sup> Expressão cunhada por Karl Popper, in “**A sociedade aberta e seus inimigos**”. Itatiaia: Edusp, 1974, v.2, p. 238.

chamados de segunda geração, “*buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas*”<sup>236</sup>. O Estado, portanto, além de garantir liberdades aos indivíduos e a sua participação política, deveria também ter uma atividade positiva, visando a garantir condições de trabalho, saúde, educação etc.

Essa concepção da segunda dimensão da cidadania somente foi possível pela superação de uma ideia individualista e racionalista do homem, imposta pela filosofia da Ilustração.

Outro problema que trouxe sérias consequências foi a vinculação do conceito de cidadania e de titularidade de direitos ao conceito de Estado e de nacionalidade. O Estado tinha jurisdição sobre seus nacionais e as limitações de seu poder visavam beneficiar, primordialmente, a eles. É verdade que, por influência ainda das teorias jusnaturalistas, o Estado reconhecia certos direitos como pertencentes a todos de forma igual. Mas os instrumentos de proteção deles eram atribuídos aos nacionais. E os direitos, na prática, dependiam do reconhecimento e atribuição por parte do Estado.

No século XX, principalmente em razão das duas grandes guerras, a precariedade da situação se tornou patente, por causa dos apátridas (*displaced persons, heimatlos*, pessoas desprovidas de nacionalidade). Os regimes totalitários e os refugiados de guerra mostraram uma face nova ao problema da cidadania e dos direitos humanos. Na lição de LAFER,

“colocaram na ordem do dia um problema fundamental para a Filosofia do Direito: o de examinar em que medida existe a possibilidade da asserção dos direitos humanos independentemente do status civitatis, pois os apátridas ensejaram a verificação de que os direitos do homem enquanto tais são inúteis, mesmo quando juridicamente tutelados, na medida em que

---

<sup>236</sup> LAFER, Celso, *op. cit.*, p. 127.

surtem grandes massas privadas de cidadania e, por isso, destituídas do princípio da legalidade”<sup>237</sup>.

Hannah Arendt, a partir dessa constatação e até por sua experiência pessoal, passa a conceituar a cidadania como o direito a ter direitos, numa definição que muito se aproxima da própria personalidade.

Verifica-se, portanto, que, de fato, a cidadania, hoje, é um conceito com conteúdo jurídico muito mais amplo do que a mera possibilidade de participação política em determinado Estado. A cidadania implica o reconhecimento de que a pessoa é titular de direitos inerentes à sua natureza, sem os quais ficaria impossibilitada de atingir o seu pleno desenvolvimento.

Por isso, diz-se, também, que a cidadania significa a participação em Estado democrático, sendo que “*somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima de exercer a responsabilidade moral*”<sup>238</sup>.

Mais uma vez seguindo a lição de SMANIO, pode-se afirmar que

“A Constituição Federal de 1988 desvinculou a cidadania da nacionalidade, conferindo maior amplitude ao seu significado. Hoje podemos afirmar que ao lado do conceito liberal de cidadania, de vinculação à nacionalidade, como concessão de direitos políticos de votar e ser votado há o conceito amplo, compatível com a nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e solidariedade”<sup>239</sup>.

Percebe-se, nesse desenvolvimento histórico, que o conceito de direito teve influência direta no conceito e no conteúdo da cidadania. Num primeiro momento, de formação do Estado Moderno, em que, em nome da segurança jurídica se firmaram as teorias positivistas, a

<sup>237</sup> LAFER, Celso, *op. cit.*, p. 146.

<sup>238</sup> DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 68.

<sup>239</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio, **A conceituação...**, *op. cit.*, p. 340.

cidadania não passava de um *status* conferido pelo Estado, a quem incumbia, no exercício de sua soberania, atribuir os direitos subjetivos (vistos como poderes individuais da vontade).

Ao positivismo jurídico foi necessário um *antídoto*, como um limitador do poder estatal. Os modernos opuseram-lhe a figura dos “direitos humanos”, tirada da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram<sup>240</sup>.

A cidadania, então, como conceito vinculado à proteção e garantia dos direitos fundamentais, implica o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana, de que derivam os direitos fundamentais do cidadão, decorrem do próprio fato da existência de cada pessoa individualmente considerada. É uma reafirmação de uma fundamentação metafísica do direito.

---

<sup>240</sup> VILLEY, Michel, **O direito e os direitos humanos...**, *op. cit.*, p. 3

## 2.3 A Constituição e valores constitucionais. O neoconstitucionalismo

As constituições atuais – e, particularmente, a brasileira –, mais do que fixar as condições de existência e funcionamento do Estado e declarar as garantias individuais do cidadão, apresentam objetivos a serem perseguidos por aquela sociedade e seus fundamentos éticos e axiológicos. A constituição traz, assim, os valores fundamentais de uma determinada sociedade.

Tais valores são positivados nas constituições por meio de normas principiológicas abertas, que permitem a sua adaptação a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas inerentes ao conceito tradicional de Constituição, e que são mais compatíveis com o pluralismo cultural e político da sociedade contemporânea.

Pode-se afirmar, então, com ALVES, que

“a evolução do Direito Constitucional contemporâneo, pela elasticidade de sua abrangência, atingindo um ângulo de abertura cada vez maior, tem como um de seus aspectos mais decisivos a nova abordagem que passou a ser conferida à temática dos princípios gerais do Direito que ‘saltam dos Códigos, onde eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais’, com a acentuada dimensão direcionada ao estabelecimento de valores fundamentais capazes de proporcionar uma unidade sistêmica ao ordenamento jurídico presidido pela *Lex Fundamental*”<sup>241</sup>.

A Constituição, portanto, se caracteriza como sendo o *estatuto jurídico do político*, o que prontamente nos remete à ponderação de valores políticos. São valores, repita-se, que estão estampados e acolhidos nos princípios constitucionais. Valores consagrados e

---

<sup>241</sup> ALVES, Cleber Francisco, *op. cit.*, p. 73.

positivados, mas que têm origem (ou ao menos influência) numa determinada concepção ética e moral, aceita consensualmente pela sociedade<sup>242</sup>.

Poder-se-ia argumentar que essa perspectiva seria equivocada, uma vez que a ciência jurídica deveria ser moralmente neutra. A noção de que a política e o direito devam cultivar virtudes ou de que a lei deva promover determinados ideais morais ou religiosos entraria em conflito com a liberdade e poderia abrir caminho para a intolerância e coerção, além impedir o multiculturalismo que caracteriza a sociedade complexa pós-moderna.

No entanto, esse paradigma (utópico) de neutralidade tem sido revisto e questionado.

O professor de filosofia política da universidade de Harvard, Michael J. Sandel afirma, com clareza:

“Muitas das questões mais ardentemente contestadas de justiça e direitos não podem ser discutidas sem que sejam consideradas controversas questões morais e religiosas. Ao decidir sobre como definir os direitos e deveres dos cidadãos, nem sempre podemos deixar de lado as concepções divergentes sobre o que seja a vida boa. E, mesmo quando isso é possível, talvez não seja desejável.

Pedir aos cidadãos democráticos que abandonem suas convicções morais e religiosas ao entrar na esfera pública pode parecer uma forma de garantir a tolerância e o respeito mútuo. Na prática, entretanto, pode acontecer justamente o contrário. Decidir sobre importantes questões públicas fingindo uma neutralidade que não pode ser alcançada é uma receita para o retrocesso e o ressentimento. Uma política sem um comprometimento moral substancial resulta em uma vida cívica pobre. É também um convite aberto a moralismos limitados e intolerantes. Os

---

<sup>242</sup> Foge dos limites deste trabalho questionar em que medida a adoção desses valores possa ser relegada ao mero consenso social, como alternativa à sua adoção determinada pelo detentor do poder. Basta, aqui, deixar anotado que, por exemplo, já no século XVII, o Cardeal Jules Mazarin havia registrado como o consenso poderia ser facilmente obtido e manipulado pelo detentor do poder. Vide MAZARIN, Jules Cardeal, **Breviário dos Políticos**, Ed. 34, 2002.

fundamentalistas ocupam rapidamente os espaços que os liberais têm receio de explorar”<sup>243</sup>.

Nesse contexto, desenvolveu-se, em parte da doutrina, concepção de direito que, rejeitando o mero formalismo jurídico, reconhece a força normativa dos princípios e valores constitucionais e promove uma “*reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos*”<sup>244</sup>. Trata-se do chamado neoconstitucionalismo.

Muito embora não se possa afirmar a existência de um neoconstitucionalismo, enquanto escola ou concepção teórica clara ou coesa, ele engloba um movimento de doutrinadores que reconhecem no direito e na ordem jurídica constitucional “*uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica*”<sup>245</sup>.

O neoconstitucionalismo trabalha com um paradigma de Estado de Direito substancial, em cujos ordenamentos, segundo FERRAJOLI

“os poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício” (p. 417). “Todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação dos poderes e direitos fundamentais”<sup>246</sup>.

Nesse paradigma, prossegue o jurista italiano, “*as leis são submetidas não só a normas formais sobre a produção, mas também a normas substanciais sobre o seu significado*”<sup>247</sup>, que incorporam valores positivados pelas constituições.

<sup>243</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 296-297.

<sup>244</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileiro de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, p. 95-133, jan/mar. 2009, p. 95

<sup>245</sup> SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 132.

<sup>246</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro (Org.) e ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, p. 417-418.

<sup>247</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 425.

O neoconstitucionalismo tem recebido críticas, por enfraquecer a segurança jurídica. Nesse sentido, por exemplo, CAGGIANO:

“A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada “neoconstitucionalismo” que opera com valores. Abandonada a idéia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica?

O que se depreende é que o constitucionalismo que pretende ser contemporâneo – ou a teoria do neoconstitucionalismo – *assume uma postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica*, que exsurge na trajetória evolutiva da idéia de Estado de Direito, buscando exatamente lhe assegurar reforço, robustecendo a missão maior de uma Constituição, qual seja estabelecer limites e engradar o Poder”<sup>248</sup>.

Todavia, é fato que os valores foram incorporados às constituições hodiernas, tendo aberto espaço, em razão de seu alto grau de abstração e indeterminação, ao desenvolvimento de técnicas de ponderação de princípios para a justificação racional das decisões jurídicas, e ao fortalecimento do chamado ativismo judicial.

Tais valores, na visão de LUHMANN, não fazem parte do subsistema jurídico, mas com ele interagem, servindo como seu ambiente ou entorno, por meio de acoplamentos estruturais, seja com a moral ou com a política, de forma que o direito mantém a sua autorreferência e autopoiese. Não há fundamentação em uma moral conteudística, nem, muito menos, na estrutura metafísica do ser.

Para Santo Tomás de Aquino, o ser contém, em si, os seus respectivos valores normativos, que dão fundamento à ordem jurídica e moral.

<sup>248</sup> CAGGIANO, Monica Herman S. **Democracia X Constitucionalismo: um navio à deriva?**, Disponível em <[http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com\\_content&view=article&id=365:democracia-x-constitucionalismo-um-navio-a-deriva-&catid=35:artigos&Itemid=55](http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=365:democracia-x-constitucionalismo-um-navio-a-deriva-&catid=35:artigos&Itemid=55)> Acesso em 19 jun. 2012.

## 2.4 A fundamentação metafísica da moral

O desenvolvimento do conceito de cidadania visto até aqui é fruto da ruptura advinda após a destruição da síntese tomista. Renunciada a possibilidade da ordem natural, o direito e a lei passam a ser vistos como fruto da vontade. E a luta pela afirmação histórica dos direitos humanos é como que o antídoto para a reinclusão desse valor, ameaçado pelo positivismo cego, mas sem um chão que lhe dê apoio. No fundo, buscaram-se manter as mesmas consequências, mas sem os mesmos princípios. Ou, ao menos, mascarando-se esses princípios. VILLEY bem afirmou que

“O positivismo só funciona violando seus próprios princípios. Os positivistas gabam-se de ter expulsado a ‘metafísica’, de abster-se de qualquer julgamento de valor: os ‘valores’ seriam irracionais, objetos de uma ‘opção’ livre, de escolha subjetiva, e por definição inacessíveis ao conhecimento científico”. (...)As doutrinas positivistas só aparentemente os ignoram: mascaram seus princípios”<sup>249</sup>.

Depois que se retirou o fundamento metafísico da ordem moral e jurídica, os detentores do poder se sentiram livres para exercer esse poder, o que deu início à reação em busca do reconhecimento da dignidade da pessoa, que já havia sido declarada a partir da teologia e filosofia cristãs. Mas, desta feita, sem o fundamento que lhe dava base.

As soluções propugnadas hoje em dia variam entre teorias do consenso, do procedimento, ou de que os direitos humanos se consubstanciam em conquistas históricas, das quais, portanto, não se pode abrir mão.

Mas não são capazes de afastar a contradição de afirmar a existência de uma dignidade da pessoa inerente à sua própria natureza e em razão de sua própria existência individual, ainda que se negue a possibilidade de conhecimento racional e justificável dessa mesma natureza.

---

<sup>249</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**, *op. cit.*, p. 331-332.

Tenta-se escapar desse impasse, em primeiro lugar, pela afirmação, quase que pueril, de que os direitos humanos devem ser respeitados pela legislação positiva, porque assumidos e reconhecidos pelas constituições dos estados democráticos de direito. Com isso, apenas se foge da solução. Dizer que o Estado não é mais apenas legalista, mas um Estado Constitucional e que a constituição encampou determinados valores, nada diz sobre o fundamento e a necessidade de se respeitarem esses valores numa próxima ordem constitucional originária. E afirmar que o Estado deve obediência à ordem internacional não deixa de colocar o problema de volta como um problema de poder. Ele servirá, até que o detentor do poder não se preocupe mais com esses detalhes: as pessoas.

COMPARATO, por exemplo, tenta escapar ao dilema apelando para uma “*consciência ética coletiva*”:

“É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procurou demonstrar nestas página, vem se expandindo e aprofundando na História”<sup>250</sup>.

Esse movimento histórico de conscientização e ampliação e aprofundamento justifica outro princípio, que é o da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente<sup>251</sup>.

Como já dito, essa solução não é suficiente para resolver o dilema. Ela apenas o evita e, parece, de uma maneira um tanto ingênua.

<sup>250</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

<sup>251</sup> *Id. ibid.*, p. 66.

Isso porque o reconhecimento dessa consciência coletiva é um tanto quanto arbitrário e inseguro. O fundamento dos direitos das pessoas não pode ser a consciência, quanto mais a coletiva. E, de outro lado, como se sabe, nada mais precário do que as aquisições e descobertas no âmbito da filosofia. Como já anotara VILLEY, “*nada mais frágil que os resultados da filosofia. Para subsistir, teriam de ser revividos, meditados, reinterpretados, sustentados por um esforço constante, que lhes advém pouco. Caem no esquecimento*”<sup>252</sup>. Diferentemente do saber científico, o saber filosófico e ético não se acumulam. Não há, necessariamente, progresso. Basta a diferença de uma geração e o poder nas mãos erradas para que toda essa consciência coletiva seja esquecida ou que, como que racionalmente, todos se convençam de que ela estava errada.

A experiência histórica também não pode ser o fundamento dos direitos humanos. Mas o palco de sua descoberta. É na história que a ordem natural, respeitados os limites metafísicos do ser, são apreendidos pela experiência, de acordo com as peculiaridades de cada era.

Proposta semelhante, mas ainda fugindo do fundamento metafísico, apresenta o advogado americano, DERSHOWITZ. Ele que, declaradamente, é um “*pragmatista, utilitarista, empirista, secularista e (Deus que me perdoe!) um relativista moral*”, propõe uma aproximação experimental (“*nurture rather than nature*”), segundo a qual os direitos são descobertos pela experiência humana, mas, particularmente, da experiência da injustiça. Os direitos, segundo DERSHOWITZ, “*são aquelas preferências fundamentais que a experiência e a história – especialmente a das grandes injustiças – ensinaram ser tão fundamentais que os cidadãos deveriam ser convencidos a os defender e a não os fazer sujeitos de alteração ao*

---

<sup>252</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**, *op. cit.*, p. 14-15.

*sabor de alterações de maiorias*”. É a experiência da injustiça que nos mostra o que não deve mais ser repetido e o que deve ser preservado<sup>253</sup>.

A proposta de DERSHOWITZ tem o mérito de voltar ao método clássico (aristotélico-tomista) da experiência como meio (não como fundamento ou fonte) de descoberta do direito. “*The righting process is Always in flux. Its pace will change with the human capacity to inflict wrongs. It is a never ending process that rarely produces a static or a perfect set of eternal rights*”<sup>254</sup>.

Mas não enfrenta a questão do fundamento, da verdade. E, assim, deixa também o risco do poder e da força.

A possibilidade da fundamentação metafísica não pretende trazer soluções mágicas, eternas e imutáveis. Nem mesmo *a priori*. Como já visto anteriormente, o próprio Santo Tomás admitia que o direito pode ser mutável, por força das circunstâncias e das diferenças reais das pessoas eventualmente envolvidas na questão a ser solucionada pelo direito.

Pretende-se, sim e apenas, ressaltar (ou sugerir) que o ser é que nos dá o fundamento de ordem para o nosso agir. É da estrutura existencial pessoal que decorre a necessidade de proteção da dignidade humana. É do ser que decorre a capacidade de operação, e não o inverso.

Mas fundar na *natureza* das coisas, na essência ou na metafísica, soluções de direito é uma grosseira falta de lógica: *naturalistic fallacy*, violação de lei Hume, ser-nos-ia rapidamente oposto. Com efeito, do ser não pode ser inferido ou deduzido o dever ser.

---

<sup>253</sup> DERSHOWITZ, Alan. **Rights from wrongs. A secular theory of the origins of rights**. New York: Basic Books, 2005.

<sup>254</sup> *Id. ibid.*, p. 96.

Essa afirmação – que do ser não se pode deduzir o dever ser – somente é verdadeira se o conceito clássico de natureza é esvaziado. A natureza, o ser, não é sinônimo de fato, de acontecer. Realmente do acontecido, não se deduz o normativo. Mas do ser, sim. Como diz VILLEY, “a debilidade de seu [Hume] argumento está nas premissas: começaram esvaziando a natureza e o ser de seu teor axiológico. No ser e na natureza concretos há mais do que o fato científico”<sup>255</sup>. O ser possui uma estrutura que, portanto, é normativa, no sentido de que o bem corresponde à plenitude de seu ser. Mais uma vez: *Bonus est in re e Ens et bonum convertuntur*.

Conforme realça BAERTSCHI, “não existe ética sem concepção da natureza humana e, mais geralmente, sem conceito de natureza”<sup>256</sup>, e “apoiar-se na natureza humana no âmbito da ética é afirmar que certas propriedades específicas do homem têm um impacto para a moral”<sup>257</sup>.

Ora, se se afirma e se sustenta que a existência pessoal do ser humano tem impacto na moral, determina o que se pode e o que não se pode fazer com a pessoa, não há como escapar da questão da metafísica como fundamento da ordem moral.

Isso quer dizer que, em uma camada mais profunda, o normativo é, ele mesmo, determinado pela metafísica<sup>258</sup>. Mesmo os que negam a metafísica acabam fazendo uma. Muitas vezes, de má qualidade. A proposta ora sugerida, de resgate da metafísica como fundamento da ordem moral, tem a vantagem de não esconder o seu fundamento.

---

<sup>255</sup> VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 351.

<sup>256</sup> BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*, op. cit., p. 25.

<sup>257</sup> BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*, op. cit., p. 51.

<sup>258</sup> BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade. Antropologia e ética das biotecnologias*, op. cit., p. 46.

Reconhece-se que o ser é normativo. Ele contém, em si, o bem buscado pela ação humana. Há fim na natureza, que é aquilo a que tende o ser contingente.

Bem (ou valor) este que não está submetido a qualquer decisão arbitrária de poder.

## 2.5 Incursão sobre o Direito Penal. Observações iniciais. O funcionalismo penal

O direito visa a regulamentar a convivência social, promovendo a ordem e valores considerados fundamentais pela sociedade.

Retirada a fundamentação metafísica da moral e da ordem jurídica, e renunciada à possibilidade de o direito poder ser encontrado na natureza, ele passa a ser mesmo um instrumento de controle social. Em última instância de poder. Não de liberdade.

O poder, enquanto faculdade de mover a realidade<sup>259</sup>, na lição de FERRAZ JR

“é assinalado nos processos de formação do direito, na verdade como um elemento importante, mas que esgota sua função quando o direito surge, passando daí por diante a contrapor-se a ele nos termos de uma dicotomia entre poder e direito, como se, nascido o direito, o poder se mantivesse um fenômeno perigoso, a ser controlado sempre em sentido de poder do Estado juridicamente limitado”<sup>260</sup>.

Ocorre que essa força, que cria o direito, só é considerada poder, na medida em que haja uma consciência que a conhece, quando há uma capacidade de decisão que dispõe dela e a dirige para fins precisos e determinados<sup>261</sup>. Muito embora haja uma tentativa de objetivação e despersonalização das relações de poder na sociedade, não há como negar, nesse sentido, que o poder é um fenômeno humano e exercido por pessoas, e sobre pessoas. Daí a importância da correta e legítima regulamentação do poder pelo Direito.

O Direito – e a ciência jurídica – deve ser capaz de apresentar parâmetros racionais de legitimação do poder, de forma a limitá-lo e regulamentá-lo, de acordo com as finalidades estabelecidas ou reconhecidas pela sociedade, com base em determinados valores, sob pena de a força acabar por se impor como o argumento mais poderoso.

<sup>259</sup> GUARDINI, Romano El poder. In \_\_\_\_\_: **Obras, v. I.** Madrid: Ed. Crisandad, 1981, p. 171

<sup>260</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito:** reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19

<sup>261</sup> GUARDINI, Romano, **El poder**, *op. it.*, p. 170.

A constituição, mais do que um fenômeno puramente normativo, trata de questões políticas, de questões de poder. Ela regulamenta o exercício do poder na sociedade. Poder este que se vê limitado pelos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, erigidos a fundamentos de toda ordem jurídica, já no art. 1º da CF.

Uma das formas de atuação do poder estatal – e das mais drásticas – é justamente o Direito Penal, por meio do qual o Estado exerce o seu direito de punir (*jus puniendi*). Trata-se de exercício legítimo da força, que se justifica para a defesa dos interesses mais relevantes da vida social.

Nesse contexto, à dogmática jurídico-penal cabe “*tradicionalmente uma dimensão de elaboração de conceitos e de integração destes conceitos num sistema, tudo isso orientado à resolução de problemas jurídicos de um modo determinado*”<sup>262</sup>.

A Ciência do Direito Penal passou por um rápido desenvolvimento, especialmente a partir do final do século XIX, com o surgimento das chamadas Escolas Penais. Esse desenvolvimento seguiu, de certa forma, paralelamente a escolas filosóficas, que exerceram profunda influência, como não poderia deixar de ser, nos juristas e, especificamente, nos penalistas.

Assim é que com a filosofia Iluminista, surgiu a Escola Clássica; a aplicação dos princípios e postulados positivistas ao Direito Penal trouxe contribuições e fez surgir a chamada Escola Positiva; os neokantianos, com a contraposição entre as ciências naturais e culturais produziram importantes repercussões na sistemática penal, com o “*desencadeamento de um processo de transformação (Umbildungsprozess) do esquema naturalista do delito*”

---

<sup>262</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

(...) “concebendo-o de acordo com o método teleológico e, com isso, orientando todas suas categorias aos ‘valores’”<sup>263</sup>.

Como reação ao unilateral ponto de vista (teórico-cognoscitivo) do neokantismo<sup>264</sup>, desenvolveu-se o finalismo de Welzel, fortemente influenciado pelo ontologismo na escola fenomenológica de Husserl e Heidegger. O finalismo trouxe uma atitude epistemológica objetiva, contra o subjetivismo e relativismo axiológico da escola neokantiana.

Em termos simplificados, o finalismo entende que a realidade é objetiva e apreensível, devendo ser respeitada pelo Direito Penal. Ao jurista cabe, por exemplo, reconhecer na realidade objetiva o que é a conduta humana, para descrevê-la dentro do sistema jurídico penal e na teoria analítica do crime.

O finalismo, na lição de SANCHEZ,

“mantém a convicção de que a dogmática não deve se ocupar do contingente por razões de espaço ou tempo, e, portanto, não deve ter como essencial o Direito positivo. Mas tampouco deve obedecer a valorações de conteúdo variável em função da diversidade do sujeito ou das condições culturais. A dogmática, ao contrário, deve certamente ser sistemática; mas, além disso, deve ter como objeto básico o que é permanente, supranacional, suprapositivo da matéria jurídica”<sup>265</sup>.

Dentro de um característico movimento pendular, parte da doutrina Penal busca um novo método de abordagem da dogmática jurídico penal, desta feita como reação ao ontologismo finalista, que pretenderia, segundo essa visão crítica, extrair o dever ser do ser.

Pode-se dizer, ainda com SANCHEZ, que, desde os anos sessenta do século XX, “estamos imersos numa fase de transição da dogmática jurídico-penal, caracterizada pelo

---

263 BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Colab.). **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

<sup>264</sup> *Id. ibid.*

<sup>265</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. *op. cit.*, p. 108.

*predomínio de correntes de caráter eclético*<sup>266</sup>, sendo que, dentro desse sincretismo metodológico, podemos vislumbrar uma constante, que é a “*referência teleológica*” e uma “*consequente tendência a uma maior ou menor normatização dos conceitos jurídico-penais*”<sup>267</sup>. BITENCOURT acrescenta, ainda, a orientação do sistema penal a finalidades político-criminais<sup>268</sup>.

Assim, para essa tendência funcionalista, os conceitos desenvolvidos pela dogmática jurídico-penal devem obedecer a categorias normativas, e não às estruturas lógico-objetivas da realidade, visando atender às finalidades e funções do Direito Penal, impostas pela política criminal do sistema. A normatização dos conceitos, propugnada pelos teóricos funcionalistas, teria a vantagem de proporcionar a “*flexibilidade necessária a permitir variações de conteúdo nos conceitos em função de mudanças valorativas ou do equilíbrio de fins*”<sup>269</sup>.

Daí serem reconhecidas como teorias funcionalistas. Na lição de MORAES, o funcionalismo

“trata-se de uma metodologia que, marcada pela preocupação pragmática e tida como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo, pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a”<sup>270</sup>.

A principal característica, bastante generalizada, das teses teleológico-funcionalistas, na dogmática, “*é a tentativa de construção de um sistema aberto, apto a uma permanente*

<sup>266</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**, *op. cit.*, p. 115.

<sup>267</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**, *op. cit.*, p. 116.

<sup>268</sup> **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>269</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**, *op. cit.*, p. 123.

<sup>270</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, **Direito Penal do Inimigo**. A terceira velocidade do Direito Penal. São Paulo: Ed. Juruá, 2008, p. 125.

*remodelação em função das consequências político-criminais e da evolução dos conhecimentos*<sup>271</sup>.

Ou conforme explica o próprio JAKOBS, “*o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade*”<sup>272</sup>.

Ao contrário da dogmática jurídico-penal do período neokantiano, no entanto, que abraçava um *relativismo valorativo*, o funcionalismo tenta minorar os riscos daí advindos, adotando um valor ou finalidade como norte para a construção dos conceitos penais, conceitos estes que passam a estar vinculados uns aos outros, apoiada nas ciências sociais, pelo fato de voltarem-se a uma mesma finalidade, reconhecendo a o fim preventivo como o valor reitor da Administração da justiça penal<sup>273</sup>.

Costumam-se citar como os principais representantes das teorias funcionalistas os alemães Claus Roxin (corrente moderada) e Günther Jakobs (radical ou sistêmica).

Para ROXIN,

“O sistema do direito penal não deve fornecer uma dedução a partir de conceitos normativos abstratos ou um reflexo de regularidades ontológicas. Ele é, muito mais, uma combinação de ideias reitoras, político-criminais, que penetram na matéria jurídica, a estruturam e possibilitam resultados adequados às peculiaridades desta. Com isso me encontro entre as duas frentes de um normativismo adverso ao empírico e de um ontologismo que deseja prescrever ao legislador soluções predeterminadas pelo próprio ser”<sup>274</sup>.

<sup>271</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. *op. cit.*, p. 117.

<sup>272</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 1.

<sup>273</sup> GUARAGNI, Fabio Andre. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254.

<sup>274</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 75.

Ao contrário de Roxin, que “*admite que a sua lógica objetiva seja acrescida de uma razão prática, onde os valores protegidos pelo sistema penal estejam limitados por um substrato material fáctico externo ao próprio sistema (ou seja, o Direito Penal, ao elaborar conceitos jurídico-penais, está sujeito a alguns limites materiais de fora do sistema penal*”<sup>275</sup>, Jakobs procura oferecer uma sistematização do Direito Penal que resulte plenamente explicativa, ou seja, “*os parâmetros necessários para o desenvolvimento estruturam do sistema penal – e, por conseguinte, da dogmática – encontram-se no interior do próprio sistema, não sujeitando-se a limites externos*”<sup>276</sup>. Schünemann, citado por ROXIN, chama a teoria de JAKOBS de “*normativismo livre de dados empíricos*”<sup>277</sup>.

Jakobs, aluno e interlocutor de Welzel, desenvolveu um dos mais consequentes sistemas de dogmática penal das últimas décadas<sup>278</sup>, de aspecto normativista, com base na teoria dos sistemas luhmaniana, atrelando-o à missão de prevenção geral do Direito Penal. Toda a sua dogmática penal e suas teorias do crime e da pena se consubstanciam na tentativa mais radical e acabada, até agora, de construção teórica “*em termos de funcionalidade para a manutenção do sistema social*”<sup>279</sup>.

Antes de analisar, assim, a concepção de direito penal assumida por JAKOBS, e o seu consequente conceito de pessoa dentro de seu sistema, necessário que se analisem alguns dos seus pressupostos teóricos, tirados da teoria dos sistemas elaborada por Niklas Luhmann.

<sup>275</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, p. 122.

<sup>276</sup> *Id. ibid.*

<sup>277</sup> ROXIN, Claus, **Estudos de Direito Penal**. *op. cit.*, p. 55.

<sup>278</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Apresentação ao **Tratado de Direito Penal**, JAKOBS, Gunther. trad. Gersélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009, p. VII

<sup>279</sup> RAMOS, Enrique Peñarada, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoria dos sistemas em las actuales concepciones de la pena y del delito. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (Org.). **Teoria de sistemas y derecho penal**. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Madrid: Ara Editores, 2007, p. 283.

## 2.6 A teoria dos sistemas e o direito em Luhmann

A aplicação ao direito penal das teorias sociológicas de Niklas Luhmann, levaram ao desenvolvimento do chamado Direito Penal do Inimigo, que é “*um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos*”<sup>280</sup>, razão pela qual é necessário o estudo, ainda que perfunctório, da teoria dos sistemas luhmanniana.

A teoria de Luhmann é por demais complexa para uma análise aprofundada, nos limites do presente trabalho<sup>281</sup>. “*A complexidade de sua teoria, na visão do próprio Luhmann, guarda proporção com a complexidade dos sistemas sociais; e assim torna-se necessária a descrição de uma teoria complexa para lidar como uma sociedade complexa*”<sup>282</sup>.

Não só complexa, mas desenvolvida, sua teoria, em linguagem obscura, quase cifrada. “*Sem dúvida Luhmann pertence ao filão dos autores obscuros, mesmo que não se possa negar o fato de ele encontrar-se em boa companhia*”<sup>283</sup>. Por isso, apresentaremos apenas algumas noções fundamentais, que permitam uma melhor compreensão dos desenvolvimentos, dentro do Direito Penal, realizados por JAKOBS, e que o levaram a assumir a possibilidade do direito penal do inimigo.

Ao contrário de HABERMAS, que aparece como um herdeiro e defensor do projeto moderno, que visa preservar o potencial emancipatório da racionalidade e representando a

<sup>280</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, *op. cit.*, p. 190.

<sup>281</sup> Para uma primeira aproximação à teoria de Luhmann, podem ser citadas as seguintes obras: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009; **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983; **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985; **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005; O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. In: **Sequência**, Santa Catarina, n. 28, p. 15-29, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871/14360>> Acesso em: 18 jun. 2012 Acessado em 21-3-2011.

<sup>282</sup> RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. **Ressignificação da dogmática jurídica à luz do paradigma da função social**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008. 128 p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito Político e Econômico, São Paulo, 2008, p. 30.

<sup>283</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, v. 3. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011, p. 302.

visão progressista do pensamento europeu<sup>284</sup>, Luhmann desde sempre refutou A racionalidade por meio de sua crítica às pretensões emancipatórias de uma tradição humanista que se encontra arraigada a dogmas que remontam ao iluminismo.

Conforme salienta VILLAS BOAS FILHO, a teoria sistêmica simplesmente “*colocaria de lado a problemática da racionalidade, renegando todo e qualquer conceito de razão*” e “*seria alheia a toda e qualquer demanda normativa relacionada ao conteúdo emancipatório da razão*”<sup>285</sup>.

Luhmann aplica a seus estudos sociológicos a teoria dos sistemas. As teorias dos sistemas, no dizer de TAVARES, são, no fundo, teorias estruturalistas, pois buscam fundar o método científico na determinação das chamadas *tipologias estruturais*, que desempenham o papel de princípio unificador da atividade especulativa<sup>286</sup>.

Na base da formulação de LUHMANN, não há um interesse normativo, ou seja, sua teoria da sociedade não pretende explicar como ela deveria ser, mas como ela de fato é, quais são seus processos, estruturas e autodescrições.

A complexidade das sociedades contemporâneas exige a utilização de um instrumental teórico, que as concepções clássicas da subjetividade não fornecem. A teoria tradicional da sociedade encontra-se centrada na tradição filosófica europeia clássica, cujos conceitos não são válidos para descrever a sociedade contemporânea, por terem sido forjados em épocas menos complexas. Daí que a sociedade passa a ser vista, não como composta de pessoas (ou indivíduos), mas como um sistema social de comunicação autopoietico. Os indivíduos não são

<sup>284</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Nesse sentido, também: “Habermas pretende salvar o projeto moderno, mostrando que a dominação nele vigente não decorre de um excesso de racionalidade (entenda-se racionalidade cognitivo-instrumental), e sim de um déficit de razão correlato a uma usurpação, pela racionalidade cognitivo-instrumental, de esferas que deveriam ser pautadas por outra forma de racionalidade: a comunicativa” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 51).

<sup>285</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**, *op. cit.*, p. 85.

<sup>286</sup> TAVARES. Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 54.

elementos dessa sociedade, mas, por sua vez e também, são sistemas (psíquicos) que se consubstanciam em ambiente em relação ao sistema social.

A teoria sistêmica tem a pretensão, assim, de ser dotada de uma *universalidade*, no sentido de tudo poder explicar, o que a leva a ter outra característica, a *reflexividade*, na medida em que a teoria dos sistemas há de, por si mesma, explicar a si própria<sup>287</sup>. A generalidade da teoria é um compromisso constante em Luhmann<sup>288</sup>. E, segundo suas próprias palavras, a teoria dos sistemas é uma teoria “*que descreve como algo produz os seus próprios limites em relação ao entorno*”<sup>289</sup>.

Nesse sentido, explica GUERRA FILHO:

“A teoria dos sistemas deve, então, poder tudo explicar (‘universalidade’), inclusive o próprio teorizar (‘reflexividade’), o que faz explicando tudo como sendo sistema (‘auto-referência’) + o que não é sistema: o meio circundante ou ambiente (Umwelt). A ‘diferenciação sistêmica’ entre ‘sistema’ e ‘ambiente’ é o artifício básico empregado pela teoria, diferenciação essa que é trazida ‘para dentro’ do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados por relações, formando uma unidade”<sup>290</sup>.

LUHMANN distingue três tipos fundamentais de sistemas autorreferentes. Os sistemas vivos, os sistemas psíquicos ou pessoais e os sistemas sociais, que se diferenciam entre si em razão de seu tipo próprio de operação autopoietica e o modo como constroem seu próprio espaço de operação. Assim, a vida e as operações vitais são próprias dos sistemas vivos. A

<sup>287</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.181.

<sup>288</sup> IZUZQUIZA, Ignacio, La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas, **Sociedad e sistema. La ambición de la teoría**, trad. Santiago Lopes Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ed. Paidós, 1990, p. 13.

<sup>289</sup> LUHMANN, Niklas, **El Derecho de la sociedad**. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>290</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Teoria da ciência jurídica**, *op. cit.*, p.182.

consciência é a operação própria dos sistemas pessoais ou psíquicos. E a comunicação é a característica própria dos sistemas sociais<sup>291</sup>. Nesse sentido, esclarece LUHMANN:

“No âmbito social, não existe uma multiplicidade de alternativas de modo a escolher, entre elas, a operação que defina o social. A comunicação é o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação”<sup>292</sup>.

Os sistemas, portanto, são identificados a partir de sua operação própria, como eles se produzem e se reproduzem, e, fundamentalmente, em relação à distinção entre o sistema e o entorno. O sistema, por meio de sua operação própria, visa reduzir a sua complexidade, através da interação com o seu ambiente.

A definição da comunicação como a operação própria do sistema social permite apresentá-lo como um sistema operativamente fechado, consistente só de suas próprias operações, reproduzindo as comunicações a partir das comunicações, evitando-se dessa forma a referência a um elemento externo ao próprio sistema, como por exemplo o sujeito ou o indivíduo<sup>293</sup>.

A partir desse referencial teórico, LUHMANN definirá a sociedade como

“o sistema que engloba todas as comunicações, aquele que se reproduz autopoieticamente mediante o entrelaçamento recursivo das comunicações e produz comunicações sempre novas e distintas”<sup>294</sup>.

Fundamental nesse conceito a capacidade de se distinguir o sistema e seu entorno, já que as comunicações “*podem reconhecer comunicações e distingui-las de outros estados de*

<sup>291</sup> IZUZQUIZA, Ignacio, *op. cit.*, p. 24.

<sup>292</sup> LUHMANN, Niklas, **Introdução à teoria...**, *op. cit.*, p. 90.

<sup>293</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>294</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 59

*coisas que pertencem ao entorno, no sentido de que é possível comunicar-se sobre eles, mas não com eles*<sup>295</sup>.

Não obstante a clausura operativa dos sistemas, eles mantêm abertura cognitiva, ou seja, capacidade de selecionar, receber e processar informações do exterior. O ambiente ou entorno, portanto, possuem uma função relevante, uma vez que nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo, precisando manter e regular as suas relações com o meio. É a própria diferença entre sistema e ambiente, assim, que torna possível o sistema<sup>296</sup>. *“Um sistema é a diferença entre sistema e entorno, é o limite que separa a face interior (sistema) de outra exterior (entorno)”*<sup>297</sup>.

O sistema é sempre menos complexo que seu entorno, mas deve ser capaz de referir-se a este reduzindo a sua complexidade. A função do sistema é a redução da complexidade, complexidade esta que é condição da possibilidade de sua existência.

Dentro do contexto das relações entre o sistema e o seu entorno, aparece como fundamento o conceito de acoplamentos estruturais. Com efeito,

“quanto maior seja a ênfase que a teoria dos sistemas dê à clausura operativa dos sistemas autopoiéticos, com maior urgência se coloca o problema do modo com que, em tais circunstâncias, tomam forma as relações entre entorno e sistema”<sup>298</sup>.

Fala-se em acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu entorno, confiando estruturalmente nisso, de modo que o acoplamento estrutural é uma forma constituída de dois lados e implica uma distinção: *“o que inclui (o que*

<sup>295</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 59.

<sup>296</sup> LUHMANN, Niklas, **Introdução à teoria...**, *op. cit.*, p. 128.

<sup>297</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 224.

<sup>298</sup> LUHMANN, Niklas, **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 507.

*se acopla) é tão importante como o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e facilitam com isso a influência do entorno sobre o sistema”<sup>299</sup>.*

É por meio dos acoplamentos estruturais que o sistema consegue receber as informações do entorno, para processá-las por meio de suas próprias operações, reduzindo assim a sua complexidade. Esse conceito – acoplamento estrutural – “*nos explica que, apesar da clausura operacional, nada no mundo ocorre aleatoriamente. Os acoplamentos estruturais asseguram a acumulação de determinadas irritações e a exclusão de outras*”<sup>300</sup>.

A sociedade, como sistema global de comunicações, por força de sua complexidade, é funcionalmente diferenciada, isto é, composta de subsistemas sociais, que se diferenciam por sua função dentro do sistema. Para LUHMANN,

“a sociedade moderna caracteriza-se por ser funcionalmente diferenciada, o que pressupõe admitir a autonomização dos subsistemas que a compõem com a decorrente perda de prioridade de um desses subsistemas sobre os demais, pois uma tal prioridade simplesmente implicaria a dissolução dessa forma de diferenciação social”<sup>301</sup>.

Explica LUHMANN:

“A diferenciação funcional organiza os processos de comunicação em torno de funções especiais, que devem ser abordados no nível da sociedade. Posto que todas as funções necessárias têm que ser realizadas e são interdependentes, a sociedade não pode conceder primazia absoluta a nenhuma delas. Tem que usar um segundo nível de formação dos subsistemas para instituir uma primazia de funções específicas limitada a um conjunto especial de relações sistema/entorno. Exemplos disso são a função política de produzir decisões coletivamente vinculantes, a função econômica de assegurar a satisfação de necessidades futuras dentro de horizontes temporais ampliados e a função religiosa de interpretar o

<sup>299</sup> LUHMANN, Niklas, **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 508-509.

<sup>300</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>301</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, **O direito na teoria...**, *op. cit.*, p. 101.

incompreensível'. Nestes casos e em outros, a diferenciação começa já com uma diferenciação de papéis<sup>302</sup>.

A sociedade, como sistema global de comunicação, é dividida em subsistemas, que interagem entre si, cada uma com sua função, com seu papel, mas sem que um prevaleça sobre o outro. Assim é que há o sistema econômico, religioso, político, jurídico etc. Cada um deles tem seu próprio código de comunicação e possui uma função específica dentro do todo social. Mais do que o código de comunicação, cada um tem a sua racionalidade.

LUHMANN atribui grande importância à função, a ponto de se poder afirmar, na lição de LOSANO, que *“são as funções que geram as estruturas, porque estas últimas devem ser capazes de adaptar-se às mudanças de função”*<sup>303</sup>. E a própria racionalidade advém da capacidade de desempenhar uma função específica na solução de problemas sociais. *“A racionalidade de um sistema não pode estender-se mais a outros subsistemas ou a toda sociedade”*<sup>304</sup>. Não é uma racionalidade abstrata e normativa que dá o fundamento normativo de uma sociedade.

A partir de seu conceito de sistema, que exige a distinção entre o sistema e o entorno, LUHMANN, descreverá a sociedade, visando a evitar o que ele designa e identifica como um dos principais obstáculos epistemológicos da sociologia, que é o que *“se refere à hipótese de que a sociedade consiste de seres humanos ou de relações entre eles”*, o que ele chama de *“preconceito humanista”*<sup>305</sup>.

Procede-se a uma separação completa entre sociedade e indivíduo. *“Dito com toda a dureza: fica excluído que o indivíduo possa ‘formar parte’ da sociedade. Não há*

<sup>302</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 79.

<sup>303</sup> LOSANO, Mario G., **Sistema e estrutura...**, *op. cit.*, p. 335.

<sup>304</sup> LOSANO, Mario G., **Sistema e estrutura...**, *op. cit.*, p. 377.

<sup>305</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 52.

*comunicação entre indivíduo e sociedade, já que a comunicação é sempre só uma operação interna do sistema da sociedade*<sup>306</sup>.

Com isso, LUHMANN não pretende negar a existência de relações causais e acoplamentos estruturais entre a sociedade e o indivíduo, ou seja, entre o sistema social e o sistema psíquico. É evidente, explica, “*que a comunicação só pode verificar-se de um modo habitual e autorreprodutivo se a consciência coopera*”<sup>307</sup>. Mais do que isso, no caso do acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais, os sistemas sociais estão acoplados à consciência, e nada mais<sup>308</sup>, o que se dá através da linguagem.

O Direito, nesse contexto da teoria dos sistemas de LUHMANN, aparece como um subsistema dentro do sistema social. Ele é, portanto, também, um sistema cuja operação própria é a comunicação, mas que tem uma função própria e específica dentro da sociedade e interage, por outro lado, com os demais subsistemas sociais, sendo que um funciona como ambiente em relação aos demais. A sua função é a **estabilização de expectativas normativas**. Nas palavras do próprio LUHMANN

“o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através

<sup>306</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 62.

<sup>307</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 227.

<sup>308</sup> LUHMANN, Niklas, **Introdução à teoria...**, *op. cit.*, p. 274.

de papéis especiais. Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos de abstração<sup>309</sup>.

Em outra obra, LUHMANN reafirma a estabilização das expectativas normativas como sendo a função específica do direito:

“Concretamente, trata-se da função de estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social. O direito permite saber que expectativas têm o respaldo social (e quais não). Existindo essa segurança que as expectativas conferem, podem-se enfrentar as desilusões da vida cotidiana; ou pelo menos se pode estar seguro de não se ver desacreditado com relação a suas expectativas. Permite-se um maior grau de confiança (até a imprudência) ou de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa em que já não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança. Sem embargo, o direito tem também propensão às crises de confiança que se transmitem simbolicamente. Quando já não se respeita o direito ou quando, até onde é possível, já não se impõe, as consequências ultrapassam em muito o que, de imediato, se apresenta como violação à lei. Então o sistema tem que recorrer a formas mais naturais para restaurar, novamente, a confiança<sup>310</sup>.

O Direito é um subsistema autônomo, na medida em que se diferencia funcionalmente dos demais e é capaz de deles se isolar, realizando as suas próprias operações, que são produzidas e reproduzidas a partir de dentro. Tais operações internas de cada subsistema são definidas por códigos binários de comunicação, que são próprios de cada um deles, sendo que o direito trabalha com o código lícito/ilícito. Explica NEVES que “*a diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença ‘lícito/ilícito por um sistema funcional para isso especializado*”<sup>311</sup>.

<sup>309</sup> LUHMANN, Niklas, **Sociologia do direito**, v. 1, *op. cit.*, p. 109-110.

<sup>310</sup> LUHMANN, Niklas, **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 188-189.

<sup>311</sup> NEVES, Marcelo, **Entre Têmis...**, *op. cit.*, p. 80.

Para LUHMANN, portanto, conforme explica MORAES

“o Direito aspira a somente assegurar as expectativas. Em um mundo, que em princípio é incontrolável, têm-se ao menos duas certezas: as expectativas em relação ao direito e as posturas que podem contar com consenso social. De uma parte, assevera Luhmann, assegura-se algo que se pode esperar, indicando com seus elementos que não se deve aceitar um comportamento que provoca desilusão, mantendo, entretanto, a própria expectativa também contra o fato: de modo contrafactual. De outra parte, a norma autoriza a reagir com o interesse de se adequar uma realidade ao Direito – seja para prevenir um desvio, seja para reparar os efeitos de um dano”<sup>312</sup>.

O Direito processa, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de se manter a si mesmas em situações de conflito. O Direito não pode, evidentemente, garantir que estas expectativas não sejam violadas, mas pode garantir que possam se manter, como expectativas, inclusive quando violadas. Por isso que LUHMANN afirma que “*a normatividade não é outra coisa senão a estabilidade contrafáctica*”<sup>313</sup>. Em outras palavras, o direito conta com mecanismos que permitem fazer mais provável o cumprimento da expectativa, como, por exemplo, a sanção ao comportamento lesivo.

O Direito, ainda, interage (cognitiva e não operacionalmente) com os demais subsistemas sociais, que se caracterizam o seu entorno, por meio de acoplamentos estruturais. Assim é que, por exemplo, a Constituição funciona como acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, muito embora as operações recursivas internas de cada sistema se mantêm separadas (o significado político de uma lei é diverso de sua validade jurídica).

<sup>312</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, *op. cit.*, p. 101.

<sup>313</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (Org.). **Teoria de sistemas y derecho penal**. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Madrid: Ara Editores, 2007, p. 106-107.

## 2.7 A forma pessoa em Luhmann

Como já visto acima, Luhmann acaba exercendo uma opção anti-humanista, no sentido de que desconsidera o ser humano como elemento integrante da sociedade e, portanto, do direito. O direito, como subsistema da sociedade, tem como seu elemento próprio a comunicação, funcionalmente diferenciado dos demais, por meio da estabilização e regulamentação das expectativas normativas. O indivíduo não é parte desse sistema, na medida em que a comunicação não é com a pessoa, mas sobre ela; o subsistema social do direito pode manter relações de entorno com o sistema psíquico, que, no entanto, não é seu elemento nuclear.

Esse conceito de sociedade e de direito, percebe-se, adota uma visão completamente desmaterializada, sem peso ontológico, quase vibratória e puramente relacional<sup>314</sup>.

A teoria luhmanniana exclui totalmente de seu sistema social e jurídico os seres humanos, incluindo, em seu lugar, operações de auto-observação e autodescrição. Como já ressaltado, também, os seres humanos passam a ser vistos como entorno do sistema social. “*Eles não se encontram na sociedade, mas em seu entorno*”<sup>315</sup>, o que não faz com eles deixem de ser indispensáveis, na medida em que o sistema só se define pela sua diferenciação com o ambiente.

LUHMANN se afasta, portanto, da antropologia humanista de tradição europeia que caminhava unida a uma metafísica ontológica, em que a descrição do homem obedecia a um

---

<sup>314</sup> GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer Luhmann: aviso para juristas. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. 2ª ed. Mexico: Universidade Iberoamericana, 2005, p. 19.

<sup>315</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 55.

esquema objetivo<sup>316</sup>. Para LUHMANN dizer que todo indivíduo humano é uma pessoa seria um modismo atual<sup>317</sup> e decorreria de uma mistura conceitual, que, hoje, faria pouco sentido<sup>318</sup>.

Sendo a sociedade um sistema operacionalmente fechado, as comunicações, ante a abertura cognitiva, apenas recebem ruídos (interagem com) dos seres humanos, estes, por sua vez, considerados apenas como sistemas psíquicos de consciência. Para o sistema social, assim, somente pode ter relevância o ser humano que tem possibilidade de proceder a operações de comunicação. E, especificamente, com relação ao direito, aqueles cuja comunicação pode interferir ou interagir na função, especificamente diferenciada, de garantia de expectativas normativas.

Daí que, buscando superar esse “modismo” e esse obstáculo epistemológico humanista, LUHMANN busca o conceito de pessoa, por meio da utilização do conceito de *forma*, mas com um significado bastante específico e reformulado. Com efeito, seguindo George Spencer Brown, LUHMANN entende por forma “*a marcação de um limite, em consequência do qual surgem dois lados, dos que só um pode ser utilizado como ponto de partida para ulteriores operações*”, de modo que “*uma forma, portanto, é sempre uma forma-com-dois-lados*<sup>319</sup>”.

Nesta acepção reformulada, então, forma é demarcação do limite entre o sistema e o entorno. Cada sistema tem uma forma própria, isto é, uma demarcação específica de suas operações características e as dos demais que com ele interagem cognitivamente.

---

<sup>316</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 215.

<sup>317</sup> “*De acordo com o modismo atual, os seres humanos são pessoas (ou, inclusive, personalidades). No mundo antigo, se entendia por pessoa aquele momento que era responsável pela consistência e perseverança do atuar de um homem, e, por isso, dependia da extração social que o garantisse*” (LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 222).

<sup>318</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 231.

<sup>319</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 232.

As pessoas, para LUHMANN, “*são identificações que não se referem a um modo operativo próprio, o que significa que não são sistemas*”<sup>320</sup>. Nem psíquicos nem sociais. Pessoas não são os indivíduos humanos, seja tomados em razão de sua consciência ou comunicação.

Pessoa não é, para LUHMANN, um conceito que se refira a um sujeito ou o um objeto. Mas é uma forma própria com que se podem observar outros objetos.

“Por ‘pessoa’ não se deve entender um objeto especial, nem tampouco uma classe de objetos ou uma propriedade de objetos (aos que, por possui-la, se denominam ‘sujeitos’), mas um tipo específico de distinção que guia o observar como forma com duas faces. Assim, pois, uma pessoa não é simplesmente outro objeto como um ser humano ou um indivíduo, mas outra forma, com a qual se observam objetos como indivíduos humanos”<sup>321</sup>.

Como forma, que demarca o limite de distinção entre dois sistemas, LUHMANN determina “*a forma ‘pessoa’ como a limitação individualmente atribuída das possibilidades de conduta*”<sup>322</sup>.

Nos sistemas sociais, caracterizados pela dupla contingência – situação em que cada um dos participantes da comunicação tem que fazer depender sua conduta perante os outros de que estes atuem, perante ele, satisfatoriamente, – existe uma necessidade premente que se limite o repertório de possibilidades, o que provoca, segundo LUHMANN, a “*criação de pessoas*”. Em razão disso, prossegue, “*as pessoas, por conseguinte, se condensam como efeito secundário de resolver o problema da dupla contingência que define as situações sociais*”<sup>323</sup>.

<sup>320</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 236.

<sup>321</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 237.

<sup>322</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 237.

<sup>323</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 239.

O conceito de pessoa, assim, nada tem que ver com a essência ou com a natureza do indivíduo, mas com a operação própria de um sistema, delimitando-o em relação ao outro. O conceito de pessoa, então, tem, ele também, uma função bastante específica. LUHMANN enfatiza que

“as pessoas servem de acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais. Elas fazem possível que o sistema psíquico experimente em seu próprio eu as limitações com que contarão no tráfego social. O ter consciência de que se é pessoa dá aos sistemas psíquicos, no caso normal, a boa imagem social; e para o caso desviante, a forma de uma irritação, que, todavia, é processável pelo sistema”<sup>324</sup>.

Resumidamente, ser pessoa é uma forma, que delimita sistemas e serve de acoplamento estrutural entre eles. Tem uma função e vale em razão da função desempenhada. Não está atrelada essencialmente ao sujeito nem é uma qualidade intrínseca a ela.

---

<sup>324</sup> LUHMANN, Niklas, **Complejidad...**, *op. cit.*, p. 243.

## 2.8 O direito e o direito penal para Günther Jakobs

JAKOBS, ao construir o seu sistema de direito penal, se vale do instrumental teórico fornecido pelas teorias de LUHMANN, estudando-o a partir de uma perspectiva sistêmica radical. É verdade que JAKOBS não adota, integralmente, a teoria luhmanniana<sup>325</sup>, mas é fora de dúvida que o seu sistema jurídico penal, foi concebido a partir da teoria sistêmica, em especial no que se refere à missão atribuída à pena e ao próprio Direito Penal. O próprio JAKOBS justifica o seu apoio na teoria sistêmica de LUHMANN, porque nela se encontra “*atualmente a exposição mais clara da distinção entre sistemas sociais e psíquicos, com consequências para o sistema jurídico, embora geralmente a muita distância do direito penal*”<sup>326</sup>.

São rejeitadas por ele as estruturas lógico-reais (as coisas como elas são), sendo o sistema penal elaborado de forma desatrelada de verdades ontológicas. Conforme anota GOMES,

“a teoria luhmanniana dos sistemas permitiria, no seu entender, a renormatização de velhas categorias da dogmática, inservíveis por sua vinculação a inexpressivas estruturas lógico-objetivas e conceitos pré-jurídicos”<sup>327</sup>.

Assim também explica CAMARGO:

“Jakobs propõe o abandono do ontologismo welzeniano, depurando o Direito Penal de qualquer elemento descritivo ou referido à realidade, por afirma-los naturalistas, e admite que os conceitos dogmáticos sejam

<sup>325</sup> “...um conhecimento superficial dessa teoria [dos sistemas de Luhmann] permite perceber rapidamente que as presentes considerações não são em absoluto consequentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais”, in JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003, p. 2-3.

<sup>326</sup> GUARAGNI, Fábio André, **As teorias da conduta...**, op. cit, p. 283.

<sup>327</sup> BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Colab.). **Direito penal...**, op. cit., p. 147.

interpretados exclusivamente de acordo com a funcionalidade sistêmica em relação ao sistema que se utiliza a cada momento como Direito Positivo”.<sup>328</sup>

Para JAKOBS, como para LUHMANN, a sociedade é vista como um sistema social de comunicação, e o direito, um subsistema normativo, funcionalmente diferenciado, que visa à estabilização das expectativas normativas.

Sendo assim, a norma jurídica, como elemento do sistema jurídico, não determina, propriamente, condutas, “*senão esclarece se estas pertencem ou não a determinada ordem e, na medida em que são sancionadas, estabilizam essa ordem*”<sup>329</sup>. A norma jurídica, nesse sentido, é um esquema de comunicação, que tem uma função específica e diferenciada dentro do sistema social.

A norma jurídica está diretamente relacionada à própria sociedade, condicionando a sua existência e sua identidade. “*Uma sociedade existe quando está vigente ao menos uma norma. Por ‘norma’ deve entender-se a expectativa de que uma pessoa, em uma situação determinada, comportar-se-á de uma maneira determinada*”<sup>330</sup>.

Segundo JAKOBS, “*a constituição da sociedade (do mesmo modo que a de pessoas ou inclusive de sujeitos) tem lugar por meio de normas*”<sup>331</sup>. São as normas, assim, entendidas como a expectativa de um determinado comportamento, que constituem a identidade social. Claramente se trata de um conceito funcionalista e sistêmico, que trata a norma e a sociedade como sistemas comunicativos. Nesse sentido, afirma JAKOBS:

“A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está

<sup>328</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves, **Sistemas de penas, dogmática jurídico penal e política criminal**. São Paulo: Ed. Cultural Paulista, 2002, p. 155.

<sup>329</sup> TAVARES. Juarez, **Teoria do injusto penal**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>330</sup> JAKOBS, Günther, La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (org). **Teoria de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación**. Madrid: Ara Editores, 2007, p. 227.

<sup>331</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 10.

configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção). Visto que se trata de configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (ainda que, certamente, pode ser que em determinados âmbitos se deduza de modo correto a partir do reflexo da norma, isto é, por exemplo, a partir de bens, a própria norma)<sup>332</sup>.

Parte das normas, que constituem e identificam o sistema social, tem força suficiente para manter sua configuração diante de modelos divergentes, não necessitando, por isso, um mecanismo de estabilização especial. No entanto,

“parte das normas constitutivas da sociedade carece por completo de tal força genuína para auto-estabilizar-se; concretamente todas aquelas normas que conforme a concepção da sociedade não podem se representar como dadas previamente, vale dizer, que não podem se representar como leis naturais, e atualmente tampouco como leis reveladas, mas apenas como normas feitas, ainda que feitas por boas razões”<sup>333</sup>.

A outras, todavia, cuja vigência é indispensável para a manutenção da sociedade. Entende-se, nesses casos, que as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não podem ser abandonadas em caso de decepção.

E, sendo o direito o subsistema social que tem por função a estabilização das expectativas normativas, o direito penal, tem a função específica de garantir a vigências das normas em caso de sua grave violação. Daí a função da pena, para JAKOBS: “*a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma*”<sup>334</sup>. Em outras palavras, a pena tem a função de comunicação contrafáctica, no sentido

<sup>332</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>333</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 12

<sup>334</sup> JAKOBS, Gunther, **Tratado de Direito Penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 27.

de que, mesmo tendo sido, de fato, violada a expectativa normativa em razão da conduta de determinado indivíduo, as pessoas podem manter a confiança de que a norma violada continua em vigor e, portanto, continuará a ser obedecida, podendo gerar a respectiva expectativa no cidadão.

A pena tem, pois, a função de garantir as interações sociais, “*por intermédio da validação da confiança daqueles que confiam na norma*”. “*A pena é aplicada no intuito de exercitar a confiança normativa*” e para “*exercitar a fidelidade jurídica*”<sup>335</sup>. Ensina, nesse sentido, DUEK:

“Assim, a imposição da pena tem somente o poder de demonstrar que o agente, com seu comportamento, não se organizou corretamente, para manter-se nos moldes traçados pelas normas de conduta. Sua missão é reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e de que deve seguir como modelo idôneo de orientação. Assim, cumpre o papel de orientar os cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social”<sup>336</sup>.

Dessa definição do direito e do direito penal, JAKOBS conclui que a missão e a contribuição do direito penal não é a proteção de bens jurídicos, nem tampouco dos valores ético-sociais, mas a própria garantia da vigências das normas. “*A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social*”<sup>337</sup>.

O delito, assim, não é punido por violar, lesar ou por em perigo determinados bens jurídicos, mas por se consubstanciar em uma “disfunção social”. O delito é tomado “*como falha de comunicação, sendo imputada ao autor essa falha como culpa sua*”<sup>338</sup>.

<sup>335</sup> JAKOBS, Gunther, **Tratado...**, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>336</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 142-143.

<sup>337</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 4.

<sup>338</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 4.

O direito, autorreferente e autopoietico, portanto, protege a si mesmo, garantindo o funcionamento de suas próprias normas, por meio do direito penal e da aplicação da pena. “*O bem jurídico penal é a vinculatoriedade prática da norma*”<sup>339</sup>.

O sistema penal, nessa perspectiva, é contemplado, nas palavras de GOMES, “*‘dinamicamente’, como maquinaria em funcionamento, e não em termos axiológicos (marco de valores). Por isso a teoria sistêmica abstrai a validade formal das normas, primando a funcionalidade dos subsistemas sobre sua bondade intrínseca*”<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> JAKOBS, Gunther, **Tratado...**, *op. cit.*, p. 64.

<sup>340</sup> BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Colab.). **Direito penal...**, *op. cit.*, p. 148.

## 2.9 O conceito de pessoa em Günther Jakobs e o Direito Penal do Inimigo

Coerente com a sua teoria sistêmica do direito, JAKOBS afirma que o direito é um sistema de comunicação, sendo que a pessoa somente ganha relevância na medida em que é capaz de comunicação, ou seja, em função de sua relação social.

Isso porque a “pessoa” é um termo jurídico, integra o subsistema social do direito. Nada tem que ver com o substrato metafísico da realidade do indivíduo. Conforme já assinalara LUHMANN, a teoria dos sistemas “*renunciou ao fundamento de uma unidade natural, que fecundou a tradição do pensamento europeu: o conceito de natureza*”<sup>341</sup>.

A pessoa não é uma realidade, mas uma criação normativa do direito, uma forma pela qual se constrói um sistema social. Nem todo indivíduo humano, portanto, precisa ser considerado pessoa. Mas somente quem é capaz dessa comunicação, que é a operação que caracteriza a sociedade. A pessoa nada mais é do que um centro de imputação normativa.

JAKOBS faz afirmações nesse sentido em diversas passagens de suas obras.

“*É pessoa*”, afirma ele, “*quem é capaz juridicamente. Por conseguinte, está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode ‘desfrutar’ de nenhum direito nem suportar nenhum dever*”<sup>342</sup>.

E quem determina quais indivíduos podem ou não ser considerados pessoas é o próprio direito, na medida em que é autopoietico e autorreferente. “*Uma exclusão existe quando o próprio direito não deixa que o indivíduo avance até ser pessoa no direito, ficando limitado aqui o enfoque a indivíduos humanos*”<sup>343</sup>.

<sup>341</sup> LUHMANN, Niklas, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 250.

<sup>342</sup> JAKOBS, Günther, **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Ed.Civitas, 2004, p. 51-52.

<sup>343</sup> JAKOBS, Günther, **Dogmática...**, *op. cit.*, p. 52.

Nessa perspectiva, JAKOBS expressamente refere que o conceito de pessoa se limita ao conceito jurídico e normativo de pessoa. “*No esquema aqui apresentado, o conceito de pessoa se limita ao de pessoa no Direito. A quem não é pessoa, denomina-se ‘indivíduo’*”<sup>344</sup>.

JAKOBS se utiliza do conceito de LUHMANN de pessoa, no sentido de se considerar a pessoa, não o indivíduo humano em razão de sua natureza, mas como uma restrição de possibilidades de comportamento atribuída individualmente<sup>345</sup>.

Ser pessoa, portanto, não decorre da própria existência, mas

“significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”<sup>346</sup>.

Sem sociedade, no sentido de conjunto das comunicações, não há pessoa, na medida em que esta é a forma que define o ambiente entre os sistemas psíquicos e sociais, um enquanto em torno do outro. “*A situação prévia à criação do estado ‘comunitário-legal’ é o estado de natureza, e neste não há personalidade*”<sup>347</sup>.

O valor da pessoa, dentro do sistema jurídico, é definido pelo seu papel, pela sua função. Pessoa é o “*destino de expectativas normativas correspondentes a papéis*”<sup>348</sup>. Se o direito é um sistema de comunicação, são considerados partícipes da sociedade somente “*os indivíduos representados comunicativamente como relevantes*”<sup>349</sup>.

<sup>344</sup> JAKOBS, Günther, **Dogmática...**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>345</sup> JAKOBS, Günther, **Dogmática...**, *op. cit.*, p. 66.

<sup>346</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 30.

<sup>347</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47.

<sup>348</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 136.

<sup>349</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 30.

A pessoa é algo distinto do ser humano; “*este é o resultado de processos naturais, e aquela é um produto social definido como ‘a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência’*”<sup>350</sup>.

O direito penal, como mecanismo de estabilização das expectativas normativas, somente se estabelece para aqueles que podem ser caracterizados como pessoas em Direito, ou seja, para aqueles que fornecem um mínimo de segurança cognitiva de que as normas não serão violadas. Não são as pessoas, portanto, “*que fundamentam a comunicação pessoal a partir de si mesmas, mas é a comunicação pessoal que passa a definir os indivíduos como pessoas*”<sup>351</sup>.

Mesmo a aplicação da pena, no sistema jurídico penal, “*é um modo particular de argumentação e de diálogo, ou uma forma de comunicação (pessoal)*”<sup>352</sup>, que exige, portanto, a possibilidade de comunicação, a forma pessoa, do próprio criminoso que frustrou facticamente as expectativas normativas da sociedade. JAKOBS afirma, nesse sentido:

“A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessária negar seu ato”<sup>353</sup>.

A personalidade, a qualidade de ser pessoa (ou, na linguagem e metodologia da teoria dos sistemas, a forma pessoa), não pode se manter de maneira completamente contrafáctica<sup>354</sup>.

<sup>350</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 136.

<sup>351</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>352</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 150.

<sup>353</sup> JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo...**, *op. cit.*, p. 22.

<sup>354</sup> JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo...**, *op. cit.*, p. 33.

E é o complexo de normas, portanto, que constitui o critério para definir o que se considera uma pessoa<sup>355</sup>.

A conclusão lógica das premissas desse raciocínio é a possibilidade de excluir a qualidade de pessoa de determinados indivíduos, em razão de sua conduta, que não dá garantias suficientes de estabilização das expectativas normativas. Nas palavras de JAKOBS:

“Idêntica à situação a respeito do Direito em si mesmo é a das instituições que cria e, especialmente, da pessoa: se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres -, a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o mero indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo”<sup>356</sup>.

O Direito Penal do Inimigo costuma ser caracterizado, basicamente, por conter três elementos: adiantamento da punibilidade (tipificação de condutas que antes eram consideradas meros atos preparatórios), previsão de penas desproporcionalmente altas e a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais<sup>357</sup>.

Mas o que me parece ser mais relevante (e inclusive é o que permite o tratamento mais severo acima mencionado) é a concepção pela qual se admite que existem determinados comportamentos que permitem ao Estado tratar determinados indivíduos não como cidadãos (pessoas), mas sim como “inimigos”<sup>358</sup>. Essa concepção somente é possível, na medida em que se admite que nem todo indivíduo (ser humano) é (e, portanto, deve ser tratado como),

<sup>355</sup> JAKOBS, Günther, **Sociedade, norma e pessoa...**, *op. cit.*, p. 57.

<sup>356</sup> JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo...**, *op. cit.*, p. 9-10.

<sup>357</sup> Vide, especialmente e por todos, JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio, **Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas**, trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2ª ed., 2007, MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**, trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, São Paulo, RT, 2007.

<sup>358</sup> Nesse sentido: “*Mas o alvo principal das críticas foi o suposto direito do estado de recusar a seres humanos o status de pessoa*”, in GRECO, Luis, Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, Ano VI, n. 7, p. 211-247, dez 2005, p. 223.

necessariamente, uma pessoa. A qualidade de ser pessoa – e junto com ela a dignidade que lhe é inerente – não decorre de seu ser nem de sua existência, mas sim de uma atribuição que lhe é dada pelo ordenamento jurídico ou pelo sistema social.

JAKOBS é expreso nesse sentido e não deixa margem a qualquer tipo de dúvidas:

“Pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas)”<sup>359</sup>.

Não sendo uma pessoa, no sentido jurídico do termo, ao inimigo não seria necessário respeitar ou fazer cumprir todos os direitos e garantias devidos ao cidadão. O Estado, para se proteger de tamanha ameaça, não se submeteria a qualquer limite jurídico-constitucional. Afinal, a Constituição assegura e reconhece como fundamento de seu ordenamento a cidadania e a dignidade da *pessoa* e não de todos os indivíduos.

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, sustenta JAKOBS, “*não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas*”<sup>360</sup>.

Essa privação e negação do conceito de pessoa, de que se utiliza o Direito Penal do Inimigo, segundo ensina MARIN,

“só é possível na medida em que se reconheça que a qualidade de pessoa, isto é, a personalidade, não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim – e assim deve ser aceita e reconhecida – uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social e/ou jurídico”<sup>361</sup>.

<sup>359</sup> *Apud* MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, *op. cit.*, p. 193.

<sup>360</sup> JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo...**, *op. cit.*, p. 42.

<sup>361</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 133.

E, também, é uma consequência lógica dessa possibilidade. Prossegue, nesse sentido, o professor espanhol: “*Se o que define a pessoa é, destarte, o atuar vinculado ao dever ou a uma obrigação, é facilmente compreensível que todo indivíduo que não atue desse modo deva ficar excluído do conceito de pessoa*”<sup>362</sup>.

Na medida em que um indivíduo não oferece garantia cognitiva de um comportamento pessoal, ele “*não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo*”<sup>363</sup>. Ele, não fazendo parte do sistema de comunicação, pode ser excluído, para se afastar o perigo que ele representa para a sociedade. Seria mais plausível, como ensina SANCHEZ, “*que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de pena*”<sup>364</sup>.

Mais precisamente, não é propriamente a sociedade que exclui o indivíduo, considerando-o inimigo, mas é o próprio sujeito que se autoexclui, na medida que, em razão de seu comportamento, ele não apresenta as garantias mínimas para a manutenção da vigência da norma.

O Direito Penal do Inimigo seria, portanto, o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo<sup>365</sup>.

A dogmática jurídico penal adotada por JAKOBS, utilizando-se do referencial teórico de LUHMANN, e que o levou ao desenvolvimento da teoria do Direito Penal do Inimigo recebeu as mais duras críticas e gerou os mais acalorados debates.

<sup>362</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 137.

<sup>363</sup> JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo...**, *op. cit.*, p. 49.

<sup>364</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva, **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

<sup>365</sup> GRECO, Luis, Sobre o chamado direito penal do inimigo..., *op. cit.*, p. 225.

As críticas vão desde o endurecimento e expansão exageradas do direito penal, a volta do direito penal do autor, à impossibilidade de se excluir a personalidade de um indivíduo em razão de sua conduta. Tais críticas, no entanto, têm, em sua maioria, um tom ou apelo emocionais. Não conseguem, nas palavras de MARTÍN, ultrapassar o umbral do emocional ou do retórico. *“Parte-se da premissa, de caráter emocional, de que o Direito Penal do inimigo é algo que, simples e absolutamente, não deve existir, e tudo o que se diz a partir daí contra aquele não passa de tentativa, meramente retórica, de sua desqualificação, como algo totalitário e contrário ao Estado de Direito, e nada mais”*<sup>366</sup>.

Nesse sentido, o termo “direito penal do inimigo” se transformou em instrumento de desqualificação de qualquer norma jurídico-penal que aumente o rigor ou recrudesça o exercício do poder punitivo estatal. Rotula-se o dispositivo legal de manifestação do direito penal do inimigo para, imediatamente, se postular a sua não aplicação, por violação à ordem constitucional.

Não se pretende aqui, também, esgotar o tema, mas apenas e rapidamente apontar os principais pontos em que o Direito Penal do inimigo é visto como contrário ao ordenamento constitucional pátrio.

Em primeiro lugar, vale lembrar que algumas das características apontadas como identificadoras do direito penal do inimigo, não são exclusividades suas. Em especial, por exemplo, a antecipação do momento consumativo dos crimes.

Com efeito, diz-se que o direito penal do inimigo, visando neutralizar o inimigo antes da efetiva realização da conduta, antecipa o momento consumativo do crime, para punir atos meramente preparatórios, o que seria suficiente para caracterizar um direito penal do autor,

---

<sup>366</sup> MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo...**, *op. cit.*, p. 141.

além de, assim, se violar o princípio da proporcionalidade (penas graves previstas tanto para a violação propriamente ao bem jurídico quanto à sua mera colocação em perigo).

No entanto, é preciso lembrar que não é exatamente novidade a punição, como medida excepcional de atos preparatórios. Basta lembrar, a título de exemplo, o crime de quadrilha. Este é tipicamente a punição dos atos preparatórios da prática de quaisquer outros crimes visados pela associação criminosa, mesmo antes de sua prática.

Da mesma forma, o próprio delito de porte ilegal de arma não deixa de ser a punição de atos preparatórios de outro crime contra a integridade, vida ou mesmo o patrimônio.

A bem da verdade, houve significativa mudança, de fato, na quantidade de delitos de perigo abstrato e que configuram antecipação do momento consumativo dos delitos. Mas não que ela resulte necessariamente da aplicação da teoria do direito penal do inimigo.

A realidade social, hoje, passa por intensas modificações e exige uma resposta do direito penal, que deve fazer frente a essas transformações, para a devida aplicação da justiça criminal. A sociedade de risco contemporânea convive com riscos globais que devem ser prevenidos, sob pena, até, de um cataclisma de dimensões antes sequer imaginadas. Daí a necessidade de aplicação, talvez, com mais rigor do poder punitivo do Estado.

Mas isso, por si só, não significa que o criminoso passou a ser tratado como uma não pessoa.

O rigor no tratamento penitenciário para integrantes de organizações criminosas não fere, automaticamente, a dignidade do ser humano. Mas é a única medida capaz de conter as atividades criminosas que continuam a acontecer mesmo de dentro dos presídios.

A justiça – dar a cada um o seu direito – do direito penal significa, justamente, o encontro, através de um processo dialético, da solução mais adequada para o enfrentamento da situação concreta vivida pela sociedade, mas sempre respeitando-se a condição pessoal dos envolvidos. Em especial o fato de se tratar – metafisicamente falando – de um indivíduo pessoal.

O grande problema da teoria do direito penal do inimigo é sustentar que o indivíduo pode perder a condição de pessoa em razão do seu agir, de sua operação (ou falta dela), mas não apresentar uma solução minimamente razoável para a seleção de quais os indivíduos que são ou não considerados pessoas.

E o problema reflexo dessa teoria é possibilitar que qualquer tratamento mais rigoroso seja taxado de direito penal do inimigo, pura e simplesmente por ser rigoroso, num claro sofisma ou tautologia. Criando-se um ambiente emocional desfavorável à aplicação e funcionamento da justiça penal.

A condição de pessoa confere, sim, uma dignidade metafísica ao ser humano, que exige o seu respeito integral. Mas isso não significa que qualquer tipo de punição ou reação estatal seja uma violação.

De qualquer forma, a desconsideração do indivíduo como pessoa, torna a teoria do direito penal do inimigo absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o que não significa, no entanto, que não se possam atingir as mesmas soluções a partir do respeito à condição humana das pessoas envolvidas.

## Conclusão

A noção de pessoa apareceu a partir do debate teológico cristão, cuja grande revolução foi revelar a importância do individual sobre o geral. A pessoa individual é que passou a ter maior importância e merecia maior consideração. Porque a pessoa é que era capaz de liberdade, o que lhe conferia, portanto, toda a sua dignidade.

No início, era o Verbo; Verbo que quer, entende, ama e é livre. Não uma força cega. O fundamento passa a ser a liberdade; não mais o poder.

Essa qualidade existencial, presente também no homem é que o torna, também, pessoa e lhe confere a sua dignidade, segundo a filosofia cristã.

A dignidade humana, portanto, depende da qualidade de seu ser e não de seu agir. Nada que se faça, portanto, é suficiente para alterar a natureza do ser, que confere dignidade à pessoa. Não interessa, outrossim, o papel ou a função que cada ser humano exerce dentro da sociedade. Todos são iguais na dignidade de serem homens.

Foi esse, justamente, o valor fonte reconhecido pela Constituição Federal. A pessoa não é uma mera função dentro da sociedade. Não pode ser vista como mero ambiente ou entorno. É alicerce; é valor fonte. “*A pessoa humana é fundamento é fim da convivência política*”<sup>367</sup>.

Sem esse fundamento metafísico, sem a liberdade, resta a força. Ainda que a força venha de um consenso. O Direito Penal do Inimigo aparece como a consequência lógica da renúncia a esse fundamento metafísico.

A sofisticada teoria luhmanniana tem, não se pode sequer por em dúvida, imensas possibilidades de fornecer subsídios para a compreensão da complexidade das sociedades contemporâneas e pós-modernas. Mas ela não pode ser levada além de sua capacidade. Ela é

---

<sup>367</sup> **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**, Ed. Paulinas, 2ª ed. 2005, p. 218.

uma teoria sociológica, muito embora tenha a pretensão de universalidade. Esse o seu maior defeito. Querer entender tudo como sistemas. É verdade que a sociedade e as pessoas podem ser estudadas, para certas finalidades, como sistemas. Mas isso não exclui o fato de que as pessoas são, de fato, o centro (final) das sociedades. As sociedades não existem senão para garantir a dignidade de cada um dos indivíduos pessoais que a compõem.

Santo Tomás de Aquino nunca admitiu que o pecado pudesse retirar a dignidade da pessoa, enquanto ato pessoal de existir. Nem, tampouco, que o todo da sociedade valesse mais, de forma absoluta, que cada um dos indivíduos pessoais que a compõe. Ele apenas admitia a possibilidade e a legitimidade de se tratar o pecador ou criminoso com rigor (até à morte), utilizando-se de linguagem condizente com a sua cultura. Pode-se, talvez, pensar, que Santo Tomás, apesar do reconhecimento e desenvolvimento do princípio da dignidade do ser humano, em determinados momentos, não conseguiu levar esse princípio até as suas últimas consequências.

O desenvolvimento histórico conseguiu atingir essas consequências derivadas daqueles princípios tirados da filosofia cristã.

Luhmann (e também Jakobs) tenta manter as consequências, mas abrindo mão dos princípios, não se tendo conseguido, até o momento, substituir o fundamento que garantia a inviolabilidade de dignidade da pessoa humana.

Como observou, GILSON

Eu me admiro, às vezes, da quantidade de experimentos similares que são necessários para que os homens adquiram uma experiência filosófica. Um homem adota certa atitude em Filosofia e a sustenta com rigor até que tropeça com incômodas consequências. Ele trata de as evitar o melhor que pode, mas seus próprios discípulos, que começam justamente de onde o mestre havia terminado, têm menos escrúpulos que ele para reconhecer as

conseqüências que seguem necessariamente dos princípios. Todos comprovam então que o único modo de se safar de tais conseqüências é renunciar à posição filosófica de que derivam; assim, a escola morre. Mas não é infreqüente que, um ou dois séculos mais tarde, em alguma Universidade onde a historiografia é considerada como prejudicial para a originalidade filosófica, pretenda algum jovem, feliz em sua inata ignorância, voltar a descobrir uma posição similar. Como vive e escreve em outra época, diz as coisas velhas de um modo novo. Mas as coisas são velhas; sua filosofia é como uma criança que nasce morta e nem ele nem seus discípulos são capazes de lhe dar vida. O mal é que, quando os filósofos falham, seus abatidos defensores nunca censuram a seus mestres, mas apenas à Filosofia<sup>368</sup>.

É preciso, portanto, ter consciência da origem daquilo que se chama o fundamento de nosso estado democrático de direito, para que não se corra o risco de, sem o saber, retirar esse fundamento da pauta, em razão de outros interesses, ainda que legítimos ou ditos racionais; para que não se deixe que o fundamento da dignidade caia no esquecimento.

A concepção luhmanniana e o Direito Penal do Inimigo retomam um conceito funcional de pessoa, que parece incompatível com aquele descoberto e desenvolvido pela filosofia cristã, e que foi acolhido pela nossa ordem constitucional.

Ocorre que esse conceito foi desenvolvido, como visto, a partir de uma determinada fé, cuja principal característica é uma firme crença na eminente dignidade do homem. E, por isso, se questiona GILSON: *“pode uma ordem social que foi gerada pela fé comum no valor de certos princípios conservar a vida quando perdeu a fé nesses princípios?”*<sup>369</sup>.

Ao final deste trabalho podemos apenas apresentar uma conclusão pessoal, que a história das ideias e do desenvolvimento da cidadania parece confirmar. A fundamentação metafísica é essencial para a manutenção do valor da dignidade da pessoa humana independente de sua função. Abrindo-se mão de uma, fatalmente, a outra estará em risco.

<sup>368</sup> GILSON, Etienne, **La unidad de la experiencia filosofica**, RIALP, 5ª ed., 2004, Madrid, p. 61

<sup>369</sup> GILSON, Etienne, **La unidad de la experiencia filosofica**, *op. cit.*, p. 234.

Sem esse fundamento metafísico, sem a liberdade, resta a força. Ainda que a força venha de um consenso. Essa, no fim, a escolha que devemos fazer. Qual o fundamento que queremos dar ao Direito? A liberdade ou o poder? A pessoa ou a força? A democracia ou a ditadura?

## Referências bibliográficas

AGOSTINHO A **Trindade**. São Paulo: Paulus, 1994.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. (Biblioteca de teses (Renovar)).

ANDEREGGEN, Ignácio. **Antropoligía profunda**. El hombre ante Dios según santo Tomás y el pensamiento moderno. Buenos aires: Educa, 2008.

ANSELMO. **Obras Completas, v.1**. 2ª ed. Espanha: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Espanha, 2008.

AQUINO, Tomás de. **Sobre o mal, tomo I**. trad. Carlos Ancêde Nogué. Rio de Janeiro: Ed. Sétimo Selo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Suma contra os Gentios, v.1**. trad. D. Odilão Moura, O.S.B. Porto Alegre: Edpuers, 1990

\_\_\_\_\_. **Suma contra os Gentios, v.2**. trad. D. Odilão Moura, O.S.B. Porto Alegre: Edpuers, 1996

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica, v. 1**. coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2001

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica, v. 2**. coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica, v. 3**. coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2003.

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica, v. 4**. coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2005.

\_\_\_\_\_ **Suma Teológica, v.6.** coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2005

\_\_\_\_\_ **Suma Teológica, v.7.** coordenação de tradução e anotações de Pe. Carlos Josaphat Pinto de Oliveira, Op. São Paulo: Loyola, 2005

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade.** Antropologia e ética das biotecnologias. São Paulo: Loyola, 2009.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico.** Os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. São Paulo: Ed. Elsevier, 2009.

BALMES, Jaime Luciano. **El protestantismo comparado com el catolicismo.** Paris: Libreria de Garnier Hermanos, 1852.

BARRERA, Jorge Martínez. **A política em Aristóteles e Santo Tomás.** Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2007.

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BENTO XVI, Encíclica **Caritas in veritas.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_po.html)>. Acesso em: 14 ago 2009

\_\_\_\_\_, **Aula Magna da Universidade de Regensburg (12-09-2006) – Fé, Razão e Universidade: Recordações e Reflexões.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2006/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20060912\\_university-regensburg\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_po.html)>. Acesso em: 16 jun 2012

\_\_\_\_\_, **Discurso do Santo Padre Bento XVI para o Encontro na Universidade de Roma “La Sapienza”.** Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/speeches/2008/january/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20080117\\_la-sapienza\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080117_la-sapienza_po.html)> Acesso em: 16 jun 2012.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Colab.). **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BONI, Luis Alberto de, Lei e lei natural em Duns Scotus: Hobbes leitor de Scotus? In: **De Abelardo a Lutero: estudos sobre filosofia prática na idade média**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 255-282.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves, **Sistemas de penas, dogmática jurídico penal e política criminal**. São Paulo: Ed. Cultural Paulista, 2002.

CAMPBELL, Colin. **A ética romântica e o espírito do consumismo moderno**. São Paulo: Ed. Rocco, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no brasil: o longo caminho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010

CHESTERTON, G. K. **São Francisco de Assis, a espiritualidade da paz – São Tomás de Aquino, as complexidades da razão**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003.

COPLESTON, Fredereick, SJ. **Historia de La Filosofia, v. 2, de San Agustin e Escoto**. Trad. Juan Carlos García Borrón. Barcelona: Ariel, 2000

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

DERISI, Octavio Nicolas. **Los fundamentos metafísicos del orden moral**. 4ª ed. Buenos Aires: Educa, 1980.

DERSHOWITZ, Alan. **Rights from wrongs. A secular theory of the origins of rights**. New York: Basic Books, 2005.

ETCHEVERY, S.J, Auguste. **O conflito actual dos humanismos**. Trad. M. Pinto dos Santos. 3ª ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1975.

FAITANIN, Paulo. Acepção teológica de ‘pessoa’ em Tomás de Aquino. **Aquinate**, n° 3, 47-58. 2006. Disponível em: <<http://www.aquinate.net/revista/edicao%20atual/Artigos-pdf/Artigos-3-edicao/a-acepcao-teologica%20de-pessoa-em%20tomas%20de%20aquino.pdf>> Acesso em 14 ago 2009.

\_\_\_\_\_ A metodologia de São Tomás de Aquino. <http://www.aquinate.net/revista/edicao%20atual/Estudos/Estudos-4-edicao/Faitanin.pdf>, acessado em 12/10/09.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro (Org.) e ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, p. 417-464.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Diogo dos Santos. **Uma filosofia do direito sob o enfoque da definição de lei na Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino**: considerações sobre a controvérsia entre Villey e Hervada. São Paulo: Faculdade São Bento, 2010. 85 p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade São Bento-SP, Ética e Política, Faculdade São Bento, São Paulo, 2010. Disponível em : <[http://www.saobento.org.br/dissertacao/dissertacao\\_Diogo\\_dos\\_santos\\_ferreira.pdf](http://www.saobento.org.br/dissertacao/dissertacao_Diogo_dos_santos_ferreira.pdf)> Acesso em 19 jun. 12.

FRANCA, Leonel da Silveira, Pe. **A crise do mundo moderno**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1941.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer Luhmann: aviso para juristas. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedade**. 2ª ed. Mexico: Universidade Iberoamericana, 2005.

GILSON, Étienne. **A filosofia na idade média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995

\_\_\_\_\_ **Tomismo, el**: introduccion a la filosofia de santo tomas de aquino. 4. ed. Pamplona: Universidad de Navarra, 2002

\_\_\_\_\_ e BOEHNER, Philotheus, **História da filosofia cristã**: desde as origens até nicolau de cusa. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

\_\_\_\_\_ **La unidad de la experiencia filosófica**. 5ª ed. Madrid: Rialp, 2004.

\_\_\_\_\_ **O espírito da filosofia medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_ **O filósofo e a teologia**. Trad. Tiago José Risi Leme. Santo André: Paulus, 2009.

GRECO, Luis, Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, Ano VI, n. 7, p. 211-247, dez 2005.

GUARAGNI, Fabio Andre. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUARDINI, Romano, **Mundo y Persona**: Ensayos para una teoría cristiana del hombre, trad. Felipe Gonzalez Vicen. Espanha: Ed. Encuentro, 2000.

\_\_\_\_\_, El poder. In \_\_\_\_\_: **Obras, v. I**. Madrid: Ed. Cristandad, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_ e RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**. Sobre razão e religião. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2007.

HERVADA, Javier. **O que é o direito**. A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IZUZQUIZA, Ignacio, La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas, **Sociedad e sistema. La ambicion de la teoria**, trad. Santiago Lopes Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ed. Paidós, 1990

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_ **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_ **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedade**. Madrid: Ed.Civitas, 2004.

\_\_\_\_\_ La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (org). **Teoria de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación**. Madrid: Ara Editores, 2007.

\_\_\_\_\_ **Sociedade, norma e pessoa**. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_ **Tratado de Direito Penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. 4ª ed. Espanha: Ed. Comares, 1993.

JOÃO PAULO II, **Carta Encíclica Fides et Ratio**. Disponível em <<http://www.vatican.va/edocs/POR0064/ PA.HTM>> Acesso em 13 out. 2009.

JOLIVET, Regis. **Tratado de Filosofia, v. 3 – Metafísica**, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1965.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEÃO XIII, Aeterni Patris,. In: \_\_\_\_\_ **Documentos de Leão XIII (1808-1903)**. São Paulo: Ed. Paulus, 2005.

\_\_\_\_\_ **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)> Acesso em 19 jun. 12.

LITTLE, Joyce A., **Toward a thomist methodology**. Canadá: Ed. The Edwin Mellen, 1988.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_ **Sistema e estrutura no direito, v. 3**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidade**. De la unidad a la diferencia. Madrid: Ed. Trota, 1998.

\_\_\_\_\_ **El derecho de la sociedad**. México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_ El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (Org.). **Teoria de sistemas y derecho penal**. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Madrid: Ara Editores, 2007.

\_\_\_\_\_ O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. In: **Sequência**, Santa Catarina, n. 28, p. 15-29, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871/14360>> Acesso em: 18 jun. 2012 Acessado em 21-3-2011.

\_\_\_\_\_ **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_ **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_, **Sociologia do Direito II.** Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985.

MARITAIN, Jacques, **Humanisme integral.** Paris: Ed. Aubier, 1936.

\_\_\_\_\_ **Por um humanismo integral. Textos seletos.** São Paulo: Ed. Paulis, 1999.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARTIN, Luis Gracia, **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATLÁRY, Janne Haaland. **Diritti umani abbandonati? La mincaccia di una dittatura del relativismo.** Italia: Ed. Eupress, 2007, p. 26

MAZARIN, Jules Cardeal. **Breviário dos Políticos.** São Paulo: Ed. 34, 2002.

MELENDO, Tomás, **Metafísica da realidade.** As relações entre filosofia e vida. São Paulo: Ed. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2002.

MOLINARO, Aniceto. **Metafísica – Curso sistemático.** São Paulo: Paulus, 2002.

MONDINI, Battista. **O homem, quem ele é? Elementos de antropologia filosófica.** 12ª ed. São Paulo: Paulus, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, **Direito Penal do Inimigo.** A terceira velocidade do Direito Penal. São Paulo: Ed. Juruá, 2008.

MUELLER, John D., **Redeeming Economics: rediscovering de missing element.** Wilmington, DE. USA: ISI Books. 2010, eISBN: 9781610170079. Disponível em: <http://www.amazon.com/Redeeming-Economics-Culture-Enterprise->

[ebook/dp/B004HW7J9M/ref=sr\\_1\\_1?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1332450717&sr=1-1](http://ebook/dp/B004HW7J9M/ref=sr_1_1?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1332450717&sr=1-1)>.

Acesso em 20 fev 2012

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil; o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PÊCEGO, Daniel Nunes. As relações entre sociedade e pessoa segundo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 19, 2012, p. 20-29. Disponível em: <[http://www.aquinate.net/revista/edicao\\_atual/Artigos/09/Artigo%207%20-%20Pecego.pdf](http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/09/Artigo%207%20-%20Pecego.pdf)>. Acesso em 14 dez 2012.

\_\_\_\_\_ Anotações sobre os requisitos fundamentais da lei segundo Santo Tomás de Aquino. **Aquinate**, n. 9, 2009, p. 127-146. Disponível em: <[http://www.aquinate.net/revista/edicao\\_atual/Artigos/19/D.Art.19.3,pp.20-29.pdf](http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/19/D.Art.19.3,pp.20-29.pdf)>. Acesso em 14 dez 2012.

PIEPER, Josef, **Las Virtudes Fundamentales**. Madrid: Rialp, 9ª Ed., Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_ **Introducción a Tomás de Aquino**. Doce Lecciones. Madrid: Rialp, 2005.

\_\_\_\_\_ **An Anthology**. San Francisco: Ignatius Press, 1989.

PIRATELI, Marcelo Augusto. **Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomas de Aquino**. In: The Free Library, 2008. Disponível em <[http://www.thefreelibrary.com/Breves\\_ponderacoes\\_sobre\\_o\\_conceito\\_de\\_pessoa\\_em\\_Santo\\_Tomas\\_de...-a0197494404](http://www.thefreelibrary.com/Breves_ponderacoes_sobre_o_conceito_de_pessoa_em_Santo_Tomas_de...-a0197494404)> Acesso em: 18 jun. 2012.

RAMOS, Enrique Peñarada, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoria dos sistemas em las actuales concepciones de la pena y del delito. In: DIEZ, Carlos Gomes-Jara Díez (Org.). **Teoria de sistemas y derecho penal**. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Madrid: Ara Editores, 2007.

RATZINGER, Joseph. **Introdução ao cristianismo**. São Paulo: Loyola, 2005.

\_\_\_\_\_ Sobre a noção de pessoa na teologia. In: \_\_\_\_\_ **Dogma e anúncio**, São Paulo: Loyola, 2007.

\_\_\_\_\_ **Truth and tolerance**. Christian belief and world religions. São Francisco: Ed. Ignatius. 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REINHARDT, Elisabeth. **La dignidad del hombre em cuanto imagen de Dios**. Tomás de Aquino ante sus fontes. Espanha: Ed. Eunsa, 2005.

RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. **Ressignificação da dogmática jurídica à luz do paradigma da função social**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008. 128 p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito Político e Econômico, São Paulo, 2008.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006.

RUBIO, Alfonso García. **Unidade na pluralidade**. O ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs. 3ª ed. São Paulo: Ed. Paulus, 2001.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_ **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARANYANA, Josep-Ignasi. **A Filosofia Medieval**. Das origens patrísticas à escola barroca. São Paulo: Ed. Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Revista Brasileiro de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, p. 95-133, jan/mar. 2009.

SETIÉN, D. José Maria (Bispo emérito de S. Sebastian). **Laicidade do Estado e Igreja**. Coimbra: Ed. Gráfica de Coimbra 2, 2008.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os vinte anos da constituição da república federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_ As dimensões da cidadania. In: **Revista da ESMP**, São Paulo, ano 2, p. 13-23, jan-jul 2009.

STEENGERGHEN, F. Van, **O Tomismo**, Portugal: Ed. Gradiva.

TAVARES. Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

TELLES, Jr, Gofredo da Silva, **A Criação do Direito**. 2ª ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

THONNARD, F. J. **Compêndio de história da filosofia**. Paris: Desclée e Cña Ed., 1953.

TORREL, Jean-Pierre, OP. **Iniciação a Santo Tomás de Aquino**. Sua pessoa e sua obra. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_ **Santo Tomás de Aquino**. Mestre Espiritual. 2ª ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2008.

VAZ, Henrique C. de Lima, SJ. **Antropologia Filosófica, v.2.** São Paulo: Ed. Loyola, São Paulo, 1992.

\_\_\_\_\_ **Raízes da modernidade.** São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito.** Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ **O direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_ ; BERLINER, Claudia. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** 4ª ed. Chile: Ed. Juridica de Chile, 1997.

WOLTYLA, Karol. **Amor e responsabilidade.** Portugal: Ed. Rei dos Livros, 1999

WOLINSKI, Joseph, *in* **A história dos dogmas, Tomo 1,** coord. Bernard Sesboüé, SJ, trad. Marcos Bagno, Ed. Loyola, São Paulo, 2002

WOODS Jr., Thomas E., **Como a Igreja Católica construiu a Civilização Ocidental.** São Paulo: Quadrante, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.