

**DIREITO MORAL EM SANTO TOMÁS DE AQUINO: UMA ALTERNATIVA AO
POSITIVISMO JURÍDICO
MORAL LAW IN ST. THOMAS AQUINAS: AN ALTERNATIVE TO LEGAL
POSITIVISM**

Marcos José Carvalho Moreira Júnior e Renan Martins de Menezes
Graduandos do Curso de Direito do Centro Universitário São José.

Irineu Carvalho de Oliveira Soares

Doutor e Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).

Solano Antonius de Sousa Santos

Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF).

RESUMO

O foco deste artigo é a contraposição entre o positivismo jurídico de Hans Kelsen e a filosofia moral de Santo Tomás de Aquino, sugerindo o pensamento tomista como uma alternativa moderna para preencher as falhas éticas do sistema normativo. A pesquisa visa, essencialmente, evidenciar que um ordenamento jurídico que se atenha, unicamente, à formalidade técnica e que não se relacione com princípios morais na verificação de sua validade, é incapaz de assegurar justiça e a proteção dos direitos fundamentais. Adota-se, portanto, uma pesquisa de caráter bibliográfico e documental, de natureza dedutiva, que se fundamenta na revisão de teorias do jusnaturalismo e do positivismo, além de uma passagem pela hermenêutica e pela concretização constitucional de Konrad Hesse. O trabalho usa como exemplo prático da indispensabilidade de limites éticos o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, quando a Corte rechaçou a tese processual da "legítima defesa da honra". O que se pretende analisar, neste caso, é apenas a possibilidade real, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de uma tese aparentemente legal ser afastada pela aplicação de um princípio moral, visando à proteção do bem maior que é a vida.

Palavras-chave: Juspositivismo, Jusnaturalismo e Bem comum.

ABSTRACT

This article examines the contrast between Hans Kelsen's legal positivism and the moral philosophy of Saint Thomas Aquinas, proposing Thomistic thought as a modern alternative to address the ethical deficiencies of the normative system. The research essentially aims to demonstrate that a legal system based solely on technical formalities and devoid of moral principles to verify its validity is incapable of guaranteeing justice and the protection of fundamental rights. To this end, a deductive, bibliographical, and documentary approach is adopted, based on an analysis of natural law and positivist theories, as well as a study of hermeneutics and the constitutional concretization of Konrad Hesse. The work uses as a concrete example of the indispensability of ethical limits the decision no. 779 of the Supreme Federal Court (ADPF), in which the Court rejected the procedural argument of "legitimate defense of honor". What we propose to analyze here is the real possibility, within the Brazilian legal system, that an apparently legal thesis can be invalidated by the application of a moral principle aimed at protecting the common good, namely, life.

Keywords: Legal positivism, natural law, and the common good.

1 INTRODUÇÃO

O debate entre o direito natural e o direito positivista tem se consolidado como um dos temas centrais da filosofia do direito. O direito positivista, representado por autores como Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria Pura do Direito* (2009, p.215 - 217), afirma que a validade da norma não deve ser aferida por outro método que não a observância do rito previsto para a sua criação, independentemente de seu valor moral e político.

Já para a visão naturalista, sobretudo pensadores como Tomás de Aquino em sua obra *Suma Teológica*, *prima secundæ* (2016, p.545), não é considerado lei o que não for justo, ou seja, para o filósofo aquilo que é justo, é justo segundo a razão que é a primeira regra da "Lei Natural". Se esta norma de alguma maneira discordar desta mesma Lei Natural ela não pode ser considerada norma, mas um fantasma corrompido desta. Para o Aquinate, a norma válida precisa visar o primeiro princípio da razão prática, o "fim último", que como diziam alguns filósofos gregos, era a Felicidade com tudo o que ela compreende e em dependência à comunidade civil.

É nesse horizonte que a filosofia de Tomás oferece uma resposta consciente às insuficiências do positivismo jurídico. O presente estudo não apenas revela os limites do positivismo, mas busca reafirmar a necessidade de integrar a dimensão ética à estrutura normativa, de modo a assegurar que o direito cumpra sua finalidade essencial

Não pretendemos encontrar soluções para questões debatidas há mais de um século. Porém queremos expor que certas questões contemporâneas talvez fossem melhores respondidas com princípios do direito natural.

Para que possamos transpor essa discussão da filosofia para a prática jurídica contemporânea, é fundamental o auxílio da hermenêutica. Nesse ponto, os métodos tradicionais revelam-se mecanismos insuficientes, sendo necessária uma leitura concretizada, conforme sugerido por Konrad Hesse, que utiliza do confronto do texto normativo com a realidade dos fatos e os princípios fundamentais em vigor para solucionar aparentes conflitos entre direitos.

Um exemplo prático que demonstra a necessidade de uma intersecção entre a moral e o direito brasileiro atual foi o enfrentamento da “legítima defesa da honra” pelo Supremo Tribunal Federal, tese que foi abrigada por décadas sob o pressuposto positivado da ampla defesa (pré constituição de 1988) e da plenitude de defesa (pós constituição de 1988), através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, em uma intervenção que demonstrou a preponderância de princípios morais e da defesa da vida em relação a arranjos meramente formais.

Em vista desse problema, o presente artigo se organiza em três eixos centrais. A princípio, a fundamentação teórica expõe as falhas que o modelo kelseniano apresentou na prática jurídica e a contrapõe com a essência da lei para o bem comum, postulado por Tomás de Aquino. Depois, analisam-se as inovações na hermenêutica constitucional sob a ótica da teoria de Hesse. Por fim, realiza-se um estudo de caso da ADPF 779, evidenciando a necessidade do operador do direito buscar a máxima efetividade da norma através da busca da essência desta.

2 O POSITIVISMO VS. DIREITO NATURAL EM TOMÁS DE AQUINO

2.1. A Teoria Pura de Hans Kelsen

2.1.1 O Conceito de Validade Normativa

O cerne da dinâmica jurídica proposto por Kelsen (2009, p.215 - 217) consiste em compreender que os parâmetros de aferição para a validade de uma norma jurídica, não pode ser extraído de um fato social, mas tão somente na sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior. Logo, uma vez que uma norma é editada por uma autoridade competente para tal e está em consonância com o ordenamento jurídico ao qual está inserida, esta gerará um efeito vinculante a todos os seus destinatários.

É importante salientar a figura da “autoridade competente”, uma vez que a sua autoridade para legislar e vincular os destinatários da norma, o seu poder legiferante advém de uma norma que deu poderes para tal. Deste modo, o sistema de normas cria uma sequência de elos com normas e autoridades superiores para a garantia da validade.

Através de um pequeno raciocínio lógico, é possível inferir que essa sequência de elos criaria uma rede vertical infinita de normas que buscam validade em outra hierarquicamente superior. E mesmo que pensássemos em uma norma que ocupasse o topo desta cadeia, seríamos levados a questionar: “Qual é a autoridade competente para editar esta norma?” e logo “Quem lhe conferiu este poder?”. E cairemos novamente neste looping normativo pois precisaríamos de uma outra norma que conferisse poderes a esta autoridade e assim sucessivamente. (2009, p.215 - 217)

Kelsen pensou que a norma que ocupa o topo da cadeia normativa, não pode ser posta por autoridade alguma, pelo fato desta não poder buscar a validade em outra norma igualmente posta, e para tanto deveria ser uma norma pressuposta. Esta dinâmica cria um sistema de normas ancorado nesta norma fundamental, que Kelsen chamou de *Grundnorm*, que constitui a unidade de uma pluralidade normativa. Sendo ela norma fundamental, toda norma que encontra nela a sua validade, integra esta cadeia normativa, que Kelsen chamou de “sistema de normas”. (2009, p.215 - 217)

2.1.2. Os Sistemas Estático e Dinâmico

Kelsen (2009, p.217 - 221) diferencia o sistema normativo em suas categorias fundamentais: os sistemas estáticos, cujo a norma encontra-se vinculada ao conteúdo da norma pressuposta, sistema clássico do jusnaturalismo, e o sistema dinâmico, desta vez típico do positivismo, no qual o fundamento para a validade da norma encontra-se exclusivamente no ato de criação por uma vontade autorizada, independentemente do valor ético do conteúdo.

No sistema normativo estático, a vinculação do conteúdo da norma posta e o da pressuposta, permite, através de uma dedução, chegar ao conteúdo desta. A norma fundamental fornecerá tanto o fundamento quanto o conteúdo de validade.

No sistema dinâmico, o conteúdo da norma fundamental não será o parâmetro de validade, mas sim a forma, o comando a que deve responder a norma editada, e quem é competente para tal. Ou seja, trata-se de um sistema balizador em que o detentor do poder legiferante deverá utilizar para que a norma integre este sistema jurídico. Devido ao fato de não haver essa vinculação com o conteúdo na norma fundamental, como visto no sistema anterior, não é possível chegar ao seu conteúdo por dedução, uma vez que o que importará para a validade normativa é como e por quem foi feita, e não o que foi escrito.

2.1.3. A Norma Fundamental (*Grundnorm*)

A norma fundamental kelseniana apresenta-se como uma condição lógico-transcendental, que não possui conteúdo material próprio, limitando-se a determinar que se deve obedecer ao poder constituído, o que estabelece o seu fundamento exclusivamente na formalidade e na técnica, dissociado de qualquer fator metajurídico.(2009, p.224 - 228)

Ao contrário do que se pode pensar, a norma fundamental não é fruto da escolha arbitrária, mas sim um pressuposto necessário para a validade de todo o sistema. Sem essa pressuposição, seria impossível interpretar um ato de força, como por exemplo o exercício do poder constituinte originário como um ato jurídico legítimo.

Portanto, a *grundnorm* fornece ao ordenamento jurídico uma unidade estritamente lógica, ao centralizar em si o fundamento de todas as outras normas. Ao fazê-lo, Kelsen isola a validade jurídica de qualquer sentido de justiça, valor moral ou finalidade política, impedindo que parâmetros que transcendam o direito positivo, interfiram na análise da existência da norma. O sistema, assim, fecha-se em uma autorreferencialidade técnica, onde o direito é válido simplesmente por ser o direito, e não por ser um direito justo ou que promova a paz social. (2009, p.224 - 228)

2.1.4. A estrutura escalonada da ordem jurídica

A ordem jurídica não é definida como um sistema de normas situadas no mesmo plano, mas como uma construção escalonada formada por diferentes camadas ou níveis normativos. Unidade essa que é fundamentada em uma norma superior, cuja criação foi determinada por esta, em um processo que, em última instância, remete à norma fundamental pressuposta.

Nesse arranjo, a interação entre a norma superior e a inferior é de controle e implementação. A norma superior estabelece não apenas a formalidade a que a norma inferior deve ser submetida, mas também pode, em certa medida, pré-definir o seu conteúdo. Dessa forma, cada ato jurídico representa tanto a aplicação de uma norma superior quanto a criação de uma norma inferior.

Essa hierarquia vai desde a Constituição, que é o nível mais alto do direito positivo que regula a criação de normas gerais, até as normas individuais. Assim, o processo de formação do direito avança em direção à individualização ou concretização progressiva: partindo do geral e abstrato até o ato específico de aplicação da sanção.

O positivismo ao divorciar a validade da norma com o conceito de justiça, como proposto por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito, inevitavelmente levará o direito para uma visão estreitamente instrumentalista.

Tomemos por exemplo a seguinte proposição: Uma norma pode ser válida, porém totalmente desprovida de justiça. Basta que voltemos alguns poucos séculos e veremos que a compra e a venda de pessoas escravizadas eram perfeitamente legal. Não está hoje em discussão o fator moral e o quão abjeto é a ação de um ser humano escravizar

a outro, porém foram ações que outrora estavam amparadas pela estrita legalidade, pois era uma norma válida.

Ao passo que o único parâmetro de validade é a observação do rito previsto para a nascimento da norma, também se possibilita o uso desta para quaisquer interesses que não o bem comum. Por consequência, o povo, do qual o poder emana, vê-se cada vez menos representado por seus próprios mandatários.

2.2. A lei moral segundo Tomás de Aquino

2.2.1 A essência da lei segundo Tomás de Aquino

A abordagem positivista, ao se concentrar unicamente na validade (a conformidade com o rito e a promulgação por autoridade competente), reconhece a existência de normas que são formalmente perfeitas, mas intrinsecamente injustas, como no caso da escravidão. Esse contexto evidencia a falência ética do positivismo estrito, uma vez que a autonomia da norma, sem um fundamento moral, faz com que o direito esteja sujeito a atender a interesses privados em vez do bem coletivo, o que resulta no aumento da desconfiança nas instituições. O positivismo permite que uma norma seja válida e eficaz, mas extremamente injusta, caracterizando-a como uma "corrupção da lei".

Questão 95

Art.1- Se é útil terem os homens estabelecidos leis.

Como do sobredito resulta, o homem tem aptidão natural para a virtude; mas a perfeição mesma da virtude é forçoso adquiri-la por meio da disciplina. Assim, vemos que é por alguma indústria, que satisfaz às suas necessidades, por exemplo, as do comer e do vestir. Dessa indústria já a natureza lhe forneceu o início, a saber, a razão e as mãos; não porém o complemento, como o fez para os outros animais, a que deu cobertura dos pêlos e alimentação suficiente. Ora, para a disciplina em questão, o homem não se basta facilmente a si próprio. Pois, a perfeição da virtude consiste principalmente em retrai-lo dos prazeres proibidos, a que sobretudo é inclinado, e, por excelência, os jovens, para os quais a disciplina é mais eficaz. Logo, é necessário que essa disciplina, pela qual consegue a virtude, o homem a tenha recebido de outrem. Assim, para os jovens naturalmente inclinados aos atos da virtude, por dom divino, basta a disciplina paterna, que procede por advertências. Certos, porém, são protervos, inclinados aos vícios e se não deixam facilmente mover por palavras. Por isso é necessário

sejam coibidos do mal pela força e pelo medo, para que ao menos assim, desistindo de fazer o mal, e deixando a tranquilidade aos outros, também eles próprios pelo costume sejam levados a fazer voluntariamente o que antes faziam por medo, e deste modo se tornem virtuosos. Ora, essa disciplina, que coíbe pelo temor da pena, é a disciplina das leis. Por onde é necessário, para a paz dos homens e para a virtude, que se estabeleça leis. Pois, como diz o filósofo, o homem se, aperfeiçoado pela virtude, é o melhor dos animais, afastado da lei e da justiça, é o pior de todos. Porque tem as armas da razão, para satisfazer as suas paixões e crueldades, que os outros animais não tem.

Segundo o Aquinate (2016, p.545), a lei é uma ordem da razão voltada para o bem comum¹, promulgada pelo povo ou seus representantes. Etimologicamente, a palavra "lei" vem do latim "lex" ou "legis", que significa regra; contudo, uma origem mais antiga poderia ser "legere", que significa reunir, coletar ou ligar. Podemos, portanto, deduzir que a lei é uma regra ou medida que nos leva a agir ou a nos abster de agir.

Questão 90

Art.1- A lei é uma regra e medida dos atos, pela qual somos levados à ação ou dela impedidos. Pois, lei vem de ligar, porque obriga a agir. Ora, a regra e a medida dos atos humanos é a razão, pois é deles o princípio primeiro, como do sobredito resulta. Porque é próprio da razão ordenar para o fim, princípio primeiro do agir, segundo o Filósofo². Ora, o que, em cada gênero, constitui o princípio é a medida e a regra desse gênero. Tal a unidade, no gênero dos números, e o primeiro movimento, no dos movimentos. Donde se conclui que a lei é algo de pertencente à razão.

Para Tomás, o primeiro princípio das ações humanas é a razão; ela as mede e ordena com vista ao fim último, que, segundo Aristóteles (2016, p.546), é a felicidade. Considere o exemplo do código de trânsito, que nos obriga a parar no sinal vermelho; esta é uma lei racional porque a razão ordena a ação, ou seja, o ato de parar é ordenado em prol da segurança e da preservação da vida.

Podemos, portanto, afirmar que a lei deve sempre visar o bem comum, que deve sempre preservar a felicidade em detrimento da "comunidade"; uma lei que visa apenas uma "obra particular" não tem a natureza de uma lei, como, por exemplo, quando um

¹ O bem comum é a razão ordenada para a felicidade e a utilidade de todo o povo, sendo o parâmetro moral que separa a verdadeira lei de uma simples violência ou corrupção. É o último fim da lei, isto é, a felicidade da comunidade e a preservação da justiça e da paz social em face dos interesses meramente particulares. Como essência da norma justa, garante que o direito favoreça o bem comum, baseando a validade jurídica na lei natural e na utilidade para a coletividade.

² Aristóteles

legislador decide, por mero impulso, criar uma lei que estipule que, em dias ensolarados, todos devem dirigir em marcha à ré.

2.2.2 Definição de lei natural em Tomás de Aquino

Para Tomás de Aquino (2016, p.546), a lei natural consiste em princípios morais universais e imutáveis, inscritos na natureza humana pela razão, princípios que inclinam a humanidade a buscar sempre o bem em vez do mal. Disso se deduz que a lei natural não é um elemento externo, mas inerente à razão humana. A preservação da própria vida, a preservação da espécie e a tendência à organização em sociedades são exemplos disso.

Questão 90

Art. 2- Se a lei se ordena sempre para o bem comum, como para o fim.

Como já dissemos, sendo a lei regra e medida, ela depende do que é o princípio dos atos humanos. Ora, como a razão é o princípio destes atos, também nela há algum primeiro princípio, que o é de tudo o mais. Por onde necessariamente a este há de a lei pertencer, principal e maximamente. Ora, o primeiro princípio, na ordem das operações, à qual pertence a razão prática, é o fim último. E sendo o fim último da vida humana a felicidade, ou beatitude como já dissemos, há de por força a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude. Demais, a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito à ordem para a felicidade comum. E, por isso, o Filósofo, depois de dar a definição do legal, faz menção da felicidade e da comunhão política. Assim, diz: considerando como justo legal o que faz e conserva a felicidade, com tudo o que ela compreende, em dependência da comunidade civil. Ora, a comunidade perfeita é a cidade, como diz Aristóteles. Porém, em qualquer gênero, o que é principal é princípio de tudo o mais que a esse gênero pertence, e que é considerado em dependência dele. Assim, o fogo, quente por excelência, é a causa do calor dos corpos mistos, considerados quentes na medida em que participam do fogo. Por onde necessariamente a lei sendo por excelência relativa ao bem comum, nenhuma outra.

Seguindo essa lógica, toda lei humana deve estar em conformidade com esta lei natural, pois essa mesma lei natural é uma manifestação da razão que, como foi dito, é o princípio primeiro de todas as ações humanas. Em consequência disso, toda lei humana, que de alguma maneira viole a lei natural, não pode ser considerada lei, mas tão somente uma mera corrupção dela, como é possível extrair da obra “Filosofia-

Antiguidade e Idade média” de Dario Antiseri e Giovanni Reale no capítulo “A grande síntese de Tomás de Aquino” (2017, p.578)

Se essencial para a lei humana é sua derivação da natural, é então evidente que, quando a lei humana contradiz a natural, ela não existe como lei. Essa é a razão pela qual a lei deve ser justa. Como já para Agostinho, também para Tomás “não parece que possa haver lei se ela não é justa”. “*Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*”³, se perguntava Agostinho. E Tomás sustenta que uma lei é tal somente enquanto é justa. Se uma lei positiva estivesse em desacordo com a lei natural, então ela “não seria mais uma lei, mas corrupção da lei”. A lei deve ser justa. São Aristóteles e Cícero os autores aos quais Santo Tomás faz referência para a sua teoria da justiça. No Digesto, a justiça é defendida como “vontade perpétua de atribuir a cada um o seu direito”. Tomás se apropria dessa definição e a corrige deste modo: A justiça é “a disposição (*habitus*) do ânimo, na qual, com constante e perpétua vontade, se atribui seu direito a cada um”. A justiça se distingue em comutativa (aquela que acontece nos intercâmbios de duas pessoas) e distributiva (aquela que faz com que na comunidade se distribua o que é comum entre as pessoas de modo proporcional).

A derivação da lei natural pode ser feita de duas maneiras distintas: por inferências diretas a partir de princípios ou pela determinação de certos princípios gerais. Na primeira forma, a derivação vem diretamente dos princípios universais, ou seja, partindo de certo pressuposto universal, deduz-se alguma norma. Temos como exemplo o princípio universal da preservação da própria vida, de onde podemos retirar o direito à legítima defesa ou o princípio de fazer o bem, de onde podemos deduzir a norma de não matar ou de não roubar.

A segunda forma utiliza um meio determinativo, especificando um princípio universal que seja muito geral, por exemplo, o princípio que diz que devemos contribuir para o bem comum e a “manutenção” da sociedade, que precisa ser determinado e especificado. Como em uma lei tributária, a contribuição é essencial, mas precisa haver uma estipulação de valores. Nessa segunda forma, uma lei puramente humana é determinada a partir de um princípio natural.

A avaliação da dicotomia jusfilosófica, traçada pelos critérios de Kelsen e aprofundada pela hierarquia das leis de Tomás de Aquino (Lei Natural e Lei Humana), possibilita desenvolver uma crítica sólida à pretensão do positivismo jurídico de restringir a validade da norma a critérios exclusivamente formais.

³ Então, quando a justiça é removida, o que são os reinos senão grandes roubos?

Assim, o direito moral tomista serve como um requisito de legitimidade para a norma positiva. O positivismo jurídico comete um erro ao absolutizar a validade formal (critério da Lei Humana) e desconsiderar a justiça material (critério da Lei Natural). Tomás de Aquino afirma que uma lei humana que se distancia da razão e da justiça intrínsecas à Lei Natural não é somente uma lei injusta, mas, em última análise, uma não-lei, perdendo assim sua obrigatoriedade em termos de consciência.

Dessa forma, a filosofia de Tomás de Aquino não descarta a relevância da lei positiva (Lei Humana); ao contrário, ela a coloca sob a égide de um imperativo ético e racional superior, proporcionando uma resposta sólida à questão intrínseca do positivismo: a possibilidade de um direito que é perfeitamente legal, mas moralmente repugnante. Na perspectiva tomista, a moralidade é a base racional que assegura que a norma jurídica atinja seu objetivo principal: fomentar uma vida virtuosa e o bem-estar da sociedade.

3 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO KONRAD HESSE

Conhecemos o brocardo jurídico que afirma que a sentença é a norma do fato concreto. Mas o que isso significa? Significa dizer que, ao estar diante de um caso concreto, o magistrado, em sua função precípua de prestar jurisdição, aplicará a norma a este fato, ou seja, irá retirar a norma da abstração e dar-lhe uma finalidade prática.

Existem alguns métodos clássicos para que o operador do direito alcance este objetivo, utilizando de métodos clássicos de interpretação. É possível compreender a norma apenas extraíndo os sentidos de suas letras, interpretação essa que conhecemos por “gramatical”. Ou então se voltar para o contexto histórico em que a referida norma foi editada. Ou ainda a real intenção que o legislador teve ao editar a norma, para melhor definir o seu alcance, e que conhecemos por interpretação teleológica. No entanto, essa perspectiva tradicional tem um viés excessivamente mecanicista, que busca alinhar o direito a uma ciência completamente exata e formal, desconsiderando a complexidade das interações sociais que o fundamentam.

Contudo, para Hesse (1998, p.56), esses métodos clássicos de interpretação não se mostram como os mais adequados. O autor critica a tentativa de decifrar a vontade do legislador, ação que hoje é insuficiente e ilusória. O legislador não poderia prever todos os fatos futuros a que a norma editada poderia servir, razão pela qual é ilógico se imergir na subjetividade daquele no momento que a editou. Estaria o intérprete tentando ler a mente do legislador sobre um problema no qual ele jamais pensou. Isso ocorre porque a norma oferece apenas pontos incompletos de apoio, e não a resposta exata ao caso. Para este problema, Hesse propõe uma interpretação da constituição através da concretização. Isso significa dizer que o conteúdo desta só ganha vida quando é cruzado com a realidade do caso. A interpretação passa a constituir um ato criador, onde o operador do direito se utilizará destes pontos incompletos fornecidos pela norma (v.g princípios constitucionais) e os confrontará com o problema prático, para assim construir, ou seja, concretizar, a resposta no momento da aplicação. Deste modo, seria desaconselhável a interpretação abstrata da norma.

Ao explorar mais a fundo o conceito da concretização, é importante destacar que o intérprete não atua em um vácuo histórico ou social. Quando o problema lhe é submetido, ele inicia a análise a partir de uma pré-compreensão moldada pela sua experiência e saber jurídico, que funciona como um primeiro elo entre o texto frio da lei e a densidade dos fatos. O conteúdo normativo é formado no instante da aplicação, ou seja, o operador do direito deve levar em conta as particularidades do caso concreto para alcançar o verdadeiro objetivo da norma. Ademais, a interpretação constitucional, na visão de Hesse, constitui um ato uno, de modo que, ao revés do pensamento clássico em que o operador do direito busca conhecer o sentido da norma, para só então aplicá-la ao fato, realizando uma espécie de subsunção mecânica do fato à norma, separando estas etapas em momentos distintos. Neste procedimento uniforme, subverte-se do método clássico uma vez que não se pode proceder à interpretação da Constituição no vazio, sem ter um conflito real diante dos olhos.

Para guiar o processo de concretização, Konrad Hesse formula princípios fundamentais, que atuam como a base constitucional para a interpretação. O primeiro deles consiste no princípio da unidade da Constituição. Segundo este princípio, a norma individual não deve ser interpretada de forma isolada, mas sim em relação a todo o texto

constitucional como um todo. Aqui o foco está voltado em reconhecer que nenhuma norma da Constituição deve ser interpretada de forma a gerar contradições com outras, mantendo as decisões essenciais da ordem constitucional e evitando interpretações unilaterais.

Em conjunto com o princípio da unidade da constituição e da concordância prática, o autor traz o princípio da concordância prática, essencial para a resolução de conflitos entre direitos. Hesse vai dizer que os princípios constitucionais devem ser conduzidos de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Isso implica dizer que, entre um aparente conflito, deve-se utilizar de meios que não aniquilem um em detrimento do outro. É sabido em ampla doutrina constitucional que não há hierarquia entre princípios, devendo o operador do direito sopesar a aplicação de um ou outro, no caso concreto, de modo a dar maior efetividade à norma constitucional.

Trazendo a questão para conceitos práticos, vemos em nossa corte constitucional mecanismos de interpretação nos quais podemos nos debruçar para entender melhor o que se propõe. A interpretação conforme a constituição é um mecanismo de controle de constitucionalidade em que, ao declarar a constitucionalidade de uma norma, o tribunal a confere a interpretação que está de acordo com o paradigma constitucional. Este ato, em paralelo ao proposto por Hesse, prestigia o legislador quando ao invés de declará-la inconstitucional, a mantém no ordenamento jurídico.

Em síntese, a hermenêutica de Konrad Hesse demonstra que a interpretação constitucional não se encerra na abstração dos métodos tradicionais. Ao substituir a mera subsunção pela concretização, o autor fornece meios para maximizar a eficácia das normas constitucionais diante da realidade. Com essas premissas devidamente estabelecidas, o presente estudo passa a demonstrar como a jurisdição brasileira aplica esta lógica para solucionar problemas práticos e complexos, como na análise de um importante julgado que será explorado a seguir.

4 A NECESSIDADE DA MORAL E DO BEM COMUM NA PRÁTICA JURÍDICA

Após a exposição das bases teóricas que sustentam as ideias dos aludidos autores, faz-se necessário propor um ponto de intersecção: Quais valores podem ser

transportados para a sociedade do presente? Isto é, onde em uma sociedade juridicamente estruturada na lei positiva, os princípios da lei natural podem compor uma estrutura harmônica? Quais lacunas do direito positivo podem ser preenchidas com princípios do direito natural sem que se incorra em anacronismos? Neste capítulo, apontaremos como alguns princípios do direito natural podem servir como alternativa onde o direito positivo tende a deixar inconsistências.

4.1. Da Legítima Defesa da Honra à ADPF 779

Em outubro de 1979, na cidade de Búzios, no Rio de Janeiro, um julgamento que direcionou os holofotes da mídia, trouxe encartado uma tese que servirá para a presente análise. Um homicídio perpetrado contra uma mulher, pelas mãos de seu companheiro. O caso em tela é o da socialite brasileira Ângela Diniz, morta de maneira brutal e covarde por seu companheiro, o senhor Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como “Doca Street”.

Ao ser levado a julgamento, a defesa de “Doca”, patrocinada pelo renomado advogado, e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Evandro Lins e Silva, utilizou como o seu principal argumento de defesa a justificativa de que o seu cliente praticou tais atos em resposta à conduta da vítima. Esta tese é conhecida pelo nome de LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA (Uma interpretação do Art. 25 do DECRETO-LEI Nº 2.848 - Código Penal). Em síntese, trata-se da tentativa de afastar a antijuridicidade da conduta, alegando que quem a praticou o fez em defesa da sua honra subjetiva.

Em primeira análise, poderia se pensar que, fazendo vênias a todo e qualquer princípio moral e ético que alguém possa ter sobre o caso, a constituição de 1969, no artigo 150, §15, garantia a ampla defesa aos acusados submetidos à um julgamento.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

Trazendo agora para a nossa realidade constitucional, a carta magna de 1988 passou a prever expressamente, como garantia de todo o indivíduo submetido ao julgamento perante ao egrégio tribunal do júri, não mais a ampla defesa, mas a plenitude de defesa. Ou seja, todos os meios que não contrariem a boa-fé e os princípios gerais do direito, passaram a ser admitidos como matéria de defesa em casos como este. Estamos agora diante de uma permissão constitucional. Uma tese jurídica que, embora não fosse a mais ética, era estritamente legal.

No cenário jurídico, essa questão muda com o advento da ADPF 779 que em 2023, declarou inconstitucional a tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres. A Suprema Corte firmou o entendimento de que, nas palavras do voto do exmo. Min. Alexandre de Moraes, “não seria possível lavar a honra com sangue”. Esse entendimento passou a ter aplicação imediata e vinculante em todo o território nacional, produzindo efeito em diversos tribunais ao afastar a tese inconstitucional⁴.

Sob esta ótica, a norma ou a tese que não se ordena ao bem comum perde a sua essência de lei. O Supremo Tribunal Federal, ao afastar a tese da legítima defesa da honra, afasta por conseguinte o positivismo estrito, que abrigava essa tese, adotando raciocínio semelhante. No julgado em análise, o Ministro Dias Toffoli desconstrói a narrativa sustentada de auto defesa, evidenciando que a conduta se trata, na verdade, de um ataque injustificável à dignidade e à vida humana.

Assim, aquele que pratica feminicídio ou usa de violência em razão de ofensa a sua honra não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa.
(STF, 2023, p. 22)

⁴ A título de exemplificação da aplicação vinculante da ADPF 779 pelas instâncias ordinárias, destacam-se recentes julgados de diversos Tribunais de Justiça do país:

(a) **TJ-BA** (Apelação 0004865-40.2010.8.05.0248, Pub. 02/12/2025), que anulou julgamento do júri por considerar inadmissível a absolvição implícita baseada na tese da legítima defesa da honra;

(b) **TJ-SP** (Apelação Criminal 1500762-66.2024.8.26.0594, Pub. 06/10/2025), que rechaçou a tentativa de desqualificação da motivação do crime amparada em suposta traição;

(c) **TJ-SC** (Recurso em Sentido Estrito 5001409-33.2025.8.24.0089, Pub. 17/06/2025), que vedou a absolvição sumária ou impronúncia baseada nesta tese, por afrontar princípios constitucionais; e

(d) **TJ-PR** (Apelação 0018513-80.2019.8.16.0017, Pub. 13/03/2026), que aplicou a tese do STF para impedir que a defesa se beneficie da própria torpeza ao suscitar a nulidade baseada neste argumento inconstitucional.

Estamos diante de um escopo não positivado. A honra, atributo subjetivo, e o direito à defesa, são garantias constitucionais. Neste ponto a jurisdição vê-se obrigada a voltar-se a princípios para impor um limite e concluir que a aludida tese não encontra validade em nosso ordenamento. A intervenção da suprema corte, através da ADPF 779, expõe a insuficiência do positivismo jurídico estrito.

É precisamente nesse cenário de insuficiência da norma posta em que a tese central deste artigo ganha relevo. Para o Aquinate, a validade de uma construção jurídica, como a tese em tela, deve ser testada perante a sua ordenação ao bem comum. Se a lei é uma regra e medida dos atos humanos, ela deve inclinar o homem às virtudes e não às paixões que degradam a sua natureza racional. Ao considerar aceitável a justificativa da eliminação de uma vida para lavar a honra supostamente afetada, tal tese desvia-se da lei natural, que tem na preservação da vida um de seus preceitos primordiais.

Para o STF, assim como para a teoria natural, o preceito primordial da preservação da vida atua como um limite material incontestável ao poder normativo. O Relator, Min. Dias Toffoli enfatiza mais uma vez que acolher uma tese em detrimento da existência humana é incompatível com a ordem jurídica constitucional.

Trata-se, além do mais, de tese violadora dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, caput e inciso I, da CF), também pilares de nossa ordem constitucional. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação do feminicídio e da violência contra a mulher. Com efeito, o acolhimento da tese da legítima defesa da honra tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. (STF, 2023, p. 26)

Em última análise, a proferida decisão da ADPF 779, transcende a mera hermenêutica constitucional pois não firma sua existência no legalismo puro, mas em interpretar a lei como ordenação da razão para o bem comum.

Deste modo, a corte não apenas protegeu a dignidade da mulher, mas restaurou a ordem da razão, garantindo dessa forma que a norma constitucional prevista no art. 5º atinja a sua finalidade: a preservação da ordem social. Servindo como o padrão ético que distingue a lei verdadeira de uma mera violência ou corrupção.

A insuficiência de um sistema puramente positivo revela-se de forma trágica ao observarmos a história do nosso ordenamento, que em outras épocas chancelou atrocidades apenas por estarem positivadas. O Ministro Alexandre de Moraes, destaca

que foi necessário que a jurisdição constitucional contemporânea resgatasse o verdadeiro bem comum para superar a inversão de valores perpetuada pela lei posta:

Com vistas a preservar bem jurídico de tamanha valia que era considerada a honorabilidade do homem, tão importante para a preservação de status social e oportunidades de convivência pública, o ato de matar a esposa considerada infiel transformou-se historicamente em verdadeiro mérito do marido, que vinga a sua desonra com sangue. Legitimou-se, com isso, a consideração da honra masculina como bem jurídico de maior valor que a vida da mulher. (STF, 2023, p. 85)

Em suma, o julgado da ADPF 779 consolida a premissa de que a superação das insuficiências de um positivismo estrito exige o resgate de princípios éticos e morais, de modo a assegurar que o direito abandone legalismos incompatíveis e cumpra sua finalidade essencial de ordenar a sociedade ao verdadeiro bem comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que a filosofia do direito não precisa ser pensada como uma ruptura entre o direito natural e o ideal positivista que o sucedeu, como costuma ser ensinado nas bases curriculares. Embora o positivismo, consagrado pela Teoria Pura do Direito de Kelsen, tenha estabelecido um sistema lógico focado na validade normativa e na consonância material com as normas hierarquicamente superiores, ele isolou o direito de qualquer parâmetro de justiça, valor moral, histórico e sociológico. Essa visão puramente técnica demonstrou falhas, por vezes trágicas, e revelou a sua insuficiência prática.

Ao defender que a norma é válida pela simples observância de um rito e emanada de autoridade competente, pré-constituídos, independentemente de qualquer outro valor que pudesse trazer (norma pura), o positivismo permitiu a manutenção de injustiças estruturais no ordenamento jurídico. Um exemplo desta falha foi a tolerância histórica da tese da legítima defesa da honra. A tese por décadas esteve abrigada sob o prisma da

permissividade formal de garantia constitucional, essa tese evidenciou o exemplo prático dos perigos da dissociação entre o direito e a moral.

Como alternativa viável a estas inconsistências causadas por este sistema, o resgate ao pensamento de Tomás de Aquino apresenta-se, não como um anacronismo, mas como uma solução hermenêutica possível, ética e necessária. A filosofia tomista oferece uma resposta consciente ao postular que a lei humana tem a sua essência na ordem da razão humana voltada obrigatoriamente ao bem comum. Para Tomás de Aquino, a lei precisa visar o seu fim último, que é a felicidade da comunidade e a preservação da justiça e da paz social.

A convergência dos princípios do direito natural com a prática jurídica contemporânea prova que é plenamente possível haver essa interjeição entre ideias aparentemente opostas. A atuação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 779 é o exemplo de um caso prático em que uma tese, aparentemente legal, foi afastada do ordenamento jurídico, não por uma lei que a revogou, mas por não coadunar com os princípios buscados pela Constituição de 1988. A suprema corte recorreu a ideais que não se encontram simplesmente em um código, mas que permeiam todo o conjunto normativo e que pode ser sintetizado na moral que mantém a harmonia das leis.

Conclui-se, portanto, que a integração da dimensão ética à estrutura normativa é uma alternativa que, na sociedade atual, se demonstra cada vez mais urgente para superar as falhas de um positivismo cego e a busca da maior efetividade das leis e da justiça social.

6 REFERÊNCIAS

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. Filosofia: Antiguidade e Idade Média. 2ª edição. São Paulo: Paulus, 2017.

AQUINO, Tomás. Suma Teológica Vol. 2- Ia IIæ. 8. ed. São Paulo: Ecclesiae e Permanência, 2016;

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris , 1998;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2009;

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1967. Artigo 150. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> . Acesso em 08 de junho de 2026;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 779, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 01/08/2023. *In:* Jurisprudência STF. Brasília, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2026.