

A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt

The impossibility of rationality of personality rights without methodological purism: a critique based on the debate between Kelsen and Schmitt

Dirceu Pereira Siqueira(1); Fernando Rodrigues de Almeida(2)

1 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru.

E-mail: dpsiqueira@uol.com.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá, como bolsista CAPES/PROSUP. Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional no Curso de Direito Das Faculdades Maringá. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Memória (DiMe/Faculdade Maringá).

E-mail: fernandordealmeida@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6144-7752>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-27, Janeiro-Abril, 2020 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Março 11, 2020; Accepted/Aceito: Dezembro 28, 2020;

Publicado/Published: Fevereiro 03, 2021]

[Artigo convidado/Article guest]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.3941>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

Resumo

A partir do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, principalmente no que tange a crítica schmittiana da democracia parlamentar, pretende-se com o presente texto observar a impossibilidade de uma promoção de direitos da personalidade fora da via de um purismo metodológico positivista kelseniano, isso, por afã, a partir de características já discutidas pelo debate europeu do início do século XX, observando elementos que, ao tentar justificar a aplicabilidade dos direitos pela via do direito privado e da decisão judicial, como crítica ao positivismo exegetico, poderá compreender proposta já discutida na obra kelseniana contra Schmitt. O presente trabalho não tem por finalidade esgotar o tema, mas sim incorporar a pesquisa a respeito da aplicabilidade e crítica aos institutos de validade do Direito. A pesquisa utilizar-se-á de método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Positivismo. Constitucionalismo. Decisionismo. Democracia.

Abstract

Based on the debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt, especially with regard to the Schmittian critique of parliamentary democracy, this text intends to observe the impossibility of promoting personality rights outside the path of a Kelsen positivist methodological purism. , eagerly, based on characteristics already discussed by the European debate at the beginning of the 20th century, observing elements that, when trying to justify the applicability of rights by means of private law and judicial decision, as criticism of exegetical positivism, may understand a proposal already discussed in the Kelsenian work against Schmitt. The purpose of this paper is not to exhaust the topic, but to incorporate research on the applicability and criticism to the legal validity institutes. The research will use a hypothetical-deductive method, through bibliographic research.

Keywords: Personality rights. Positivism. Constitutionalism. Decisionism. Democracy.

1 Introdução

A invocação dos direitos da personalidade têm dimensões muito problemáticas quanto a sua efetivação. Considerar personalidade como algo advindo da própria condição humana ou de condição para dignidade se trata de um problema jurídico tradicionalmente ligado a função pressuposta de hipótese de *dever-ser* universal.

Com isso algumas interpretações modernas de direitos da personalidade a categorizam em um sentido de, na tentativa de utiliza-se de meios para garantia institucional, de colocá-la em elementos controversos ao purismo metodológico da democracia liberal.

Há tentativas de aproximar os direitos da personalidade de uma categoria de direito privado, o que, em sentido estrito não é errado, a menos que seja classificada em efeito axiológico subjetivado, assim como o afastamento da categoria de personalidade da sua função normativa.

Todas essas interpretações colocam em risco a função de *dever-ser* do conceito puro de norma, a reaproximando de um decisionismo personalizado.

Em um primeiro momento, a hipótese apresentada é que todas as alternativas de aplicabilidade de direitos da personalidade já estão presentes na teoria clássica kelseniana, não havendo necessidade de buscar formas de efetivação fora de uma institucionalização de democracia parlamentar de metodologia pura.

Para tanto o conceito de norma em Hans Kelsen se faz necessário de análise, em sua estrutura dogmática, bem como a justificação jus-filosófica do mesmo autor da necessidade de purismo para a garantia da promoção das liberdades individuais na democracia parlamentar liberal.

Após isso, será necessária observar as consequências de interpretação subjetivista da personalidade, para que, assim, seja possível observar se há uma relação – ou um risco – de, pelo propósito do acesso a justiça e garantias fundamentais, a própria norma seja colocada em jogo, por conseguinte, o próprio conceito de garantia.

2 Direitos da personalidade como categoria normativa de *dever-ser*

Antes de discutir sobre a natureza específica dos direitos da personalidade, há necessidade de enfrentar a importância da diferenciação entre os planos do *ser* e *dever-ser* tem escopo na própria origem do termo “norma” e sua relação com o normal, uma vez que o mandamento prescrito no termo “norma” não se reduz a uma função puramente adstrita a um preceito, mas sim a uma raiz que “se designa um mandamento, uma prescrição uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também pode conferir poderes, permitir, derrogar são funções de normas” (KELSEN, 1986, p. 1).

Dessa forma, a normalidade adjetivada pela normatividade apresenta-se como uma representação do *ser*, isto é, o real e palatável procedimento linguístico de apropriação de conhecimento a ser desenvolvido pelo sujeito que, por conseguinte, traduz a necessidade do ser de dever.

Isto significa que o *ser* presente na norma, abstrata, que define a normalidade, apenas encontra sua legitimidade no plano do *dever-ser*. A norma apresenta-se como um *ser* linguístico legitimado pela prescrição ao *dever-ser*, que define a realidade do normal em um ato de vontade.

Se “norma” manifesta-se com o adjetivo “normal”, não tem, todavia, o sentido de um *dever-ser*, mas com isto é pensado um *ser*. “Normal” é o que em regra efetivamente acontece. Se com tal palavra também um *dever-ser* é pensado, pressupõe-se a validade da norma de que – o que em regra costuma acontecer – também deva acontecer, que particularmente uma pessoa deve se conduzir como pessoas em geral costumam conduzir-se (KELSEN, 1986, p. 5).

O âmbito do Direito puro como uma categoria de *dever-ser* (*Sollen*), que diferente de um “*dever-ser*” kantiano, utiliza uma universalidade metafísica do dever entre os homens, em Kelsen é formada por uma unidade fundamental *erga omnes* que segue uma lógica da relação entre poder e coerção.

Logo, a definição exata da distinção entre o mundo sensível do *ser* e o sujeito transcendental presente na análise do *dever ser* faz-se como uma lógica para que possa ser tratada a questão da verdade *erga omnes* para uma fórmula jurídica logicamente justificada. Isso significa dizer que, a possibilidade de diferenciar o plano de estrutura de entendimento e a possibilidade de conhecimento é a intermediação necessária para aquilo que, de fato, pode ser universal. Os elementos apriorísticos permitem uma categoria de definição universal pela essência, ou seja, o objeto em si, utilizado pelo transcendental do conhecimento, tem sua universalidade de contexto, enquanto aquilo que é permitido conhecer pelos fenômenos é apenas representação conceitual de uma dinâmica da experiência possível, assim, naturalmente, não se podem enquadrar como conceito de verdade absoluta.

Como é possível perceber, a alternativa kantiana em Kelsen tem como fundamento o distanciamento entre a natureza e o normativismo presente nas ciências sociais, isto é, o mundo da natureza só pode ser alcançado pela referência a essência das coisas, como explicado anteriormente, só podem ser percebidas pelo sujeito de conhecimento a partir do entendimento de sua sensibilidade, por conseguinte, as ciências sociais carecem de um quadro normativo que reduza a complexidade da apreensão de conceitos e possam, com um caráter lógico, categorizar o mundo do ser em elementos representados por conceitos.

Ora, é no plano fático do ato de vontade que se encontra a prescrição do que deve ser normal e que dá legitimidade a existência normativa. É no ato volitivo que a norma representa o plano do *dever-ser* e, assim, personifica-se como tal.

Cumprir consignar que a lógica presente na assunção do plano do *dever-ser* como algo inalcançável pela experiência, devido as contingências sensíveis ao sujeito de conhecimento, não exclui a possibilidade de entendê-la a partir da compreensão da essência das coisas, apesar de não ser possível, pelo método sensível, transcender o espaço-tempo pela experiência, pode-se deduzir a existência dos sujeitos a partir de sua existência em si. Isso se deve a elementos apriorísticos que organizam o conhecimento de algo previamente existente, o que podemos classificar como o *ser*, de forma que o conhecimento subordina o entendimento dos fatos a partir de fenômenos logicamente organizados como sistema. Portanto, Kelsen busca nesse sistema de diferenciação assumir e separar a natureza da sociedade, de modo que tudo aquilo que seja estruturalmente abstrato possa ser considerado como uma verdade. Ou seja, transcender o fato gera a norma que, por si, torna-se verdade justificada, a qual pode ser entendida sensivelmente a partir de um fenômeno de transgressão. A norma, abstrata, é compreendida a partir do fenômeno fático de inverso conceitual, ou violação daquilo que é verdade por si mas não se acessa pelo mundo sensível.

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. (KELSEN, 1998, p. 14).

A norma, em si, não pode ser compreendida sensivelmente, apenas como uma representação conceitual cognoscível, porém, o fenômeno logicamente derivado da transgressão do elemento *a priori* torna o conceito passível de um ato no mundo do ser. A relação entre a verdade e o ato é trabalhada por Kelsen de forma que toda a ideia representada pode ser acessada partindo de um fenômeno logicamente antagônico àquilo que se tem como verdade normativa. Kelsen, no entanto, não considera a causalidade como um elemento do conhecimento do sujeito – o que difere, por exemplo, do conhecimento inato em Kant – mas considera como o desenvolvimento lógico do conhecimento, por isso a dualidade entre sociedade e natureza devem ser relacionados de maneira que a causalidade seja um instrumento para o conhecimento logicamente definido.

A grande diferença da utilização do *dever-ser* no plano kelseniano seria o fato de que a universalidade apenas atinge os indivíduos que participam de um processo cognitivo sobre o quadro normativo descritivo, o que significa dizer que os enunciados descritivos da sociedade, no plano jurídico, são verdadeiros apenas aos integrantes do procedimento de descrição. A verdade que repousa no *dever-ser* normativo atinge aqueles que estão sujeitos ao modelo descritivo, podendo ser acessada pelo mesmo método kantiano previamente analisado, ou seja, por uma intervenção fenomenológica entre o aquilo que se tem como abstração inacessível e o fato descrito que representa a abstração como redução de complexidade de conceitos. Por isso, pode-se entender que um quadro normativo é verdadeiro, pois sua utilização depende de elementos fáticos capazes de acessar a cognição de forma lógica, sensivelmente acessíveis para que seja visualizado o caso como organização de conceito. A norma mostra-se como uma representação da coisa em si, como um elemento existente na natureza, porém, aparentemente inacessível devido a causalidade do elemento espaço-temporal da racionalidade. Todavia, assim que possível organizar conceitualmente um elemento a partir do mundo sensível, mostra-se a razão, no caso da norma, sua capacidade de atingir aqueles envolvidos, de forma universal.

O fato isolado não é universal, porém ele adequa-se a uma universalidade, ou seja, o caráter *erga omnes* da lei, que é uma verdade estruturalmente normativa, mas que se aplica pela sua oposição, que, no caso, trata-se da possibilidade de conceituação estrutural do elemento fático, que, por sua vez, funciona como um acesso aos elementos *a priori* que se vinculam ao fato isolado. Em outras palavras, a universalidade e o caso concreto são derivados de uma lógica kantiana com uma metodologia relativista.

A relação da norma com aqueles sob a égide do direito tem um caráter de diferenciação entre aquilo que se pode universalizar e aquilo que se pode categorizar como fenômeno representado.

Nesse sentido, é necessária a noção de posituação da norma, ou seja, se é ato de vontade que define o normal como o plano do *dever-ser* personificado na norma, tal manifestação deve acontecer no plano real, realizado por atos de vontade humanos direcionados aos fenômenos também humanos.

Daí a norma é posta na realidade por meio de um ato de vontade realizável no plano real, o que torna, então, a norma positiva, já que representa a prescrição da normalidade.

Uma norma posta na realidade do ser por um realizante ato de vontade é uma norma *positiva*. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico interessam como objetivo do conhecimento apenas normas positivas fixadas, ou seja, estabelecidas por atos de vontade, e precisamente por atos de vontade humanos (KELSEN 1986, p. 6).

De outro ponto, a produção normativa deve ser observada a partir do ato volitivo que encontra sentido na norma, isso significa dizer que a produção do plano interno do *dever-ser* traduz-se pela busca de sentido no plano espaço-temporal, entretanto, encontra legitimidade em uma lógica superior de conceitos apriorísticos de dedução e conceituação da experiência. O ato de vontade, por sua vez, baseado em uma estrutura de tradução conceitual de imperativos predefinidos, encontra sua validade no plano do *dever-ser* por ser construído a partir da possibilidade de visualização pela razão, porém, ao mesmo tempo, não pode ser descrito no plano real. Dessa forma, a norma interna é legítima advindo de um conceito derivado da experiência, mas inacessível pela experiência, por não se tratar de um elemento de experiência, apenas podendo ser descrito com base em um fenômeno.

Desse ponto pode-se inferir que a norma do plano interno é pressuposta e só pode ser observada baseando-se em proposições jurídicas que se definem a partir de atos volitivos fundados em uma lógica sensível ligada a conceitos predefinidos por um caráter de validade de conhecimento. O ato de vontade que produz uma categoria do *dever-ser* proposta sob uma possibilidade de fenômeno funda-se em um ato de coerção, uma vez que sua conceituação no plano do ser deve encontrar lugar no fenômeno antipodal do prescrito na norma, para que sua validade lógica encontre-se como verdade no plano hierarquicamente superior à norma.

Logo, a regulação de condutas abstratas infere diretamente a uma possibilidade de atuação no espaço do poder universalizado para o ordenamento. Por isso, importa frisar que o ordenamento pressupõe que em seu espaço-tempo todo indivíduo categorizado como parte desse plano de poder enquadra-se como fim de sua lógica normativa.

A conduta humana regulada pela norma encontra seu fundamento na possibilidade de existência do sujeito como integrante do ordenamento. No plano da experiência, a norma interna é direcionada a conduta humana, porém, em razão da universalidade ser definida pelo espaço do poder, o sujeito a ser alcançado pela ordem jurídica deve ser estruturado também em um plano normativo pressuposto para que seja legítimo a ter seus atos autorizados pelo Estado.

O sujeito, nesse sentido, deve, necessariamente, ser sujeito de direito, vez que sua própria existência deve ser “autorizada” no plano do *dever-ser*. Isso significa dizer, que o ato de vontade normativo deve ser legitimado, da mesma forma que o poder e a existência de conceitos acessíveis pelo Estado, o que pode ser traduzido como ordenamento.

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as

associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como “portador” de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades. (KELSEN, 1998, p. 120).

A importância da definição de pessoa como sujeito de direito é *mister* para a definição de capacidade de alcance normativo. Como dito anteriormente, a norma é produzida por atos de vontade, baseados em experiências, mas categorizados como funções abstratas pressupostas de um direito hierarquicamente superior.

A lógica jurídica que define a capacidade de poder de um Estado deve se basear em uma definição de universalidade espacial normativa, dessa forma todo o alcance normativo deve vincular-se a capacidade do ordenamento. Assim, o sujeito de direito é também uma lógica normativa que tem sua possibilidade de vinculação a outras normas pelo fator de fazer parte, como norma, do espaço do poder. Logo, a produção normativa é legítima por basear-se em uma norma superior e ser produzida pelo próprio ordenamento, ou seja, o sujeito de conhecimento produtor da norma é, ao mesmo tempo, sujeito de direito definido por uma norma interna. O ato de vontade, em outras palavras, é produzido pelo próprio ordenamento jurídico. A norma produz a norma, que encontra legitimidade em outra norma superior.

Pode-se concluir que o Direito reproduz-se a partir do próprio ordenamento. Tecnicamente, seria equivocado dizer que são os sujeitos de conhecimento que produzem a norma, pois a própria norma produz a norma baseada na lógica de uma norma superior, assim sendo, o Estado cria o Direito. A norma regula os indivíduos, que por sua vez são sujeitos de direito, ou seja, sua existência dentro do ordenamento depende de uma criação de norma legítima que, conseqüentemente, os legitime como sujeitos de direito. O ato de vontade baseia-se na experiência para a produção normativa, porém é uma norma interna que define a legitimidade do sujeito como parte do ordenamento.

O sujeito de direito, portanto, pode ser representado como um quadro normativo, que o legitima a existência política. Assim, o sentido de sujeito, em Kelsen, funciona apenas como um apoio ideológico de construção de personalidade, para na verdade fundar-se em sua função jurídica definida, radicalmente, como um instrumento legitimado do ordenamento. Certamente há contradição sobre o tema, que tende ao substancialismo, conforme já observado na teoria mais clássica do tema.

Whatever the controversies about the “essential nature” of legal personality, it has been seen to be a uniform concurrence in these as respectively the test of its existence in given subject, and the manner in which it conferred, whether upon a natural person or upon an inanimate thing. (SMITH, 1928, p. 283).

A conceituação do sujeito de direito como um quadro normativo pertencente ao ordenamento legitima, primeiramente, a capacidade do Estado de produção normativa a partir da experiência dos sujeitos de conhecimento, categorizados como uma produção possível dentro do próprio ordenamento. Apesar do ato de vontade presente na atividade legiferante, temos acima disso uma possibilidade de despersonalização da produção normativa como resultado do próprio ordenamento reproduzindo-se. A atividade legiferante deriva logicamente do Direito, que legitima a norma a se reproduzir diante de uma estrutura hierárquica em uma perspectiva purista de atuação estatal.

Fica clara a estrutura purista que o corpo presente na norma é irrelevante para uma estrutura normativa, a capacidade do sujeito como sujeito de conhecimento não pode atingir a norma, uma vez que esta é a expressão do *dever-ser* que, por sua vez, só pode ser observada pelos sujeitos como proposições jurídicas, da mesma forma que só podem representar a análise fenomenológica do caso concreto. O sujeito de direito portanto é, em uma estrutura purista, um complexo de normas que, por trás do ato de vontade do sujeito de conhecimento, permite ao Direito reproduzir-se de forma autônoma, a partir de uma lógica estrutural de hierarquia de normas.

O sujeito deve ser considerado como parte do ordenamento, visto que é a própria ordem jurídica que deve reconhecer a norma como válida. O sujeito de conhecimento, aqui observado, tem seus costumes, contingências e causalidade passíveis de reconhecimento pela prescrição normativa, logo, esses mesmos sujeitos, enquanto parte do complexo normativo do Estado podem responder pela atuação da norma no plano do *ser*. Em uma formação lógica normativa, o próprio ordenamento está subordinado a norma.

Em poucas palavras, o ordenamento interno produz, sujeita-se e valida a norma. Ainda mais além, as normas sustentam-se enquanto método de validade, a ponto de somente um quadro normativo ser capaz de observar-se enquanto plano de *dever-ser*, logicamente estruturado e imediatamente subordinado, sempre, a um quadro normativo superior, até encontrar validade plena em uma norma fundamental.

A norma estatui um *dever-ser*. Diz-se isso de toda norma, no entanto, o termo *dever-ser* é empregado num sentido mais amplo que no uso habitual da linguagem. Segundo este, diz-se apenas daquele ao qual uma norma válida prescreve (impõe) uma determinada conduta, que ele “deve” conduzir-se de certo modo. Enquanto se diz de outro, a quem uma norma autoriza uma certa conduta, que ele “pode conduzir-se de certa maneira; e de outro, a quem é permitida uma certa conduta pela ordem normativa, que ele “tem permissão” para conduzir-se de determinada forma. (KELSEN, 1986, p. 4).

A forma, elemento necessário da norma, representa-se na própria validade, do mesmo modo que a produção normativa e sua validade devem ser de competência de normas específicas, quais sejam, os sujeitos de direito designados a esse fardo, o próprio sujeito deve ser organizado em sua formalidade jurídica. O sujeito de direito é reconhecido a partir de sua estrutura de legitimidade dentro de um espaço de poder e seu reconhecimento por este. Há um ciclo de legitimidade que liga o ordenamento à produção interna de normas, sempre adstritos a validade e subordinação.

Nesse sentido, se norma é forma por força de validade purista, quando tratamos de direitos da personalidade. Não há um juízo de valor envolvida na sua categoria legitimadora de quadro normativo, isto porque é a própria forma jurídica, que por natureza é vazia, é acobertada com um juízo abstrato de racionalidade quanto a personalidade jurídica.

No presente trabalho coloca-se diante da impossibilidade de aceitar a categorização de direitos da personalidade como *direitos fora dos direitos*, como sustentado por alguns autores, ou mesmo condição de justificação para existência dos mesmos. Isto porquê, se fossem os direitos da personalidade condições de validade para os direitos humanos ou o conceito de dignidade, estaríamos diante de uma condição de legitimidade e não de validade, podendo ser considerada “which recognise a person as a physical and spirutual-moral being and guarantee his enjoyment of his own sense of existence, are today protected in various contries to a greater or lesser degree” (NEETHLING, 2005, p. 211).

Como Direitos da Personalidade, entendemos como conceitos abertos dentro de uma textura semântica em uma moldura normativa. Isto é, considera-se direitos da personalidade uma função essencial de positivação de uma norma promotora de emancipação pela forma racional das liberdades individuais, conceito básico da democracia parlamentar clássica. Por isso, não se considera a discussão de direitos da personalidade uma relação necessária de produção de novos direitos, mas sim de resgate a produção legislativa da democracia parlamentar como promoção de dignidade, não pela forma da reaproximação do direito com a moral, mas como pressuposto de validade da forma normativa da democracia parlamentar, pela forma normativa.

In particular classical natural law, with its notion of innate, inalienable human rights which included various rights relating to personality, from the background to the modern concept.
(NEETHLING, 2005, p. 211).

É temerosa a classificação de direitos da personalidade em um quadro normativo de racionalização e efetivação de direitos pela via socioantropológica ou de

determinação de juízos de valor prático das ciências humanas. Seja pela determinação de que a garantia dos direitos de personalidade são proteções de elementos de diferenciação de pessoas com outros seres, seja pelo contexto ético, ou, pelo mais grave, a proteção de uma categoria fundamentalmente essencial do ser humano. Categorizar o direito da personalidade como essência é considerar que o direito ultrapassa sua condição institucional e passa a ser conteúdo metafísico apreensível, o que abre pressuposto para o decisionismo jurídico-político, o que será discutido no próximo tópico, legitimados – e não validados – pela consideração moral – e volátil de juízos de valor – fora de um conteúdo constitucionalmente previsto e racionalmente determinado em uma função constitucional.

Direitos da personalidade são direitos, são categorias normativas pressupostas de garantias que, em última análise, comportam a função tradicionalmente contratualista do constitucionalismo moderno, aplicados, necessariamente, a sujeitos de direito, ou seja, comportam no conjunto de normas do sujeito uma categoria normativa de promoção contratual de liberdade normativa.

A primeira vista pode parecer que há contradição entre a positivação por purismo metodológico e uma consideração essencialmente filosófica ou sociológica como a *persona*, entretanto, passa a fazer sentido quando se determina a partir de sua natureza e necessidade de existência a partir da ideia de democracia parlamentar kelseniana como forma necessária de preenchimento do conteúdo vazio da norma para garantia da *vontade geral*. Comenta Jaime Octávio Cardona Ferreira (2015, p. 228):

Direitos da personalidade são – o que é lapaliciano – direitos. O direito reconhece estes direitos: é o Direito objetivo da personalidade. Tratando-se de direitos concretos, só fazem sentido enquanto titulados pelas pessoas a quem respeitam, enquanto subjetivados, conforme aflorado, vale isto por dizer que, nesta medida, considero seguro que se trata de *direitos subjetivos*. Já o refleti, mas quero acrescentar o seguinte. Isto, tem, creio, um duplo sentido. por um lado, vivificam-se na medida em que identificados, titulados, pertencentes, formalmente a uma pessoa, ainda que todas as pessoas sejam titulares de direitos da (sua) personalidade. Por outro lado, evidenciando que cada direito *subjetivo* da personalidade é, na sua identificação, único, diferente de qualquer outro. A personalidade é bem exclusivo, *semelhante mas diferente* de qualquer outro. (FERREIRA, 2015, p. 228).

Por mais que a personalidade se justifique como uma categoria particularmente humana, ainda que discutível sobre sua grei subjetiva em outras áreas de conhecimento, a categoria jurídica de reconhecimento de sua forma é forma necessária justamente para a necessidade de liberdade por um conceito material em sua

formalidade. Ou seja, sua diferenciação em questões de razão prática, como conteúdo de identificação de sujeitos, torna-se semelhança em contexto de promoção de função normativa de igualdade para liberdade, uma vez que “os direitos da personalidade tipificam-se e justificam-se porque visam, essencialmente, proteger *a dignidade de cada pessoa humana*.” (FERREIRA, 2015, p. 229). Por isso, como função universalista de categoria individual, garante, por sua vez a promoção das liberdades.

Dignidade, como juízo hipotético, é sim elemento necessariamente fenomenológico, entretanto, quando em âmbito jurídico positivado passa a ser determinado a partir de hipótese normativa, ainda que de textura aberta, validade pela forma constitucional pressuposta.

Funda-se, portanto, a necessidade de vinculação. Só há aplicação de direitos da personalidade para o sujeito de direito, não que isso cause a exclusão de sujeitos destituídos de cidadania, tanto que a condição de integralidade da aplicabilidade normativa garante que os deveres, direitos e garantias sejam empregadas prescindindo a categoria de cidadania, conforme consta no *caput* do quinto artigo da Constituição Federal, quando supera a questão de nacionalidade, ou de cidadania em contexto limitado ao *nomos* territorial.

Portanto, não há exclusão de indivíduos na necessidade de aplicabilidade do direito da personalidade apenas ao sujeito de direito, mas, na verdade, se mantém o elemento formal purista da teoria tradicionalmente kelseniana, qual seja, a norma só se aplica a própria norma, uma vez que o dever-ser é hipotético e não tange o plano do ser, elementarmente pelo sentido puro da norma, qual condiz precisamente no afastamento da personificação da decisão sobre a exceção. A norma é contratual, por conseguinte, somente se aplica a sua formalidade necessária. Por isso, conquanto personalidade, em sentido subjetivo seja um caráter de valor atribuído ao ser, a positivação da personalidade necessita de um titular normativo para sua aplicação.

Assim é que os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque positivados de maneira a gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva imediatamente usufruível, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la e o objeto a quem possui o dever jurídico de prestá-lo, ou seja, é quando o “titular de um direito tem, face de seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto” (CALISSI, 2015, p. 252).

Por isso, personalidade se lê como forma pressuposta de garantia de promoção de liberdades individuais e isto, nada mais é, que o conceito mais tradicional da democracia parlamentar do século XX. Não há necessidade de pensar a aplicação dos direitos da personalidade fora da estrutura purista da democracia parlamentar

pelo método positivista, inclusive, isso acarretaria uma saída ao próprio conceito de aplicabilidade, justamente pela garantia universal de liberdade. A democracia parlamentar seria instrumento necessário para a categorização do modelo do constitucionalismo normativo e garantista, isto porquê, a partir do princípio da *liberdade* a representação parlamentar é a única forma capaz de instituir o resultado da equidade dos sujeitos de direito a partir de sua igualdade formal e representação universal.

A luta contra a autocracia nos fins do século XVIII e início do XIX foi, essencialmente, uma luta em favor do parlamentarismo. De uma constituição que conferisse à representação popular uma participação decisiva na formação da vontade do Estado, que pudesse fim à ditadura do monarca absoluto ou aos privilégios consagrados pelo sistema das ordens, esperava-se então todo o progresso possível e imaginável, a formação de uma ordem social justa, a autora de uma era nova e melhor. O parlamentarismo, forma política dos séculos XIX e XX, podia indubitavelmente reclamar para seu ativo resultados realmente importantes, tais como a emancipação completa da classe burguesa mediante a supressão dos privilégios; em seguida, o reconhecimento da igualdade dos direitos políticos do proletariado e, com isso, o início da emancipação moral e econômica desta classe diante da classe capitalista. (KELSEN, 2000, p. 45).

Aos privilégios, no sentido basilar do constitucionalismo, esses devem ser considerados como elementos essencialmente materiais, ou ainda, fora da forma jurídica. Significa dizer que, do ponto de vista formal, os indivíduos sob a égide do Estado têm lugares pressupostos de igualdade perante sua condição normativa. Seria, portanto, esta condição normativa que permitiria a emancipação dos indivíduos, ou ainda, em termos kantianos, a existência da autonomia frente à força estatal. O elemento jurídico de dever-ser tem como pressuposto uma estrutura formal em que, diante da estrutura constitucional, sua caracterização deriva de forma linear do instrumento jurídico. Haver privilégios no sentido constitucional é romper o pacto de vontade essencial, ou seja, atribuir elemento não jurídico a interpretação normativa do sujeito. O privilegiado não se encontra sob a égide da norma, mas fora dela, o privilegiado é sujeito anômico, não se enquadra em uma moldura semântica do texto normativo, é exceção em relação ao pressuposto normativo estatal.

A norma como elemento formal em uma democracia parlamentar tem como estrutura basilar o impedimento do domínio de faixas sociologicamente definidas, sejam como classes, sejam ideologicamente estruturadas, sejam com qualquer outro caráter identitário. A garantia da representação pressupõe a

garantia da universalidade, ou seja, ao mesmo tempo que a estrutura política tem um representante único a partir da maioria, o exercício institucional do Estado tem por pressuposto a regulação das diferenças sociologicamente materiais para a garantia do pressuposto formal de igualdade, como garantia da liberdade, a qual não existe ato de vontade, por conseguinte, mitiga o elemento formal da estrutura do constitucionalismo parlamentar contratualista. Se não há ato de vontade não há possibilidade da existência da norma em sentido kelseniano, tampouco como meio de contrato social, isto é, o *pacta sunt servanda* é prejudicado, vez que a liberdade para submissão ao pacto é ferida quanto a liberdade.

Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário - no âmbito do parlamentarismo - tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdade fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 2000 p. 67).

Se a atividade política se pressupõe a partir de um purismo metodológico, é na atividade jurídica que a garantia universal da norma protege a promoção das garantias individuais como promoção da liberdade. A atividade jurídica, pelo modelo positivista, não se coaduna com a atuação de opinião pública, bem como não se coloca contrária a ela, a atividade jurídica age fora da atuação política. Em um purismo metodológico o princípio contramajoritário é garantia do pluralismo e atividade livre da democracia parlamentar, e isso se dá pela forma normativa.

Esses direitos apresentam-se, na origem, como uma proteção do indivíduo contra o poder executivo, que, apoiando-se ainda no princípio da monarquia absoluta, tem o direito de, no “interesse público”, intervir na esfera da liberdade do próprio indivíduo toda vez que a lei não o vete expressamente. Mas, na medida em que - na monarquia constitucional e na república democrática - a administração e a jurisdição só pudessem ser exercidas com base nas normas legais, e na medida em que se for conquistando o conhecimento cada vez mais profundo desse princípio de legalidade da execução, a proclamação dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais só terá sentido se ocorrer na forma constitucional específica (KELSEN, 2000, p. 67).

Por mais que a atividade legiferante seja constitucionalmente válida em seus debates políticos, é no executivo a realização dos elementos normativos. A ligação e alinhamento do poder executivo com o princípio majoritário é inevitável, por conseguinte, resta a atuação contramajoritária do judiciário garantir a isonomia como fórmula de dilação do constitucionalismo e promoção da autonomia da liberdade, assim, garantindo a própria validade do *pacta sunt servanda*, razão de existência do direito. Isso se dá pela função da manutenção da liberdade, o fenômeno se apresenta no ato de vontade de composição normativa, ou seja, o plano do ser é a vontade que valida o dever puro da relação jurídica. Com isso, elementos como direitos da personalidade que podem ser afetados pela estrutura de representação majoritária mantêm-se universais e como promotores de dignidade a partir de um estatuto constitucional puro e pressuposto a partir de um contrato.

O sentido do ato de fixação da norma é um ato de vontade, é um dever-ser, a norma. O fim do ato de fixação da norma não é, porém, este dever-ser, mas um ser; é a conduta existente na realidade, a qual corresponde à norma, e isto significa: a conduta *igual* àquele que aparece na norma como devida, mas não é a ela idêntica. (KELSEN, 1986, p. 16).

Nesse sentido, a racionalidade normativa, por si, apresenta a função de legitimação do sentido de garantia de liberdade. É a própria norma que subsiste graças a atuação do ato de vontade, que é fenômeno, isso significa dizer que a existência da própria ordem normativa, que é puramente hipotética, depende no seu ato de fixação um fenômeno, o qual, um ato de vontade. O constitucionalismo, por sua vez, tem como função precípua a manutenção da racionalidade prática da liberdade, sem a qual não há fixação do plano hipotético da norma, a apreensão normativa depende da razão estética da promoção de liberdade para sua fundamentação de validade. Ainda que puramente dever, a norma se fixa internamente, constitucionalmente, a partir da ideia de liberdade. Se há mitigação de liberdades individuais, por sua vez, há mitigação da validade do direito. Por isso que a liberdade, está para a validade democrática como a constituição está para a validade da norma, isso porquê a validade, diferente da legitimidade não tem necessariamente um personificação, a liberdade é conceito de validade para a existência do contrato e, por sua vez o contrato é fundamento do direito.

O sujeito livre categoriza-se num plano fenomenológico, isso importa para determinar sua capacidade, ainda que pressuposta, de participação social. Ou seja, o fenômeno é importante para definição da legitimidade do sujeito. Por outro lado, a liberdade como fenômeno deixa de ser considerada como objeto a partir do momento que ela é garantida universalmente, de forma que a quantia de liberdade é determinada pela validade do direito. Não importa a definição sociológica, para o fenômeno

jurídico, uma vez que a forma garante a liberdade como pressuposto de sua existência, se a liberdade é mitigada o direito deixa de existir.

Dessa maneira, a atuação judiciária contra a forma da representação por maioria nada mais significa do que a garantia dos pressupostos de liberdade. Não se trata de igualdade material, isso é claro, mas se trata de função validadora da forma jurídica. Validade é essencialmente conceito kelseniano, para promoção da garantia do ato de vontade contratual. Não há forma jurídica de um estado de direito senão pela promoção do sujeito como sujeito livre. Ainda que se busque direitos subjetivos o corrimão é a garantia da liberdade. Não a toa que a democracia parlamentar engoliu os espectros ideológicos e permitem sua participação apenas dentro da forma.

Com isso, somente é possível pensar em uma atuação universal de direitos da personalidade a partir de um princípio normativo, do contrário, qualquer tentativa de subjetivar essência a um plano hipotético é reaproximar o direito da moral ou relativizar a estrutura do direito. Só há direito puro em uma democracia parlamentar metodologicamente positivista, entretanto não é só em um modelo democrático que há direito, por isso é possível apresentar modelos autoritários ou subjetivos do direito em um modelo de democracia aparente. Tentar reunir direito e moral como uma forma de subjetivar o direito a personalidade é necessariamente uma tentativa de personalização do sujeito de direito, que deve ser lido como uma personalização da norma, isso, por sua vez, personaliza a decisão, retira a pureza e a universalidade da norma e a deixa a mercê de uma decisão que não é pressuposta, mas *ex nihilo*, o que não se coaduna com o modelo de garantias constitucionais.

Por mais que seja tendente a se pensar em um direito a personalidade subjetivado à essência do indivíduo, a norma é hipotética e é a partir dela que se possibilita a afirmação de universalidade de garantias.

3 Elementos decisionistas na discussão de direitos da personalidade fora da estrutura do purismo metodológico positivista

A defesa de uma personalização subjetiva dos direitos da personalidade como garantia de aplicabilidade tem uma relação perigosa com uma saída democrática para garantias de direitos fundamentais.

A princípio, já temos um dos problemas mais difíceis para a relação positivista de democrática para o constitucionalismo que é a possibilidade de direitos civis e privados frente o direito público. Não que os direitos da personalidade sejam necessariamente privados ou, ainda, que não estejam no âmbito do direito público – ainda mais que sua própria definição deve ser encontrada nas humanidades propedêuticas do direito do que em suas áreas materiais – ou fora do conceito de garantia geral. Na verdade

podemos sim categorizar uma aproximação do direito privado que os direitos da personalidade abrangem, principalmente no âmbito pecuniário, sem desvaler sua universalidade de garantia pressuposta de direito público constitucional. Ainda assim, podemos observar os direitos da personalidade como direitos subjetivados sem personaliza-los, justamente pelo seu caráter normativo, conforme exposto no tópico antecedente. O problema é a subjetivação dependente de juízo não normativo que se tenta fazer dos direitos da personalidade como tentativa, ainda que de boa intenção, de garantir sua efetividade.

A busca por categorizar direitos da personalidade como direitos fora dos direitos é um problema teórico, é retirá-los do âmbito da universalidade e da segurança jurídica do *pacta sunt servanda*. Talvez o maior problema seja o flerte inevitável com o decisionismo, isso porque para subjetivar o sujeito de direito e sua personalidade atribuída como indivíduo fora do pressuposto constitucional depende necessariamente de uma decisão, e toda decisão de um plano positivista é pressuposta pela validade da norma que tem possibilidade decisora.

Ainda que seja em uma vertente de controle de constitucionalidade, em que a própria função constitucional pela atividade jurisdicional – essencialmente decisora – interpreta o texto normativo, as vezes – teoricamente – fora do texto constitucional, nada mais se faz senão a realização de um pressuposto, o pressuposto de uma norma hipotética fundamental, que diferente do que se pretende forçar o entendimento por algumas interpretações maliciosas, não se trata de um conjunto subjetivo de determinações fenomenológicas, mas de pressupostos gerais de garantia de existência de validade de normas, ou seja, a decisão, ainda assim, é pressuposta.

Não há como admitir uma forma fora do elemento pressuposto de decisão sobre *dever-ser* ainda que este seja uma norma subjetiva. Há interpretações ainda mais tautológicas que pretendem definir direitos da personalidade como direitos de pressuposição em si, ou ainda direitos que não são direitos. O risco é ciclópico.

De um lado, ater-se em um direito de personalidade como pressuposto em si é supor uma *grundnorm* não universal, ou seja, é pensar que a validade normativa se da em uma teia difusa de garantias individuais. De tal forma é como se a própria função constitucional fosse pressuposta da personalidade individual de cada indivíduo, sendo que, na verdade é a condição normativa de cada indivíduo que é pressuposta da constituição para que, na lógica do contrato, a liberdade do indivíduo seja promovida a partir de universalidades do conflito jurídico-político de princípios majoritários e contra-majoritários.

De outro lado, pensar em personalidade como um *não-direito*, é excluí-lo do plano do dever ser e, por conseguinte, excluí-lo da possibilidade normativa, é colocá-lo em patamar de tutela individual, uma vez que o sistema purista garante sua universalidade pela sua forma. Se não há forma, não há aplicabilidade institucional.

O mais assustador seria a saída para a aplicação de um *não-direito* pelo direito. Pois isso seria a aceitação de uma função mista entre validade normativa e soberania constitucional com a força de juízo de valor subjetivo. Como resolver um conflito normativo entre um *dever-ser* e um *ser*? Ora, se o elemento fenomenológico é colocado frente ao elemento hipotético, o fenomenológico passa a ser legítimo e não mais válido, por conseguinte, sempre há prevalência do fenômeno, assim a hipótese perde sua força de validade.

Há uma tradição no contexto brasileiro de identificação de personalidade como uma categoria privatista e subjetivada, fora da aplicabilidade normativa quando em conflito jurisdicional com uma atividade de prevalência do fenômeno. Miguel Reale já tentava categorizar a personalidade como um direito derivado de um processo histórico e cultural, que se ligariam a elementos de fenômeno, conforme se observa em texto publicado em seu site oficial e assinado pelo mesmo.

Como já disse, cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino invariantes axiológicas. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades. (REALE, 2004).

Porém há um problema muito excepcional em pensar no culturalismo realiano como fórmula de aplicação de direitos, uma vez que este não se coaduna, por motivos de sua própria natureza teórica, ao modelo da democracia parlamentar liberal. Entretanto, Reale tem suas raízes, ainda que em suas escrituras mais do fim da vida – na ideia de autodefesa da constituição – o ranço autoritário decisionista, de forma que sempre com a ideia do culturalismo foge do elemento formal da democracia parlamentar usando o valor do fato como consideração normativa.

O que por sua vez destaca a característica essencialmente liberal na estrutura democrática como categoria normativa de isolamento puro de *dever-ser*.

Es una realidad que el vínculo entre la democracia y el liberalismo no ha resultado ser de una total convivencia cordial; y ello debido a que si realizamos un análisis de cada concepto separadamente, se puede apreciar que la idea clásica de democracia encuentra su

acomodo en los conceptos de autogobierno colectivo, participación de todos en la vida cívica, discusión pública de propuestas y la ausencia de límites a priori en todo aquello que la voluntad popular puede decidir. (BARRADAS, 2018, p. 23).

Isso, certamente exerce alto poder de institucionalização da exceção normativa, ou seja, pela ideia de culturalismo, há necessidade do próprio direito se conservar em sentido de juízo de valor, ou seja, há necessidade de reaproximação de institutos subjetivistas a garantia do direito, isso implica necessariamente a superação de preceitos jurídicos em favor, tecnicamente, da manutenção da normalidade.

Em excelente texto do Professor Caio Henrique Ramiro, publicado pela revista *espaço acadêmico* intitulado “O outro Miguel Reale e a “autodefesa” da democracia”, o professor Ramiro analisa o ranço autoritário na estrutura teórica realiana, de forma que expõe o problema da aproximação do jurista brasileiro com elementos fora do direito e, principalmente, decisionistas.

Com isso, raramente Reale é relacionado com sua opção pelo autoritarismo representado pelo integralismo. Entretanto, no caso de Francisco Campos, por exemplo, sua associação ao pensamento autoritário é feita de maneira bastante imediata e até automática, tendo em vista a presença de perspectiva autoritária na Constituição de 1937 - que tem em Campos seu principal idealizador -, documento constitucional que aparece, segundo o autor, em momento abarcado por uma crise universal de ordem e autoridade e, além disso, pelas inspirações teóricas dessa linhagem presentes em seus escritos do período, o que se mostra como uma abordagem até certo ponto reducionista do percurso intelectual e político do jurista das Minas Gerais. (RAMIRO, 2019, p. 85).

Apesar das relações integralistas de Reale terem ficados no início do século passado, sua análise continua sendo exercida a partir de uma Direito de função valorativa e histórica, o que permite, por exemplo a determinação subjetivista da personalidade, e por conseguinte, a pressuposição decisionista quando da necessidade de determinação judicial do conflito por direitos de personalidade.

Ao se debruçar sobre a Constituição da República de 1988, já no ano de 1989, publica na Revista de Direito Administrativo um artigo em que analisa a estrutura da constituição. O argumento central tem no horizonte a questão do poder constituinte e seus limites. Em seu entendimento uma constituição é uma categoria histórica e não pode ser separada do complexo de conjunturas culturais, como, por

exemplo, circunstâncias sociais, econômicas, demográficas e, por óbvio, militares, portanto, “todas as constituições contemporâneas trazem, sem discrepância, esse marco de socialidade, o que, a meu ver, corresponde aos imperativos da Democracia Social, o novo nome da Democracia Liberal”. Além disso, na compreensão de Miguel Reale o erro mais grave de uma Constituição é a pretensão de tudo regular. Diz, então, o jurista paulista “nada mais errôneo e perigoso do que pretender-se uma Constituição que tudo pretenda prever e a tudo procure dar remédio, como se ela fosse um gigantesco recipiente capaz de abrigar todas as aspirações populares por mais fantasiosas que sejam”. Para Reale os textos constitucionais mais duradouros são sintéticos e o curioso é que o alvo de suas críticas são as “fantasiosas” aspirações populares, como, também, os poderes ilimitados da constituinte, o que para ele caracterizava um totalitarismo normativo. (RAMIRO, 2019, p. 91-92).

Por isso, vários interpretadores brasileiros ao usarem Reale como fundamento jurídico-filosófico para direitos da personalidade devem assumir o risco de um culturalismo valorativo, que não tem ligação com a estrutura filosófica kantiana em Hans Kelsen, justamente por admitir a pressuposição axiológica – e não gneseológica – de um pressuposto normativo.

Isso é, em última análise, uma subjetivação do direito o que, em uma contenda de conflito de interesses pode se tornar personalização do elemento decisional, incompatível com o purismo metodológico. A decisão pode – ou não – ser feita fora de pressupostos constitucionais ainda que sob seus fundamentos, isso porque não importa o conteúdo, mas a forma. Se não há formalidade, por conseguinte não há como considerar como direito.

Diferente da ideia de validade normativa, o conceito do do decisionismo deve ser analisado como cotnraponto ao modelo do purismo metodológico pelos óculos de Carl Schmitt, que apresenta-se como uma contraposição imediata às doutrinas classificadas como normativas, como observado no capítulo anterior. A ideia de classificar um Soberano como algo que permanece dentro e fora do ordenamento jurídico tem o escopo de enquadrar o Soberano como algo personalizado e não apenas ficto, de forma a impedir a classificação puramente jurídica e a necessidade de legitimação externa ao espaço de poder definido como limite estadual.

Soberania personalizada com poder de decisão tem uma íntima relação com a possibilidade do Estado de Exceção, ou seja, como já observado, a decisão concreta sobre a suspensão normativa do espaço de poder com a finalidade de reestabelecer a ordem de forma prática e interna. O poder de decisão concentrado em um indivíduo é a categoria de validade necessária para o poder político e jurídico. Diferente do purismo metodológico, para um decisionismo, a possibilidade de suspensão da normalidade a

partir de um conceito imediatamente antipodal define a validade do poder estatal. Por conseguinte, tal decisão não pode estar baseada em uma norma que se legitima por algo pressuposto e sim por uma decisão que surge a partir do ato de vontade (*ex nihilo*) de um sujeito legítimo a representar sujeitos envolvidos no plano estatal e, assim, definir os limites da normalidade.

A soberania consistiria então num arbítrio desvinculado e, consequentemente, na possibilidade de uma autoridade pessoal relativizar, abolir ou suspender as normas que dela emanam. É neste sentido que a soberania se determinaria como a possibilidade de, diante da lei, decidir uma exceção à norma que por ela constituída. (SÁ, 2009, p. 8).

Mesmo sendo o Soberano alguém submetido ao plano jurídico, somente por ele o mesmo plano poderia ser suspenso. A decisão emanada sobre a vontade do Soberano é a condição de legitimidade de seu poder sobre a norma. A decisão política seria elemento suficiente para legitimar a existência do ordenamento, porque é justamente na imposição da autoridade pela negação a uma heterointegração sistêmica que o Estado poderia impor seu espaço de poder sem dependência do plano externo. Nesse ponto observa-se que a posição de Schmitt não significa uma aversão ao normativismo kelseniano, mas sim a observação da viabilidade da norma em um plano teórico e prático. Ou seja, a crítica schmittiana concentra-se principalmente na impessoalidade da consideração do direito como um elemento abstrato de entendimento pressuposto, sem consideração do fenômeno sociológico, ou melhor, apenas considerando esse fenômeno como derivação dos juízos de valor específicos que seriam positivados por sujeitos determinados como reprodução ordenamental.

Por esse viés, Schmitt pensa em uma estrutura de legitimação estatal baseada na validade da norma fundada em uma decisão de fato. Não basta a validade normativa por meio de uma situação existente vinculada a um poder normativo de efetivação do fenômeno social. Significa, portanto, que a norma, despojada de um elemento decisório, seria apenas uma abstração que não poderia ser aplicada em um modelo social prático. O elemento pressuposto de validade de norma só teria validade dentro do próprio âmbito jurídico, o que para Schmitt causaria problemas na delimitação de espaço de poder.

Toda norma geral exige uma condição normal das relações de vida, nas quais ela tem que encontrar a sua aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa. A norma precisa de um meio homogêneo. Essa normalidade efetiva não é só uma “pressuposição externa” que pode ser ignorada pelo jurista, ela pertence à sua validade imanente. (SCHMITT, 1996, p. 92).

Observa-se que, na presente linha, a validade das normas encontra-se justamente na própria relação com a realidade e sua possível aplicação por um poder decisório personificado. Mais que isso, a validade da norma relaciona-se diretamente com a possibilidade de enquadramento com a normalidade, que só pode ser observada a partir dos fenômenos sociológicos. Por outro lado, a normalidade só pode ser definida pela excepcionalidade no plano sociológico. Só é possível determinar o plano de validade da normalidade a partir da noção da excepcionalidade. A validade do Direito, portanto, deve-se reservar ao plano de aplicação da norma perante a decisão. A decisão deve ser observada como um plano definitivamente não normativo que se impõe à norma como fenômeno de adequação social. A decisão, enquanto normalidade, é o ato de vontade personalizado a partir de uma norma que se adequa à possibilidade de aplicação social.

Para tanto, a divisão da norma e da decisão, no mesmo plano estrutural da normalidade, porém em categorias antipodais é a função específica da validade do Direito no plano interno. A manutenção dos conceitos no mesmo plano é justamente por haver necessidade de entender que o Direito sempre está presente no plano de poder e a questão da decisão apenas legitima a atividade desse poder pelo direito de uma forma não abstrata se retirada do plano teórico. O argumento de validade em Schmitt opõe-se à validade normativa justamente por necessitar observar a legitimidade do direito a partir de um plano de normalidade e personificação da decisão. É no plano da decisão que deve repousar a definição de normalidade e, por conseguinte, a validade do Direito interno. Somente a decisão personificada seria capaz de determinar os limites da normalidade, uma vez que, a partir da exceção, essa decisão poderia basear-se em uma estrutura sociológica de ato de vontade legítimo a ser determinado.

Enquanto Kelsen busca a validade no próprio ordenamento, inclusive na vinculação pressuposta do ato de vontade à uma norma anterior, Schmitt afirma que o enquadramento da norma apenas é válido se a normalidade é instaurada, ou seja, a norma só pode ser legítima se não há exceção. Dentro da exceção a norma não tem validade, logo, a decisão é o ato válido e legítimo e, a partir disso, no plano sociológico não há o que se falar em Direito, apenas a busca da reestruturação da norma a partir da definição da situação limítrofe encarada pela exceção, que, se fora do plano normativo, só pode ser observada pela personificação do ato da decisão. Por isso, Schmitt observa a necessidade da estruturação da decisão como uma ação política baseada na estrutura estatal, seja na normalidade ou na exceção. Isso significa dizer que, mesmo dentro do quadro normativo, a decisão proferida baseada na norma é um ato de vontade derivado com um peso político, isso porque afeta a ordem sociológica que valida a norma como função mantenedora da normalidade.

Neste sentido, a função democrática, como promotora de liberdade, esbarra em um conceito formal, qual seja a forma, justamente a forma que, para Kelsen é validada

pela promoção de liberdade universal, para Schmitt, essa liberdade universal é incabida pelo próprio conceito de limitação Estatal pela divisão dos poderes. Para Schmitt, essa contradição vem do fato de que a liberdade derivada do controle estatal tem como objeto a pluralidade e universalidade, e é este ponto que danificaria a estrutura democrática em si, pois, esta por ser uma forma política de unidade de povo, o que não seria compatível com a representação, o que para o autor vai de encontro com o princípio da identificação universal, ou seja, a universalidade democrática seria, para o autor, anti-universal, uma vez que o representante não teria como ser plenamente representativo, a menos que houvesse homogeneidade de identificação entre todo o parlamento e o povo. Com isso a democracia parlamentar não representaria nenhuma forma de governo alguma, apenas uma forma jurídica vazia, sem capacidade de observação do elemento fenomenológico, que só seria possível a partir da identificação. A crise parlamentar, se observada pelo paradigma democrático não é lida como função contra si, mas como estrutura de avanço da própria função parlamentar.

La ampliación de la distancia entre representantes parlamentarios y representados ha recuperado el debate entre democracia representativa y democracia directa como remedio a esa desafección que parece haber desarrollado la ciudadanía como resultado de la crisis parlamentaria. Una desconexión que se evidenciaría en una reducción de la participación electoral, en un menor interés en vincularse a los partidos políticos que habrían visto una exponencial reducción de sus afiliados o en la expresa manifestación del desinterés ciudadano en la política en los distintos sondeos de opinión que se lanzan. (VILLADANGOS, 2018, p. 31).

A garantia de liberdade da democracia parlamentar, para Schmitt se contradizem com o elemento de formação democrático. A forma jurídica substituiria a forma de governo, sendo que a necessidade de atividade legiferante majoritária pressupondo a atuação contramajoritária em razão da necessidade de manutenção do ato de vontade formal, faria com que o único ato político a ser observado seria o controle do Estado, ou seja, a atuação pela manutenção da democracia pressupõe a impossibilidade de atuação democrática, por forma política de governo (SCHMITT, 1982, p. 201).

Quando Schmitt polemiza ao citar Mazzini, afirmando que a liberdade não constitui nada, isso deve ser lido a partir da própria ideia constitutiva de Estado. O Constitucionalismo schmittiano pressupõe uma soberania fora do preceito jurídico, ou seja, uma soberania personalizada, individual e, para isso, a constituição de um elemento soberano a partir de sua limitação é justamente a impossibilidade de atuação soberana. Um ator político soberano limitado tem sua soberania relativizada e seu poder de atuação em uma situação limite deslegitimado.

Em Schmitt a validade só tem sentido depois do Soberano, que em si, não necessita deste elemento, pois nele repousa a ideia de legitimidade, que supre a categoria da forma jurídica por conta do seu elemento fenomenológico, enquanto o único elemento fenomenológico da estrutura jurídica não repousa na política, mas na liberdade que ao ser percebida já é integrada em um quadro normativo.

Nesse princípio a identidade define o fenômeno do governo, isto é, não se faz na forma jurídica ou em sua formalidade, mas a partir de uma relação estrutura entre movimento identificador do povo para formação do Estado (*Staat, Bewegung, Volk*). A função tricotômica de Estado para Schmitt é fenomenológica, não há estado sem um movimento de unidade e reconhecimento entre o povo, somente assim é possível a representação unificada, não por meio de debate e participação de sufrágio, mas por aclamação de reconhecimento.

A representação deve agir como unidade de ordem em relação a seus sujeitos, ou seja, no conceito de democracia para uma possibilidade decisionista, que se opõe a democracia parlamentar, o Soberano personificado tem o dever de manter o conceito de Estado a partir de unidade indivisível.

Daí o grande problema de reconhecer direitos da personalidade como um conceito fora do direito. Despersonalizá-los significa ocupa-los de uma categoria de decisão, por conseguinte, ocupá-los a partir de uma personalização, ainda que dentro de um contexto de uma aparente democracia, seria ainda uma democracia fenomenológica que tem sua vinculação a uma realização de promoção de homogeniedade.

O direito não pode ter decisões subjetivistas, pela sua própria natureza, portanto, ao permitir a relação da decisão com relação ao fenômeno, o decisor não aplica, necessariamente o direito subjetivo, mas sim a apreensão da função daquela personalidade quanto seu conceito culturalmente axiológico. Em outras palavras, de universalidade, passa a ser homogeneidade axiológica da cultura determinada em determinado espaço-temporal.

4 Considerações finais

Delimitando-se à hipótese apresentada, observou-se que a delimitação de direitos da personalidade carrega em si um elemento essencialmente normativo e não, como se tenta justificar, com o fundamento de efetivação, uma essência subjetiva.

Por personalidade, em sentido filosófico-sociológico podemos, sim observar e discutir sua função de identidade e diferenciação, ainda que para isso seja necessário levar em consideração delimitações históricas e culturais. Entretanto é essa delimitação que não alcança o plano do *dever-ser* e, naturalmente o conceito do quadro normativo presente na relação entre norma e personalidade.

Não há como observar personalidade como uma condição de existência da norma, pois, personalidade, em sentido jurídico, trata-se de uma estrutura de categorização aberta de promoção de liberdade em sentido de ato volitivo contratual pressuposto para validade da institucionalização da democracia parlamentar liberal por meio de um purismo metodológico.

Tirar da categoria hipotética a personalidade é colocá-la em uma radicalização subjetiva, isto porque seu efeito não é a garantia de *dignidade* no sentido do direito privado, mas a realização de uma decisão de conflitos fundada na apreensão de um sistema histórico-cultural de juízo de valor, ou seja, a decisão não tem um pressuposto universalista, mas a relação idiossincrática da decisão com a personalidade subjetiva cria uma necessidade de homogeneização conceitual sobre o conceito pessoalista do indivíduo, esse fora do conceito de sujeito de direito, ou seja, um espaço excepcional normativo que é definido a partir de uma decisão *ex nihilo*, não no sentido de invenção, mas de afastamento do indivíduo sob a julgamento, para os juízos atribuídos pelo decisor.

Afastar a personalidade do conceito de norma é, ao mesmo tempo, que a fragilização da própria norma, mas também o afastamento da subjetivização. Trata-se da personalização do juízo do decisor sobre o indivíduo sob um aspecto homogenizado de cultura determinado, não por um pressuposto jurídico hipotético, mas sob um pressuposto moral determinado fora da validade.

Com isso, o presente trabalho, a partir do debate de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a personalização ou despersonalização da norma pode observar que não há necessidade de busca de um novo conceito de constitucionalismo para a efetivação de direitos da personalidade, esse afastamento somente aproxima o indivíduo da exceção de garantias do direito. A crítica, ou a fundamentação, para uma efetivação dos direitos de personalidade repousam justamente na própria democracia parlamentar de metodologia purista do positivismo. Trata-se de observar pressupostos do constitucionalismo e a partir dele definir parâmetros para efetivação, isso porque, os direitos da personalidade são essencialmente relações de *dever-ser* aplicadas diretamente apenas ao *sujeito de direitos*, como elemento normativo.

Referências

- BARRADAS, Abril Uscanga. Problemas de la democracia liberal: un breve análisis. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 20-35, Jan.-Abr., 2018.
- CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 1, 2019.
- CALISSI, Jamile Gonçalves. A identidade como um direito fundamental articulado a partir dos direitos da personalidade. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org). *Acesso à justiça e os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal Editora, 2015.
- CAMPBELL, Tom D. *Democracy, Human Rights, and positive law*. 16 Sydney L. Rev. 195, 1994.
- CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 1, 2019.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona. Acesso à justiça e direitos da personalidade: linhas gerais da experiência portuguesa. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org). *Acesso à justiça e os direitos da personalidade*. Birigui: Boreal Editora, 2015
- FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 1, 2019.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 2, 2019.
- MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 6, n. 2, 2018.
- MAITLAND, Frederic William. Moral Personality and Legal Personality. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, v. 6, n. 2 (1905), pp. 192-200, 1905

NEETHLING, Johann. Personality rights: a comparative overview. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 38, n. 2 (JULY 2005), pp. 210-245, 2005.

PEIXOTO, Fabiano Hatmann. Análise da argumentação jurídica em decisão judicial: desenvolvimento e aplicação de modelo analítico-sintético. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 206-222, Set.-Dez., 2017.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Massachusetts: Harvard University press, 2003.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. O outro Miguel Reale e a “autodefesa” da democracia *in Revista Espaço Acadêmico*, n. 213. p. 83-93. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, Fevereiro/2019.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 23 junho 2019.

SÁ, Alexandre Franco de. *Do decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania*. Coleção Artigos LusoSofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. 2ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SMITH, Bryant. Legal personality. *The Yale Law Journal*, v. 37, n. 3 (Jan., 1928), pp. 283-299, 1928

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impacto on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 2, 2019.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 2, 2019.

VILLADANGOS, María Esther Seijas. La centralidad del parlamento. Una teoría crítica de sus funciones. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 24-54, Septiembre-Diciembre, 2018.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. v. 7, n. 1, 2019.