

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-graduação em Direito

PESSOAS:

**A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as
coordenadas da personalidade jurídica.**

DIOGO LUNA MOUREIRA

BELO HORIZONTE

2009

DIOGO LUNA MOUREIRA

PESSOAS:

A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientadora: Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Co-orientador: Dr. Antônio Cota Marçal.

BELO HORIZONTE

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M931p Moureira, Diogo Luna
Pessoas: a co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica / Diogo Luna Moureira. Belo Horizonte, 2009. 194f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá
Co-orientador: Antônio Cota Marçal
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Pessoas (Direito). 2. Sujeito de direito (Direito civil). 3. Personalidade (Direito). 4. Direitos da personalidade. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Marçal, Antônio Cota. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 342.721

Diogo Luna Moureira

PESSOAS:

A co-relação entre as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (Orientadora) – PUC Minas

Dr. Antônio Cota Marçal (Co-orientador) – PUC Minas

Dra. Taísa Maria Macena de Lima – PUC Minas

Dr. Lúcio Antônio Chamon Júnior – FEMM

Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes (suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 26 de março de 2009.

Aos meus pais, com quem comemoro mais esta conquista.

Ao meu irmão pelo companheirismo e a Shirlei pelo amor.

Aos meus familiares e amigos, em especial as minhas avós.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Professora Maria de Fátima Freire de Sá, pela confiança em mim depositada desde meu ingresso no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, além do carinho e amizade conquistados nestes anos de estudos e trabalhos contínuos. Agradeço ainda pelas lições hermenêuticas e biojurídicas que me ajudaram a repensar o Direito a partir de uma perspectiva crítica.

Ao meu co-orientador, Professor Antônio Cota Marçal, pela credibilidade que me foi confiada, e por me mostrar que ser pessoa é ser alguém que está muito além daquilo que se denominou “*essência*”.

Às professoras Wilba Lúcia Maia Bernardes e Glenda Rose Chaves pela amizade e acolhimento no Programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da PUC Minas Virtual.

Aos colegas e professores do Mestrado em Direito Privado que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento da minha pesquisa sobre pessoas e, também, da minha formação enquanto pessoa.

*“Non siamo angeli in volo venuti dal cielo,
ma gente comune che ama davvero,
gente che vuole un mondo più vero, la
gente che insieme lo cambierà.”*

A. Valsiglio, Cheope, M. Marati.

RESUMO

A partir dos mais variados pontos de vista que os estudiosos do Direito assumiram em torno do conceito de *pessoa*, e das várias possibilidades interpretativas que o próprio termo *pessoa* proporciona no Direito é que se buscou com a presente dissertação fazer uma análise das possibilidades que “ser e se fazer *pessoa*” representam para o Direito.

Foi a tal propósito que se utilizou a diferenciação metodológica e interpretativa entre as *dimensões da pessoa para o Direito*, isto é, a condição de ser *pessoa* e construir uma *personalidade* juridicamente tutelada, e as *dimensões operacionais da pessoa no e pelo Direito*, o que pressupõe um atributo normativo de concessão de *personalidade jurídica*, que não fica adstrita tão somente ao ser humano individual, mas se alarga, podendo ser atribuída a entes denominados de *peçoas jurídicas*.

Tais possibilidades interpretativas, porém, não são antagônicas, mas, na medida em que são efetivadas pelo Direito, elas se co-relacionam e fazem com que o conceito de *pessoa* seja compreendido como um todo, pois tal conceito pode manifestar tanto as coordenadas de uma *personalidade* quanto as coordenadas de uma *personalidade jurídica*.

Palavras-chave: *Pessoas*. Sujeito de Direito. *Pessoalidade*. *Personalidade Jurídica*.

RESUMEN

De los más variados puntos de vista que los juristas tuvieron sobre el concepto de persona, y de las varias interpretaciones posibles que la expresión persona, en sí, proporciona en el Derecho, es que se busca con esta tesis analizar las posibilidades de que "ser y hacerse persona" representan para el Derecho.

En este sentido se utilizó la diferenciación metodológica e interpretativa entre *las dimensiones de la persona para el Derecho*, es decir, la condición de ser persona y construir una *personalidad* jurídicamente protegida, y *las dimensiones operacionales de la persona en el e por el Derecho*, que exige un atributo de las normas jurídicas para la concesión de *personalidad jurídica*, que no está asignado sólo a los seres humanos, sino que se extiende, pudiendo ser atribuida a entidades llamadas personas jurídicas.

Estas posibilidades interpretativas, sin embargo, no son antagónicas, sino como que se apliquen según el Derecho, se co-relacionan y hacen que el concepto de persona sea entendido como un todo, ya que este concepto puede expresar tanto las coordenadas de una *personalidad* como las coordenadas de una *personalidad jurídica*.

Palabras-Claves: Personas. Sujeto de Derecho. *Personalidad*. *Personalidad Jurídica*.

SUMÁRIO

| | |
|------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
|------------------|----|

COORDENADAS DA PESSOALIDADE: DIMENSÕES REFLEXIVAS DA RACIONALIDADE

| | |
|---|----|
| 1 CONFIGURAÇÕES DA PESSOALIDADE | 12 |
| 2 PESSOALIDADE: APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA | 15 |
| 2.1 Liberum arbitrium voluntatis | 25 |
| 2.2 A Renascença e a totalidade do homem: corpo e alma | 29 |
| 2.3 A formação da moralidade como “autogoverno” | 37 |
| 2.4 O homem como fim em si mesmo | 46 |
| 2.5 A pessoa como processo | 58 |
| 3 DIMENSÕES REFLEXIVAS DA RACIONALIDADE: A POSSIBILIDADE NORMATIVA DE CONSTRUÇÃO E EFETIVAÇÃO DA PESSOALIDADE | 69 |
| 3.1 A pessoa deliberativa na Teoria Discursiva do Direito | 79 |
| 3.2 A efetivação normativa da pessoa e a dignidade da pessoa | 86 |

COORDENADAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA:

DIMENSÕES OPERACIONAIS DA PESSOA A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO

| | |
|--|-----|
| 1 CONFIGURAÇÕES DA PERSONALIDADE JURÍDICA: QUESTIONAMENTOS PRELIMINARES | 102 |
| 2 COMPREENSÃO TRADICIONALISTA DOS DIREITOS SUBJETIVOS | |
| 2.1 O direito subjetivo como poder da vontade: a tese de Savigny | 105 |
| 2.2 A compreensão positivista de Bernard Windscheid | 106 |
| 2.3 A teoria do interesse de Rudolf Von Ihering | 110 |
| 2.4 O direito subjetivo como reflexo do dever jurídico: a tese de Hans Kelsen | 114 |
| 3 O DIREITO SUBJETIVO NA SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO TRADICIONALISTA | 118 |
| 3.1 O direito subjetivo como expressão de liberdade e não-liberdades | 122 |
| 4 PERSPECTIVAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA | |
| 4.1 Perspectiva funcional-utilitarista de Savigny | 127 |
| 4.2 Perspectiva positivista de Hans Kelsen | 130 |
| 4.3 Perspectiva crítica de Lúcio Antônio Chamon Júnior | 134 |

PESSOAS:

A CO-RELAÇÃO ENTRE AS COORDENADAS DA PESSOALIDADE E AS COORDENADAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

| | |
|--|------------|
| 1 A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL ENTRE A PESSOALIDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA | 142 |
| 2 AS INTERFACES DO HUMANISMO PERSONALISTA DO SÉCULO XX | |
| 2.1 Edgar de Godoi da Mata-Machado e o <i>personalismo jurídico analógico</i> ... | 152 |
| 2.2 O <i>personalismo constitucional</i> de Pietro Perlingieri | 154 |
| 3 OS “DIREITOS DA PERSONALIDADE”: A CONSUMAÇÃO DO PERSONALISMO NO CÓDIGO CIVIL? | 156 |
| 4 OS EFEITOS PROBLEMÁTICOS DO PERSONALISMO | 162 |
| 4.1 A “humanização” da personalidade jurídica | 163 |
| 4.2 Os direitos da personalidade e as pessoas jurídicas | 167 |
| 5 CRÍTICAS ÀS CATEGORIAS CLÁSSICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE | 175 |
| 6 PESSOAS: ENTRE A PESSOALIDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA, UM CONCEITO SEMPRE ABERTO | 180 |
| REFERÊNCIAS | 186 |

INTRODUÇÃO

Originalmente, a palavra pessoa se referia às *máscaras* utilizadas pelos atores greco-romanos, através das quais podiam ampliar as suas vozes (*per-sonare*) e expressar os sentimentos de personagens retratados. Ligado a esta idéia de máscara (*prósopon*), o termo *persona* passou a ser utilizado também para identificar um status social do indivíduo humano (SPAEMANN, 2000, p. 41). Neste contexto, afirma Spaemann (2000) que o termo *persona* referia-se ao homem na sua representatividade social ou jurídica, e não propriamente àquilo que ele era por natureza.

Adotado pela tradição teológica cristã, e não por ela criado, o termo *pessoa* adquiriu novo *status* ao ser utilizado como elemento de justificativa da pessoa de Deus. Porém, o termo *prósopon* (máscara), por si só, não era suficiente para justificar a manifestabilidade de Deus, posto ser este algo que ultrapassava os limites de um simples status social ou jurídico. Foi necessário, pois, que a idéia de substância *preenchesse* este conceito de *persona* como *prósopon*.

É a partir desta dualidade conceitual de pessoa - ora como essência ora como status social e jurídico - que inúmeras controvérsias serão instigadas na modernidade, sobretudo na Ciência do Direito.

No Direito, o conceito de *pessoa* é recorrentemente revolido, podendo se referir à pessoa humana ou à pessoa jurídica (VASCONCELOS, 2005), ao sujeito ou ao sujeito de direito (AMATO, 1990), à *conditio personarum* ou à *qualitas hominum* (ROBERTI, 1935), à pessoa jurídica como sendo tanto a pessoa coletiva quanto a física ou natural (KELSEN, 2005), ou mesmo à pessoalidade e à personalidade jurídica.

Não são uníssonos os posicionamentos que os estudiosos do Direito têm se colocado ao abordar o tema *pessoa*. Certamente, a razão disto decorre das possibilidades interpretativas proporcionadas pelo próprio vocábulo, cujo sentido depende do *contexto* no qual é empregado. Pessoa pode se referir ao indivíduo considerado por si mesmo, à um personagem, à uma categoria lingüística (pessoas do discurso), ao ser humano dotado de racionalidade e consciência de si, e à algo ou alguém a quem o Direito possibilita uma personalidade jurídica.

Deste modo, é com o propósito de melhor compreender tais possibilidades no Direito que no presente trabalho será apresentada uma diferenciação metodológica e interpretativa entre as *dimensões da pessoa a partir de uma racionalidade reflexiva*, isto é, a condição de ser pessoa e construir uma *personalidade* juridicamente tutelada, e as *dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito*, o que pressupõe um atributo normativo de construção de *personalidade jurídica*, que não fica adstrita tão somente ao indivíduo humano, mas estende, por exemplo, a entes ou entidades comumente denominados *peçoas jurídicas*.

O que será apresentado no decorrer do presente trabalho é que ser pessoa em um contexto jurídico pode refletir tanto os atributos de uma *personalidade* livre e intersubjetivamente construída por *alguém*, quanto os atributos normativos de *algo* ou *alguém* a quem o Direito concede a possibilidade de *agir* em situações jurídicas e, assim, também, ter *personalidade jurídica*.

Enquanto a *personalidade* é uma construção que existe de forma interdependentemente do Direito, a partir da relação entre o *eu* e o *não-eu*, a *personalidade jurídica* está estritamente vinculada a situações jurídicas determinadas ou determináveis. Trata-se de uma qualificação que a norma jurídica possibilita no momento da sua aplicação ao sujeito de uma situacionalidade jurídica.

A proposta do presente trabalho, não é trabalhar o desenvolvimento do conceito de pessoa a partir de um ponto de vista eminentemente filosófico. Entretanto, é impossível compreender o processo que é ser pessoa sem tangenciar propostas filosóficas de cada período revolido¹, aplicando-o ao Direito, na medida em que este o reconhece, efetiva-o e, igualmente, o constrói.

¹ Se em algumas passagens do presente trabalho ousei dialogar com alguns filósofos, como Kant e Hegel, devo agradecimentos aos professores Dr. Pe. Márcio Antônio de Paiva e ao meu co-orientador, Dr. Antônio Cota Marçal.

COORDENADAS DA PESSOALIDADE: DIMENSÕES REFLEXIVAS DA RACIONALIDADE

1. CONFIGURAÇÕES DA PESSOALIDADE

Todos os indivíduos humanos, na qualidade de seres livres e que co-existem em uma rede de interdependência e interlocução, possuem uma *personalidade* que não é pressuposta nem imposta, mas sim construída socialmente. A partir da concepção de sociabilidade moderna, pode-se dizer que não há indivíduo humano algum que não tenha liberdade para construir sua *personalidade*, já que esta é edificada a partir das *configurações* por ele assumidas e que decorrem das suas escolhas (ações e omissões) enquanto seres livres, agentes da própria vida e, portanto, capazes de se autodeterminarem como construtores de sua individualidade.

O substantivo feminino *personalidade* advém do latim *personalitas* e significa a qualidade de ser pessoal. Não se trata da assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a *ação* do homem na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. *Personalidade* decorre, pois, da autodeterminação e autoafirmação das *configurações* individuais dentro de um *fluxo comunicativo*.

O sentido do termo *configurações* ora utilizado foi propositalmente retirado da obra de Charles Taylor (1997), “*As fontes do Self*”, na medida em que, segundo Taylor, é praticamente impossível ao indivíduo humano prescindir de suas *configurações*, denominadas de *incontornáveis*, uma vez que são responsáveis por atribuir conteúdo à *personalidade* livremente assumida. É impossível ao indivíduo humano não julgar se determinada forma de vida vale de fato a pena, se sua dignidade se revela em uma certa realização ou posição, ou ainda se certas obrigações morais são válidas na medida em que são assumidas autonomamente pelo próprio indivíduo (TAYLOR, 1997, p. 42).

Afigura-se, portanto, a *personalidade* como a possibilidade do indivíduo humano assumir uma *identidade*, isto é, um horizonte dentro do qual ele é capaz de,

livremente, tomar uma posição (TAYLOR, 1997, p. 44), e assim agir, ser responsável pela sua ação e buscar ser reconhecido através dela, em um universo intersubjetivo em que identidades se entrelaçam e processualmente se constituem e reconstituem.

Comumente se afirma que a *personalidade* é algo inerente à própria *espécie humana*, simplesmente pelo fato do indivíduo pertencer a esta unidade taxonômica, ou mesmo por refletir uma suposta pessoa sagrada, de que seria criatura e imagem. Em regra, tais asserções decorrem do entendimento que se atribuiu às manifestações históricas do que se considerou ser pessoa humana. Entretanto, é preciso evidenciar que a *personalidade* não é um dado *a priori*, como algo extrínseco aos indivíduos humanos, tão somente pelo fato de serem ditos ou se autodenominarem seres humanos. Pelo contrário, *personalidade* implica *processo* de construção da auto-identidade de um ser livre e autônomo que se reconhece a si mesmo através do outro (*alter*), em um constante processo de autodeterminação de si e de reconhecimento de si pelo outro e vive-versa. Até mesmo em se tratando de indivíduos humanos com dificuldades ou incapacidade de afirmação de uma auto-identidade este processo de reconhecimento é presente, uma vez que o reconhecimento de si pelo outro se concretiza.

Para se chegar a este entendimento, faz-se necessária uma análise histórico-filosófica da questão para fundamentar a base teórica desta afirmação da *personalidade*, que situa o indivíduo humano em um universo de relações intersubjetivas, bem como para buscar a aplicabilidade prática dessa determinação e desse reconhecimento no Direito.

Não há *personalidade* fora de um tempo e de um espaço determinados, e no decorrer da história da humanidade as *personalidades* tomaram conotações diferenciadas, conforme o contexto social, político, filosófico, religioso, econômico e científico a que estiveram expostas e sobre o qual atuaram. Logo, não se pode afirmar que hoje se vive o apogeu do reconhecimento da *personalidade*, ou que a *personalidade* depois da Modernidade já está pronta e acabada. A *personalidade* tal como existe hoje e que é reconhecida, certamente condensará conteúdos diferenciados no futuro, conforme determinações do contexto em que se constituirá e conforme a dinâmica das práticas sociais.

Não se podem fechar os olhos aos avanços tecnológicos aplicados às ciências da vida, que revelam haver entre os dados concretos da realidade e as pretensões científicas espaço para situações possíveis e ainda indeterminadas. Tais

possibilidades instigam a comunidade política e jurídica a questionar e apresentar possíveis respostas às situações reais que se revelam no cenário da vida, e às situações que, a princípio possíveis, podem a qualquer momento se tornar efetivas.

Atualmente, a criação e a manipulação do ser humano, que outrora eram atribuídas unicamente às forças divinas ou da natureza, passaram a ser objeto de investigação e intervenção do próprio indivíduo, passando a criação a ser, também, obra da criatura. Neste contexto, inúmeros problemas latentes, notadamente no que tange à *personalidade*, se tornaram explícitos.

Afirmou Habermas que os avanços espetaculares da genética molecular “conduzem aquilo que somos ‘por natureza’ cada vez mais ao campo das intervenções biotécnicas.” (HABERMAS, 2004, p. 33). Se ser “por natureza” é reconhecer a pessoa humana como ser histórico e social, no sentido de que ela não “é” algo pronto e acabado, fruto de uma *sub-stantia*, mas um processo que se efetiva a cada momento, como *co-interlocutor* de um discurso interminável, a transformação da pessoa em coisa certamente não subsistirá, *mas a construção da personalidade a partir de uma “coisa”* é algo que não pode ser descartado de imediato. Conforme adverte Paolo Grossi:

A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmistifica o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro. (GROSSI, 2007, p. 25).

A personalidade implica abertura para as possibilidades de pessoalização que não se fecham em um círculo, mas que estão em constante movimento e se revelam como uma interminável “espiral”. É evidente que estas possibilidades não voltam ao ponto do qual partiram, mas nada impede que dele se aproximem, só que em outro contexto, o que as torna diferentes. Como diria Taylor: “o próprio fato de que aquilo que um dia foi sólido tenha em muitos casos se desmanchado no ar, mostra que lidamos não com coisas fundadas na natureza do ser, mas com interpretações humanas mutáveis.” (TAYLOR, 1997, p. 43).

Este processo de revelações não é pontual e não se encerra, determinantemente, em um dado momento, mas se liga a uma constante histórica, de períodos que são revolvidos. Como disse Jacques Le Goff, na história a morte é

rara, pois “[...] a história é transformação e memória, memória de um passado que não deixa de viver e de mudar sob os olhares de sucessivas sociedades.” (LE GOFF, 1994, p. 23). Por isso a pessoa é integrante e ator deste processo, portanto, condição imprescindível para esta transformação e memória.

Para melhor compreender este processo de transformação e memória assumido pela personalidade buscar-se-á analisar momentos pontuais, em que o indivíduo humano reconheceu sua autonomia e *autogoverno*, enquanto sujeito efetivamente livre, *que decide e assume as coordenadas da sua personalidade na e pela rede de interlocução em que se autoconstitui*.

2. PESSOALIDADE: APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA.

A busca pela aproximação histórico-filosófica acerca do conceito ou conteúdo da personalidade é uma tarefa árdua, uma vez que pressupõe o enfrentamento do conceito do termo *pessoa* e suas implicações teóricas e práticas, além de ter que revolver questões filosóficas acerca da moralidade² e da eticidade³.

De acordo com Nicola Abbagnano, o conceito de pessoa pode ser compreendido em três situações, designadas como fases: “1ª função e relação-substância; 2ª auto-relação (relação consigo mesmo); 3ª heterorelação (relação com o mundo).” (ABBAGNANO, 1998, p. 761). Em cada momento da História, especificamente a ocidental, o indivíduo humano teve ou lhe foi imposta uma destas concepções, que não devem ser vistas como estanques, mas se entrelaçam em uma continuidade histórica, constituindo o multifacetado e controverso entendimento acerca do termo.

Uma vertente da compreensão do termo *pessoa* é a histórica, de onde se abstraem as concepções que revelam o conteúdo da palavra, como a concepção de moralidade, de autonomia individual e autodeterminação. Perquirir este processo histórico implica enfrentar a problemática existencial do indivíduo humano desde a

² O conceito de moralidade tratado no presente trabalho refere-se à liberdade possibilitada e exercida pelo indivíduo humano no processo de construção de si mesmo. Trata-se do exercício da autonomia compreendida como autoreflexão.

³ Por eticidade deve-se compreender o âmbito de co-vivência de indivíduos humanos livres, capazes de querer e agir, em um processo social e dialético de reconhecimento.

Antiguidade, passando pelo Medievo, pela Modernidade, até os dias atuais, sabendo-o inacabado e sempre em curso.

É evidente que o tema não será esgotado no trabalho ora iniciado, mas alguns pontos relevantes podem ser delineados para melhor compreensão do objetivo proposto. Para começar, serão apresentados breves apontamentos para compreender a origem do termo *persona*.

Na Antiguidade grega, e posteriormente romana, os atores de teatro apresentavam-se em grandes palcos utilizando *máscaras (prósopon)* através das quais expressavam os sentimentos dos retratados e estas lhes permitiam ampliar as vozes (*per-sonare*), possibilitando que todos os expectadores pudessem interagir no espetáculo. Melchiorre Roberti (1935) acrescenta que o termo *persona* teve o significado decorrente de um similar termo etrusco que se referia à concepção *animística* do defunto, o qual continuava, nesta condição, a manter viva a personalidade que se transmitia aos herdeiros⁴.

Ligado a esta idéia de máscara (*prósopon*), o termo *persona* passa a ser utilizado também para identificar as experiências práticas das *relações humanas*. De acordo com Robert Spaemann “‘Persona’ era em princípio simplesmente a máscara através da qual ressonava a voz do ator. Depois, em sentido figurado, passou a significar [...] o status social.” (SPAEMANN, 2000, p. 41, tradução nossa)⁵.

Tanto aquela figuração de um personagem teatral quanto a concepção de uma personalidade para além da morte representam, no contexto das relações em que surgiram, a preocupação de se manter resguardado o papel social desempenhado pelo “homem-ator” investido da *prósopon*. A relação social antiga atribuía maior significância ao todo social do que propriamente ao indivíduo humano como integrante de uma determinada espécie.

Neste contexto conceitual, afirma Spaemann (2000) que o termo *persona* referia-se ao homem na sua representatividade social ou jurídica, e não propriamente àquilo que ele era por natureza, isto é, exemplar de uma espécie.

⁴ Segundo Melchiorre: “questa parola [persona] così comprensiva e nella sua brevità così piena di significato, consacrata a tale scopo fino dal secondo secolo, venne fatta derivare dal nome greco della maschera teatrale, ma forse ebbe il significato, da un consimile termine etrusco, di una concezione animistica del defunto il quale continua così a mantenere viva la sua personalità che all’erede in tal modo si trasmette [...]” (MELCHIORRE, 1935, p. 109-110).

⁵ “‘Persona’ era en principio simplemente la máscara a través de la que resonaba la voz del actor. Después, em sentido figurado, pasó a significar [...] el estatus social.” (SPAEMANN, 2000, p. 41)

Para além da *persona* havia a natureza de que detidamente se ocupou Aristóteles na “Metafísica” (2006). E foi esta metafísica do ser que possibilitou a conceituação de substância pela análise das possibilidades do homem, enquanto ser possuidor de uma *ousia*.

Para Aristóteles, o *ser* denota o “o *quê*” de uma coisa, sendo este “o *quê*” a *substância* (ARISTÓTELES, 2006, p. 177), que conjuga matéria e forma: a matéria que individualiza, tornando o ser único, e a forma que integra todos em uma mesma espécie. A *essência* é responsável por esta identificação individualizada da coisa posto que “nada que não é uma espécie de um gênero terá uma essência – somente as espécies a terão [...]” (ARISTÓTELES, 2006, p. 186).

Reconhecida a substância como substrato primário, Aristóteles afirma haver coisas que são geradas a partir de alguma coisa e que se tornam alguma coisa, seja através de um processo natural decorrente da própria natureza ou por outros meios que ele classifica de produções procedentes da arte, da potência e do pensamento. O ser homem individualiza-se pela sua essência e afigura-se como geração natural a partir de alguma coisa que se torna alguma coisa:

A geração natural é a geração de coisas que ocorre por meio da natureza. Aquilo de que são geradas é o que chamamos de matéria, e aquilo pelo que elas vêm a ser é alguma coisa que existe naturalmente, e a alguma coisa em que se tornam é um ser humano, ou uma planta ou algo mais deste jaez, a que damos o nome de substância no mais elevado grau. (ARISTÓTELES, 2006, p. 188).

Para além desta conotação ontológica do ser, Aristóteles reconheceu também em “A Política” haver uma relação *orgânica* entre o homem e a *Polis*, sendo que a *humanidade* daquele se efetiva na *Polis*, e que o homem é, *por natureza*, um animal político, só existe plenamente na *Polis*:

As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. (ARISTÓTELES, 2006, p. 5).

Portanto, fora da *Polis* não há homem. Ou há algo que seja mais que homem, isto é, um deus, ou menos que um homem, isto é, um bruto: “Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um

bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 5).

Para Aristóteles, o homem é um “animal cívico”, capaz de estabelecer uma rede organizacional da própria vida, de forma mais primorosa que as abelhas ou outros animais que vivem juntos, e isto se deve, dentre outras coisas, ao fato dele ser o único animal que possui a *palavra*, pois “a natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 5). É pela palavra, que ele mediatiza necessidades, pretensões, fins e vontades; que a sociedade civil se constitui e que possibilita a co-existência de pessoas nesta rede organizacional aprimorada, em uma rede de interação.

Embora não se tenha até esta época a formulação conceitual do termo pessoa como comumente se refere na atualidade (já que este virá posteriormente com formulações cristãs), na Filosofia Clássica a distinção entre *ser* e *atuar* parece evidenciada pela distinção que se faz entre ser indivíduo humano, integrante de uma espécie, e ser *persona*, detentora de um status social ou qualitativo jurídico que permitem a prática de atos no âmbito das relações sociais.

Na jurisprudência romana do Império, era nítida a diferenciação entre *homem* e *pessoa*, na medida em que se reconhecia juridicamente a possibilidade de haver homens, integrantes da espécie humana, que não eram *personas* no sentido pleno do termo, haja vista ser esta qualificação restrita àqueles portadores de certos qualitativos. Ser *persona* representava para determinados homens possuir *status libertatis* face àqueles que tinham a sua liberdade restringida por qualquer razão jurídica. Assim, poder-se-ia admitir que tanto o homem livre quanto o escravo podiam ser *personas*, mas enquanto o primeiro era *personae sui iuris*, o segundo era *personae alieno juri subjectae*.

Em Gaius esta diferenciação é notada pelo fato da qualificação “ser homem” poder ser atribuída tanto ao homem livre quanto ao escravo para fins de comparação com outras entidades (coisas). Entretanto, afirma Spemann que “entre os juristas a palavra *homo* se emprega geralmente para referir-se ao escravo, ou seja, para

alguém que pertence à espécie humana só biologicamente, mas cujo status não fica definido desse modo.” (SPEMANN, 2000, p. 42, tradução nossa)⁶.

Diferentemente da realidade aristotélica, em que a *Polis* era referência na organicidade *Indivíduo humano x Estado*, a Idade Média, perdida a referência da *Polis* e sob a influência da Igreja Católica, apresenta uma cristianização do conceito de *persona* para justificar teologicamente a pessoalidade de Deus e enfrentar a problemática referente às pessoas integrantes da Trindade, que embora sendo composta pela tríade (Pai, Filho e Espírito), mantinha-se una.

Adotado pela tradição teológica cristã, e não por ela criado, como já visto, o termo *pessoa* adquiriu novo *status* ao ser utilizado como elemento de justificativa da pessoalidade de Deus. Segundo Michael Schmaus, “a palavra *persona*, pelo menos até certo ponto, foi considerada apta para caracterizar a realidade de Deus, sua vitalidade, sua poderosa atuação na história, sua autoposse e liberdade.” (SCHMAUS, 1982, p. 30). Porém, o termo *prósopon* (máscara), por si só, não era suficiente para revelar toda a realidade pessoal de Deus, posto ser este algo que ultrapassava os limites de um simples status social ou jurídico.

Foi necessário, pois, que a idéia de substância *preenchesse* o conceito relacional de *persona* como *prósopon*, de forma a justificar, por exemplo, a própria realidade de Cristo como uma pessoa e duas naturezas (divina e humana), ou mesmo como poderia haver três pessoas iguais e distintas na Trindade, tida como una.

Coube aos teólogos cristãos adequar a idéia de *prósopon* com a idéia de *ousía*, isto é, a natureza decorrente das manifestações históricas (reais) de Deus (SCHMAUS, 1982, p. 30), donde adveio o conceito ocidental de *pessoa*, aplicável doravante não apenas a Deus, mas também ao homem.

Comumente lembrado nos estudos que se referem à pessoa, Severino Boécio construiu sua argumentação filosófica na busca pela justificação da *Trindade*, e uma das problemáticas por ele enfrentada diz respeito à natureza de Jesus Cristo, que se manifestou em uma mesma realidade um ser divino e humano. Assim, no primeiro texto da sua *Opuscula Sacra* (Contra Êtíques e Nestório), questiona Boécio se em Jesus Cristo haveria duas naturezas e duas pessoas, como defendia

⁶ “Entre los juristas la palabra *homo* se emplea generalmente para referirse al esclavo, o sea, para alguien que pertenece a la especie humana solo biológicamente, pero cuyo estatus no queda definido de ese modo.” (SPAEMANN, 2000, p. 42).

Nestório; ou se uma natureza e uma pessoa, como defendia Êutiques; ou se duas naturezas e uma pessoa, como defendia a fé católica⁷.

A definição de pessoa em Boécio parte da idéia de substância corpórea que se manifesta em um corpo vivente. Entretanto, tais qualificativos não são suficientes para se chegar à conceituação de pessoa, haja vista que uma árvore também seria para Boécio um ser corpóreo e vivente. A diferença, porém, está no fato de a pessoa ser um corpo vivente *sensível*, enquanto que a árvore seria *não-sensível*. O autor defende ainda que um cavalo é, também, um ser corpóreo, vivente e sensível, mas a pessoa não pode ser comparada a ele. O que os diferencia é a racionalidade.

Assim, ser pessoa na proposta de Boécio pressupõe uma substância corpórea, vivente, sensível e provida de intelecto e razão (BOÉCIO, 2005, p. 164).

A natureza subdivide-se em substâncias, dentre as quais há seres racionais, corpóreos ou incorpóreos, aos quais se atribui a qualificação de “pessoa”. Desta forma, diz Boécio que pessoa é uma *substância individual de natureza racional*⁸.

Ainda em relação à substância, a definição de pessoa não parte de uma substância universal, mas sim de uma substância particular, que individualiza a pessoa em sua singularidade.

O conceito de *persona* deixou, portanto, de remeter tão somente à idéia de *prósopon*, passando a ser compreendido como *hypóstasis*, que remete à concepção de *substância*. Boécio teve forte influência nesta redefinição conceitual e assume em seus “Escritos” que “por penúria de significantes, retivemos a denominação transmitida pela tradição, chamando de ‘pessoa’ o que eles [gregos] dizem *hypóstasis*” (BOÉCIO, 2005, p. 166).

Destarte, pelas linhas introdutórias até aqui salientadas, é perceptível que o termo *pessoa* (pessoa) designou *prósopon*, quando o conceito se atrelou ao movimento relacional do homem em um universo de sociabilidade, e designou também *hypóstasis* quando se remeteu a algo interior, ontológico, ligado à idéia de substância. E foi esta manifestação que melhor se adequou aos propósitos da

⁷ No Concílio da Calcedônia restou estabelecido pela Igreja Católica que Jesus Cristo teria duas naturezas, a divina e a humana, em uma única pessoa, uma vez que ele era ser humano e encarnava o verbo divino.

⁸ Nas palavras conclusivas de Boécio: “Disso tudo decorre que, se há pessoas tão-somente nas substâncias, e naquelas racionais, e se toda substância é uma natureza, mas não consta nos universais, e, sim, nos indivíduos, a definição que se obtém da pessoa é a seguinte: ‘substância individual de natureza racional’.” (BOÉCIO, 2005, p. 165).

sociedade ocidental, notadamente pela marcante influência cristã na condução da moralidade.

A conversão do imperador Constantino ao Cristianismo, a trégua nas perseguições aos cristãos e o empenho do imperador em propagar a religião cristã pelo Império fizeram com que a Igreja Católica conquistasse espaço na condução da moralidade⁹, até que, com a derrocada do Império Ocidental, assumisse as “rédeas” de condução da sociedade, fato que determinou veementemente a cultura do Ocidente.

O ponto central da influência Católica é o esforço do Cristianismo Medieval em proporcionar a *interiorização do indivíduo humano*, a partir do reconhecimento de que ele é portador de uma essência que se dirige à divindade. A proposta cristã de interiorização implica no reconhecimento de uma substância humana que vai além daquilo que se exterioriza, mas que alcança potencialidades que permitem contato com o sagrado: “para lá do olho exterior e do ouvido exterior há o olho interior e o ouvido interior”, que são capazes de perceberem “a visão divina, a palavra e o rumor do mundo mais real: o das verdades eternas.” (LE GOFF, 1994, p. 17).

Foi assim que a Igreja Católica assumiu uma posição de *domínio*, já que impôs a todos, através da sua autoridade, um conceito de moralidade pautado em conceitos por ela firmemente definidos e imutáveis. Ao mesmo tempo em que abria as possibilidades para o reconhecimento da interioridade, ainda que para o pecado, fechava todas essas possibilidades pela obediência devida a Deus e às suas Leis, graças à moralidade conduzida pela *obediência* (SCHNEEWIND, 2005, p. 30).

Segundo Jacques Le Goff, a Idade Média conhece um *cristianismo dominador* “que é simultaneamente uma religião e uma ideologia e que mantém, portanto, uma relação muito complexa com o mundo feudal contestando-o e justificando-o ao mesmo tempo.” (LE GOFF, 1994, p. 38).

A possibilidade de se assumir uma *pessoalidade* na Idade Média estava, pois, diante do surgimento de uma nova estrutura cognitiva dominada pela condução ideológica da religião cristã, que adequou aos seus interesses todos os arquétipos do pensamento grego. Ao indivíduo humano se abre uma nova forma de pensamento, pois toda a naturalidade, que outrora emanava da própria Natureza,

⁹ “As formas flexíveis e comunais da Igreja primitiva deram lugar à Instituição decisivamente hierárquica da Igreja Católica Romana. Dentro de uma estrutura assim abrangente e sólida, a doutrina cristã foi preservada, a fé cristã disseminou-se, uma sociedade cristã se manteve em toda a Europa medieval” (TARNAS, 2005, p. 180).

passa a advir de predeterminações divinas. Deus é o condutor da moralidade Medieval e a Igreja a intermediária entre ele e os homens.

A inferioridade humana impede que o homem assuma as coordenadas da sua própria ação, como um possível resquício de liberdade sugeriria. Ao homem é impossível orientar as suas ações a partir de si mesmo, posto que nem este reconhecimento de si mesmo como livre e individual é algo existente. O máximo que a ele era atribuído era vontade, e isto é reconhecido pela tradição cristã. Só que esta vontade leva-o ao pecado e à morte, cabendo à Igreja, na condução benevolente da moralidade, resgatá-lo. Como afirma J. B. Schneewind,

Mesmo que todos tenham as leis mais fundamentais da moralidade escritas em seus corações ou consciências, muitas pessoas precisam ser instruídas por alguma autoridade adequada sobre o que é moralmente requerido em casos particulares. (SCHNEEWIND, 2005, p. 30).

O céu e o inferno são transformados em palco para repressão, sendo as glórias celestes quase inalcançáveis pelo homem comum. Dor, suor, lágrimas, penitências e incansáveis prostrações são os passos para o seu alcance. O inferno, ao contrário, era o destino certo e irremediável para qualquer humano, salvo quando a misericórdia divina fosse alcançada, ou, por que não, comprada. Neste contexto, “Satanás, Deus, a alma e o corpo: eis os actores e os terrenos dessa luta pelo destino eterno dos humanos e desse esforço pelo conhecimento do futuro cá em baixo e no Além.” (LE GOFF, 1994, p. 28-29).

As submissões aos misticismos religiosos fizeram com que o medo dominasse e controlasse multidões. O tempo do purgatório (séc. III – XIII) foi assumido pela Igreja Católica como sendo meio de condução da moralidade individual, o que perpetuou por muito tempo. Com o aparecimento do Estado Moderno, a Igreja perdeu parcela de sua hegemonia sobre a sociedade, mas continuou a influenciá-la pelo domínio do Tempo do Purgatório, uma vez que sobre este justificou e fundamentou teoricamente o seu poderio (LE GOFF, 1994, p. 119).

O medo do inferno, a temporada no purgatório e as atuações de Satanás recolhiam as pessoas ao seio da comunidade cristã, de forma que a autoridade sobre a fé era vista como meio de resistir às pulsões da vida. A análise deste contexto social torna o indivíduo humano medieval esmaecido perante tanto misticismo. O homem encontra-se diante de um interminável diálogo com a

ambigüidade: Deus e Satanás são figuras constantes na definição da sua personalidade. “O mundo natural era o vale de lágrimas e da morte, uma fortaleza do mal de que o fiel seria misericordiosamente libertado no fim desta vida” (TARNAS, 2005, p. 187).

Era necessário alcançar uma condição humana digna que rejeitasse as putrefações da vida terrena, e o caminho para tal propósito era a vida respaldada na santidade para a salvação da alma, de uma essência interior, aqui sim, *individual*¹⁰.

Outrossim, se nesta configuração do mundo místico cristão – entre terra e além – o homem se encontrou embebido por tamanha dominação, é pela defesa da interioridade almejada pela própria filosofia cristã que ele encontrará forças para posterior luta contra a própria Igreja na defesa da sua liberdade de consciência.

Se o destino da alma foi uma preocupação latente da Igreja, como se não bastasse, o *corpo*, tido como “residência” da alma, também foi alvo de elucubrações. O homem constituía-se de um corpo e de uma alma. O primeiro representava a efemeridade da matéria que do pó veio e ao pó retornaria: “comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado; porque és pó, e em pó te hás de retornar.” (Gn 3, 19). Já a alma resumia toda a imortalidade e toda a pureza contrapostas à sensibilidade e materialidade do corpo, platonicamente assumido, por tal razão, como “*prisão da alma*”.

O corpo foi, por conseguinte, tratado como instrumento de pecado, passível de tentações, de forma que inexistia no Medievo uma concepção axiológica de *dignidade* corporal, e conseqüentemente de algo que é próprio, constitutivo da pessoa humana. Afirma Jacques Le Goff que “na Idade Média [...] a diabolização da carne e do corpo – considerado como suporte de devassidão e centro de produção do pecado – negou ao corpo toda e qualquer dignidade.” (LE GOFF, 1994, p. 160).

No que tange à fluidez da sexualidade, constitutivo da corporeidade, parafraseando Uta Ranke-Heinemann, os indivíduos humanos se tornaram *eunucos pelo Reino de Deus*. Diferentemente da Antiguidade em que a liberdade sexual foi tida como algo positivo e os prazeres essenciais à satisfação do corpo, na Idade Média, sob a influência cristã, a efemeridade do corpo corrompia a liberdade sexual, podendo-a a ponto de, também, mistificá-la.

¹⁰ Segundo Georges Duby, “está claro que o cuidado com essa alma tornou-se cada vez mais individual, também ele se libertou pouco a pouco do comunitário, enquanto o campo do religioso progressivamente se privatiza.” (DUBY, 2004, p. 521).

Para Le Goff, além de o controle regulamentar da moralidade sexual ter sido assumido pela Cristandade com base no texto do Levítico 15 e 16¹¹, outro motivo que se apresentava como limitativo da sexualidade seria a proximidade do fim do mundo. Neste sentido:

Aos motivos que terão impelido os romanos pagãos para a castidade, para a limitação da vida sexual ao âmbito conjugal, para a condenação do aborto e para o descrédito da bissexualidade, juntaram os cristãos um motivo novo e premente: a proximidade do fim do mundo, que exigia pureza. (LE GOFF, 1994, p. 158).

Conseqüência inevitável desta regulamentação sexual e conseqüente poda da pulsão da corporeidade é, segundo Aline Rousselle citada por Jacques Le Goff, a *impotência do homem e a frigidez da mulher* (ROUSSELLE *apud* LE GOFF, 1994, p. 162), e mais, a negação da própria natureza humana, enquanto algo inacabado, insuperável, em constante processo de abertura às possibilidades da ação de viver, com desejos e prazeres sexuais.

Assim, a abertura, o fechamento e a continuidade da Idade Média, com todas as suas nuances, possibilitaram o primeiro passo para a conceituação *teórica* do termo *pessoa*. São efetivamente merecidas as menções honrosas dispensadas à proposta filosófica de Boécio acerca da formulação do conceito de pessoa, notadamente pelo fato de, a partir dela, tal conceito ir além do *prósopon* e ultrapassar os limites do estatuto sócio-jurídico até então limitado ao conceito greco-romano de *persona*.

Ao *ser* indivíduo humano é atribuída uma qualificação que lhe permite ser pessoa, do mesmo modo que Deus é pessoa, já que, na perspectiva de Boécio, ambos integram uma substância individual e racional, embora se distingam pela corporeidade. “‘Pessoa’ não se pode dizer de corpos não viventes nem, por outro lado, daqueles viventes que carecem de sentido nem, finalmente, daquilo que é

¹¹ Dos textos bíblicos citados, extraíram-se para exemplificação as seguintes passagens: As impurezas sexuais do homem – (Lv 15, 16-18): “O homem que tiver um derramamento seminal lavará em água todo o seu corpo, mas ficará impuro até a tarde. Toda veste e toda pele sobre as quais cair o sêmen serão lavadas com água, e ficarão impuras até a tarde. Se uma mulher dormiu com esse homem, ela se lavará na mesma água que ele, e serão impuros até a tarde.”. As impurezas sexuais da mulher – (Lv 16, 19-24): “Quando uma mulher tiver seu fluxo de sangue, ficará impura durante sete dias: qualquer um que a tocar será impuro até a tarde. Todo móvel em que ela se deitar durante sua impureza será impuro, e igualmente aquele em que ela se assentar. Quem tocar em sua cama lavará suas vestes, banhar-se-á em água, e ficará impuro até a tarde. Aquele que tocar num objeto encontrado na sua cama ou no móvel onde ela se assentou será impuro até a tarde. Se alguém dormir com ela, e for tocado por sua impureza, será impuro durante sete dias, e toda cama na qual se deitar será impura.”

desprovido de intelecto e razão; mas dizemos que há uma pessoa do homem, de Deus, do anjo.” (BOÉCIO, 2005, p. 164).

Formulado o embasamento teórico para o conceito de pessoa e a condução da moralidade pela obediência católica restringiram-se todas as possibilidades do homem se fazer pessoa, a partir de si mesmo, já que a moralidade pressupunha uma predeterminação externa à própria pessoa.

De outro lado, foi a partir da preservação da *vontade* pela proposta teológico-filosófica do Cristianismo que o homem foi convidado a exercitar uma experiência do “eu” interior, na qual se encontra o caminho para Deus. Esta experiência marca decisivamente a cultura ocidental, possibilitando que a partir de experiências na primeira pessoa (eu), o homem possa encontrar espaço para assumir uma personalidade, ainda que pelo ou para o pecado.

2.1 *Liberum arbitrium voluntatis*

A fé cristã desempenhou papel de extrema importância no Medievo ao proporcionar uma nova imagem do “*eu interior*” e de todas as conseqüências provocadas por este reconhecimento. O “eu” cristianizado pressupõe o reconhecimento de algo interior ao homem, que está ligado a sua essência e o leva a Deus.

Se a fé cristã abandonasse a subjetividade do homem, a sua autonomia e o valor próprio da alma individual, ela estaria sendo infiel aos seus pressupostos religiosos (CASSIRER, 2001, p. 211). O pensamento central na perspectiva da *interioridade* Medieval liga-se à proposta teológico-filosófica de Agostinho, que, a partir de experiências próprias relatadas em suas “*Confissões*”, assume o impulso vital de uma vontade própria, humana, que constantemente encontra-se em contraste com a vontade divina. Em Agostinho, o homem interior se distancia do homem exterior, posto que enquanto este pressupõe a existência corporal, o interior é a alma: “*Noli foras ire, in teipsum redi; in interiori homine habitat veritas*” (não vá para fora, volte para dentro de ti mesmo. No homem interior mora a verdade).

Hannah Arendt afirma que Agostinho foi “o primeiro filósofo da Vontade”, pois “a luta pela vida eterna como o *summum bonum* e a interpretação da morte eterna

como o *summum malum* alcançaram o mais alto grau de articulação porque ele as combinou com a descoberta da nova era da vida *interior*.” (ARENDT, 2000, p. 249). De igual modo, segundo Taylor, “não é exagero dizer que foi Agostinho quem introduziu a interioridade da reflexão radical e legou-a à tradição ocidental do pensamento.” (TAYLOR, 1997, p. 175).

O fato é que com Agostinho a problemática da filosofia moral não se limita ao mundo sobre-humano, embora este não seja absolutamente abandonado, mas se alarga à problemática da interioridade do homem, a partir do exercício de uma vontade que parte do seu interior. “A virada de Agostinho para o *self* foi uma virada para a reflexão radical, e foi isso que tornou a linguagem da interioridade irresistível.” (TAYLOR, 1997, p. 174). É por esta razão que Richard Tarnas afirma que Agostinho foi o mais moderno dos antigos, uma vez que

[...] ele possuía a consciência de um existencialista, com uma grande capacidade para a introspecção e a luta consigo mesmo; preocupava-se com a memória, a consciência e o tempo; tinha perspicácia psicológica, dúvidas, remorsos; percebia a alienação solitária do ego humano sem Deus; havia ainda seu intenso conflito interior, seu ceticismo e sua sofisticação intelectual. (TARNAS, 2005, p. 164-165).

O homem é, pois, ser dotado de *livre arbítrio* (*Liberum arbitrium voluntatis*) que o conduz na tomada de decisões diante dos fatos da vida: “essa prova da liberdade da Vontade funda-se exclusivamente em uma força interior de afirmação ou de negação que não tem a ver com qualquer *posse* ou *potestas* real” (ARENDT, 2000, p. 251). A exteriorização da interioridade pela liberdade é que possibilita a manifestação de um homem capaz de querer.

Em “*O livre-arbítrio*”, Santo Agostinho toma a vontade livre, concedida ao homem por Deus, como algo necessário no desenrolar do processo de vivência – “*era necessário que Deus desse ao homem vontade livre*” (AGOSTINHO, 1995, p. 75) –, uma vez que é por meio dela que o homem poderia tomar uma posição moral diante das situações fáticas, seja para praticar o bem, seja para praticar o mal.

Foi o próprio Deus quem concedeu ao homem a vontade livre para se determinar, entretanto, “não é pelo fato de uma pessoa poder se servir da vontade também para pecar, que é preciso supor que Deus no-la tenha concedido nesta intenção.” (AGOSTINHO, 1995, p. 74). O cometimento do mal implica a submissão da vontade às paixões humanas, o que afasta a vontade livre dos desígnios da

razão. Assume Agostinho que não há uma personificação ontológica do mal, mas que ele advém da intenção do agente da ação: “cada pessoa ao cometê-lo é o autor de sua má ação.” (AGOSTINHO, 1995, p. 26).

Neste sentido, conforme assevera Hannah Arendt:

Em todo ato de vontade há um “eu-querer” e um “não-querer” envolvidos. São essas as duas vontades cuja discórdia Santo Agostinho disse que “[l]he dilacerou a alma”. Seguramente, aquele que quer alguma coisa”, e este algo lhe é apresentado “exteriormente, através dos sentidos do corpo ou vem do espírito por meios ocultos”; mas o que importa é que nenhum destes objetos determina a vontade. (ARENDR, 2000, p. 252).

A proposta de Agostinho se abre nesta idéia de liberdade, expressa pela vontade individual, esbarrando na concepção de moralidade cristã, além de reconhecer a relação verticalizada existente entre o homem e Deus (neste sentido, a idéia do mundo platônico é adotada por Agostinho). Embora aquele pudesse ser considerado livre para exercer tal vontade a partir do momento em que se abre às possibilidades da vida, o critério de bem e mal traçados pela autoridade cristã se torna determinante, posto que esta liberdade decorrente do exercício da vontade humana encontra limite diante da *vontade de Deus*, intermediada pela Igreja.

É neste contexto que Richard Tarnas afirma que Agostinho foi o mais moderno e ao mesmo tempo o mais medieval dos antigos, pois

sua religiosidade católica, suas predisposições monolíticas, sua atenção concentrada no outro mundo e seu dualismo cósmico eram presságios da era seguinte – como também sua atilada percepção do invisível, da vontade de Deus, da Santa Mãe Igreja, dos milagres, da graça, da Providência, do pecado, do Mal, do demoníaco. (TARNAS, 2005, p. 165).

Embora em Agostinho possa-se perceber que a interioridade individual possibilita, *a princípio*, uma abertura da pessoa humana, não se pode negar que o paradoxo entre santo e humano, vontade humana e vontade divina, coloca o homem “*em relativa penumbra.*” (TARNAS, 2005, p. 165, grifo nosso) e cerceia o desenvolvimento de uma personalidade efetivamente livre, que determina sua vontade.

Sobre a racionalidade humana e a pulsão da vida natural havia um norte que apontava aos céus e à moralidade cristã. Apenas Deus, através da sua divina graça, era capaz de salvar o homem das maleficências do livre-arbítrio, de forma que “este homem que proclamara tão decisivamente o amor e a presença libertadora de Deus

em sua própria vida, reconheceu também a inata escravidão e impotência da alma humana pervertida pelo Pecado Original.” (TARNAS, 2005, p. 167).

Na segunda parte do livro I da obra “O livre-arbítrio”, Agostinho trabalha a razão pela qual os homens são superiores aos demais animais, de forma que o ponto central desta discussão se direciona ao *ato de viver*, instintivo, e ao *saber que se vive*, o que exige diretrizes racionais. Assim, a superioridade do homem perante os demais animais está no fato de ele *saber que vive* e, portanto, poder assumir determinadas posturas através do uso da vontade livre. O homem é um ser dotado de razão, e não apenas de instintos, de forma que “só quando a razão domina a todos os movimentos da alma, o homem deve se dizer perfeitamente ordenado.” (AGOSTINHO, 1995, p. 47). Acima desta razão, só Deus, que é a Verdade:

Eis no que consiste a nossa liberdade: estarmos submetidos a essa Verdade. É ela o nosso Deus mesmo, o qual nos liberta da morte, isto é, da condição de pecado. Pois a própria Verdade que se fez homem, conversando com os homens, disse àqueles que nela acreditava: “Se permanecerdes na minha palavra sereis, em verdade, meus discípulos e conhecereis a verdade e a verdade vos libertará” (Jo 8, 31.32). Com efeito, nossa alma nada goza com liberdade se não gozar com segurança. (AGOSTINHO, 1995, p. 121).

A importância da proposta agostiniana centra-se, como afirma Charles Taylor, “em fazer uma virada para o *self* na dimensão da primeira pessoa algo crucial para nosso acesso a um estado superior [...] e, com isso, inaugurar uma nova linha de desenvolvimento em nossa compreensão das fontes morais” (TAYLOR, 1997, p. 175). Possibilitar que o homem queira algo a partir da própria vontade é fazer com que ele determine o seu querer, ainda que não possa exercê-lo plenamente. Acometido pelas paixões humanas, *o homem pode pecar*. E assumir esta possibilidade, ainda que não seja este o propósito teológico-filosófico, implica reconhecer que o homem tem pulsões de vida e que as escolhe, seja para o bem, seja para o mal, e isto é crucial para a definição de personalidade.

2.2 A Renascença e a totalidade do Homem: corpo e alma.

Segundo Jacques Le Goff (1994) e Jean Delumeau (1994) o Renascimento não implica em “queda” do período medieval, uma vez que a idéia de continuidade histórica é mais presente do que propriamente a idéia de ruptura. Para Le Goff, em

história não há que se falar em renascimentos, mas sim em uma continuidade fática que gradativamente se constrói, desconstrói e reconstrói. Renascimento, ou renascimentos, “é um fenômeno característico de um longo período medieval, de uma Idade Média sempre em busca de uma autoridade no passado, de uma idade de ouro atrás de si.” (LE GOFF, 1994, p. 36). Trata-se da continuidade do mundo da vida interpretado a partir de novas posturas sociais, antropológicas e culturais.

Para Delumeau, o Renascimento implica *dinamismo*. O dinamismo de uma sociedade que se renova diante de uma nova interpretação do mundo da vida, diante de uma emergente ousadia científica, de uma busca constante pelo conhecimento, e de uma aproximação e domínio do mundo natural, notadamente no que diz respeito ao próprio indivíduo que passa a ver o “eu” como algo independente.

O contexto social em que o Renascimento se deu motivava o dinamismo apontado por Delumeau. Não apenas um dinamismo decorrente das técnicas, mas, sobretudo um dinamismo antropológico, que não se resume à retomada da Antiguidade¹², mas que reconhece o próprio “chão da vida” no qual o indivíduo age, podendo se determinar e fazer escolhas, enquanto ser *autônomo*, ainda que timidamente. Trata-se, pois, do estabelecimento do *conteúdo da liberdade humana*.

E certamente por ser o reconhecimento do “chão da vida” como realidade próxima dos indivíduos, Delumeau (1994) não estigmatiza o Renascimento como “idade das catedrais” ou “grande século”, mas, lúcido, apresenta-o como um período em que obscurantismos também eram presentes, bem como tempos de ódio, de lutas terríveis, de processos insensatos e dos atos de fé. Assim:

[...] o Renascimento surge aos nossos olhos como um oceano de contradições, um concerto por vezes estridente de aspirações divergentes, uma difícil concomitância da vontade de poderio e de uma ciência ainda balbuciante, do desejo de beleza e de um apetite malsão pelo horrível, uma mistura de simplicidade e de complicações, de pureza e de sensualidade, de caridade e de ódio. (DELUMEAU, 1994, p. 22).

¹² Interessante notar que, segundo Jean Delumeau, não é a retomada da antiguidade que marca o Renascimento, “pois o regresso à antiguidade em nada influi na invenção da imprensa ou do relógio mecânico, nem no aperfeiçoamento da artilharia, nem no estabelecimento da contabilidade por partidas dobradas, nem no da letra de câmbio ou das feiras bancárias.” (DELUMEAU, 1994, p. 19). Indo além, Delumeau afirma que “a idade Média nunca perdera contacto com a Antiguidade” (DELUMEAU, 1994, p. 87), como, por exemplo, a Suma Teológica de São Tomás de Aquino que “batizou” Aristóteles.

Após o século XII, a esfera pública, que outrora se encontrava disseminada nos espaços particulares dos feudos¹³, passa a ser retomada pelas emergentes instituições políticas nacionais que começam a se fortalecer em torno de uma autoridade detentora do poder político. O público começa a assumir características autônomas com o surgimento do próprio Estado Moderno que na sua fase inicial, mostrou-se centralizador e autoritário. De outro lado, o privado se redefine, uma vez que a ausência das ingerências do coletivo permite que a pessoa encontre um espaço de vida que é propriamente seu, individual.

O Renascimento além de encontrar-se em uma realidade em que o espaço público e o privado começavam a se delimitar, volta-se ao indivíduo e ao seu espaço *dinâmico* de ação. Não que os grandes nomes da filosofia renascentista tenham laicizado a Filosofia. O fato é que o pensamento renascentista começa a colocar em discussão algumas das conclusões da Escolástica, embora a esta continuasse ligada. Neste sentido, de acordo com Ernst Cassirer (1951), a nova realidade que se desenvolvia no Renascimento não podia ser expressa conceitualmente, visto que o pensamento da época, embora começasse a questionar alguns aspectos da Escolástica, permanecia ligado “rigidamente” às formas gerais desta Filosofia. Assim, Cassirer afirma que “[...] o caráter escolástico que a filosofia do Renascimento parece conservar em todas suas manifestações não permite traçar uma linha divisória, precisa e clara, entre o movimento do pensamento religioso e o do pensamento filosófico.” (CASSIRER, 1951, p. 16, tradução nossa)¹⁴.

A imagem do mundo Medieval se expressa pela divisão de duas realidades estampadas em um mundo inteligível em que as glórias de Deus se multiplicam constantemente e em um mundo sensível em que o indivíduo é lançado às

¹³ A feudalização traduziu, segundo Duby, a *fragmentação do poder público e a privatização do poder* (DUBY, 2004, p. 24). O primeiro remonta à desestruturação de todo o espaço público construído na Antiguidade Clássica e o conseqüente esfacelamento da autoridade pública, que favorece a criação de pequenos espaços de organização social e o emergente universo familiar detentor de certos poderes como se Estado fosse. Assim, este esfacelamento dissemina os direitos do poder público “de casa em casa, tornando-se cada grande casa como um pequeno Estado soberano onde se exerce um poder que [...] não deixa de conservar seu caráter original, que é público.” (DUBY, 2004, p. 24-25). A conseqüência dessa fragmentação do poder público é a imediata privatização do poder. Nas palavras de Duby: “poder-se-ia dizer que na sociedade que se torna feudal a área do público se embota, se encolhe, e que, ao termo do processo, tudo é privado, que a vida privada penetra tudo.” (DUBY, 2004, p. 24).

¹⁴ “[...] el carácter escolástico que la filosofía del Renacimiento parece conservar en todas sus manifestaciones no permite trazar una línea divisoria, precisa y neta, entre el movimiento del pensamiento religioso y el del pensamiento filosófico.” (CASSIRER, 1951, p. 16)

artimanhas de Satanás. A valorização do indivíduo no Renascimento e a valorização da subjetividade reduzem a fronteira entre estes dois mundos.

A busca do homem renascentista não se limita a encontrar o caminho para Deus dentro de si. Parece que ele já o encontrou. O que se quer e se pode agora é se envolver no processo da criação divina, como ser que age como imagem, semelhança e filho do Criador.

Ernst Cassirer, trabalhando com a proposta filosófica do renascentista Nicolau de Cusa, apresenta uma série de conexões na filosofia cusana que permitem verificar este estreitamento entre o mundo divino e o mundo real, bem como a importância do indivíduo concreto neste processo. Para Nicolau de Cusa, “[...] as idéias não constituem, como para o neoplatonismo, forças criadoras, pois ele reclama um sujeito concreto como centro e ponto de partida de toda verdadeira ação criadora.” (CASSIRER, 1951, p. 61-62, tradução nossa)¹⁵.

Toda esta conjuntura que envolve a individualidade é justificada pelo reconhecimento da liberdade capaz de propiciar ao homem um universo de ações possíveis, no mundo sensível, a fim de alcançar a divindade, como partícipe. Desta forma, salienta Cassirer que Nicolau de Cusa insiste “com todo rigor” na doutrina da liberdade humana, pois:

[...] somente pela liberdade o homem pode se *assimilar* a Deus, somente por ela pode chegar a converter-se em receptáculo de Deus, e mesmo que o ser do homem dependa inteiramente de Deus, existe uma esfera na qual atua como livre criador, na qual dispõe com plena autonomia. (CASSIRER, 1951, p. 65, tradução nossa)¹⁶.

Esta esfera de liberdade, segundo Cassirer, trata dos valores que o indivíduo atribui às coisas criadas por Deus, já que “sem a natureza humana não existiria o valor, não existiria nenhum princípio de apreciação das coisas segundo sua maior ou menor perfeição.” (CASSIRER, 1951, p. 65, tradução nossa)¹⁷. A criação divina,

¹⁵ “[...] para Nicolás de Cusa las ideas no constituyen, como para el neoplatonismo, fuerzas creadoras, pues él reclama un sujeto concreto como centro y punto de partida de toda verdadera acción creadora.” (CASSIRER, 1951, p. 61-62)

¹⁶ “[...] sólo por la libertad puede el hombre *asimilarse* a Dios, sólo por ella puede llegar a convertirse en receptáculo de Dios, y aunque el ser del hombre dependa enteramente de Dios, existe sin embargo una esfera en la que astúa como libre creador, en la que dispone con plena autonomía.” (CASSIRER, 1951, p. 65)

¹⁷ “Sin la naturaleza humana no existiría el valor, no existiría ningún principio de apreciación de las cosas según su mayor o menor perfección.” (CASSIRER, 1951, p. 65)

embora possa existir independentemente do homem, não tem um valor em si, mas precisa que o homem atribua-lhe qualitativos.

Desta forma, conclui-se que a expressão humana na realidade factível se torna algo relevante e de fundamental importância para a própria criação divina, que deixa de possuir valor quando alienada do processo de avaliação individual:

De acordo com este ensinamento, a tendência a fugir do mundo fica vencida e superado o receio contra o mundano, pois só ao abrir-se sem reservas ao mundo, só ao dar-se a ele, pode o espírito do homem conquistar-se a si mesmo e alcançar a intensidade de suas próprias forças. (CASSIRER, 1951, p. 66, tradução nossa)¹⁸.

Outro filósofo deste período que se deve mencionar com maior proficiência é Giovanni Pico della Mirandola, jovem renascentista que com a sua *Oratio De Hominis Dignitate* marcou a filosofia humanista da época.

Inegavelmente, a filosofia de Pico assume marcantes aspectos antropocêntricos característicos do Renascimento. Se Deus ocupou o centro do universo e o homem foi rebaixado à sua condição natural em nome da Fé, a partir dos movimentos antropológicos do Renascimento, e da conseqüente valorização da subjetividade, tal realidade começa a ser modificada.

Não se pode afirmar que o Renascimento teria se afastado de Deus. Muito pelo contrário, como se pode constatar pelas propostas cusana e piquiana, Deus exerce influência neste contexto, e continua a desempenhar papel fundamental, só que há alguém além dele que também aparece como “co-autor”: o homem. Para Cassirer (1951), Nicolau de Cusa não se opôs ao pensamento religioso, mas foi a partir do centro religioso que buscou o descobrimento da natureza e do homem, fixando-os naquele centro.

Ao iniciar a sua *Oratio De Hominis Dignitate*, Pico Della Mirandola faz alusão ao momento da criação do mundo engrandecendo a soberania de Deus e apontando os motivos da criação do homem. Diz ele que após o “Sumo Pai, Deus architecto” ter criado o mundo segundo “leis de arcana sabedoria”, desejou que “houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande, que amasse a beleza e

¹⁸ “De acuerdo con esta enseñanza, la tendencia a huir del mundo queda vencida y superado el recelo contra lo mundanal, pues sólo al abrirse sin reservas al mundo, sólo al darse a él, puede el espíritu del hombre conquistarse a si mismo y alcanzar la medida de sus propias fuerzas.” (CASSIRER, 1951, p. 66)

admirasse a sua grandeza.” (PICO DELLA MIRANDOLA, 1989, p. 51), foi quando, então, Deus pensou em criar o homem¹⁹. Feita a criatura humana, ele a colocou no mundo para que cumprisse os desígnios da sua criação.

Voltando-se ao homem, Pico não o reconhece como obra pronta e acabada, destinado a ser subserviente, mas sim como uma obra de *natureza indefinida*, capaz de ser *autoconstrutor* de si mesmo. Assim, ao colocar o homem no centro do mundo, Pico della Mirandola afirma que Deus voltou-se a ele e disse:

“Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. *Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei.* Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que *tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido.* Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.” (PICO DELLA MIRANDOLA, 1989, p. 52-53, grifo nosso e as aspas são do texto original).

Evidente que a valorização da racionalidade também transparece neste reconhecimento da capacidade do homem em se *autoconstruir*, eis que tal capacidade decorre da liberdade que é inerente ao homem, árbitro e soberano artífice de si mesmo. É pelo fato de ser livre que o exercício desta capacidade permite que o homem se construa.

Recorrendo aos dizeres do profeta Asaph, Pico Della Mirandola repete-o reconhecendo os homens como deuses e filhos do Altíssimo, quando então os convida a desdenharem das coisas das terras e elevarem-se às coisas “mais altas”, já que, querendo, isso é possível. Nas palavras de Pico:

Desdenhemos das coisas da terra, desprezemos as astrais e, abandonando tudo o que é terreno, voemos para a sede supramundana, próximo da sumidade. Ali, como narram os sagrados mistérios, Serafins, Querubins e Tronos ocupam os primeiros lugares; deles também nós emulemos a dignidade e a glória, incapazes agora de recuar e não suportando o segundo lugar. E se quisermos, não seremos em nada inferiores a eles. (PICO DELLA MIRANDOLA, 1989, p. 57).

¹⁹ Note que, da mesma forma que Nicolau de Cusa, Pico Della Mirandola exalta Deus, engrandece a criação e atribui ao homem a capacidade de valorá-la, como algo que deve ser apreciado.

Há em toda esta exposição uma preocupação com uma personalidade que começa a ser definida, pelo critério de autoconstrução. Uma personalidade que decorre dos desígnios da liberdade humana, vista como possibilidade de edificação de um espaço individual.

O despontar da Modernidade proporcionará uma nova visão do indivíduo que encontra espaço para o desenvolvimento da própria consciência, de uma singularidade mitigada no Medieval, mas ao mesmo tempo teoricamente instigada pela filosofia cristã da interioridade.

Na opinião de Paolo Grossi, o Medieval e o Moderno, embora apresentem uma “continuidade cronológica”, são “marcados por uma efetiva descontinuidade, que é efetiva justo porque a profunda diversidade nas soluções adotadas tem origem em fundamentos antropológicos radicalmente diferentes.” (GROSSI, 2007, p. 26).

O reconhecimento da liberdade humana no Renascimento advém do reconhecimento de uma personalidade que continua o seu processo de libertação dos domínios das autoridades religiosas e laicas. A liberdade do homem pressupõe a possibilidade deste em completar e realizar a sua individualidade de vida conforme os seus desígnios.

Neste sentido, revela-se de notável impacto a frase de Giovanni Pico Della Mirandola de que Deus teria voltado ao homem e o reconhecido como árbitro e soberano artífice de si mesmo. As possibilidades desta assertiva piquiana se abrem à Modernidade, notadamente no que se refere ao exercício de uma liberdade que possibilita a escolha de projetos de vida integrantes de uma sociedade complexa. Pode até ser que esta não tenha sido a intenção de Pico, mas a ela se pode chegar pela abertura interpretativa que a mesma possibilita.

Neste contexto antropológico, o ser e o valor do homem se determinam em uma esfera de argumentação dinâmica, “sua ação não lhe é ditada por sua realidade absoluta, porque o homem encerra sempre novas possibilidades que, de acordo com sua essência, vão além de toda barreira finita.” (CASSIRER, 1951, p. 114, tradução nossa)²⁰.

Não se trata o homem meramente como criatura, mas também criador de um universo particular, de ações possíveis, de uma sociabilidade compartilhada, de

²⁰ “[...] su acción no le es dictada por su realidad absoluta, porque el hombre encierra siempre nuevas posibilidades que, de acuerdo con su esencia, van más allá de toda barrera finita.” (CASSIRER, 1951, p. 114)

sujeitos que, no exercício de autonomias particulares, fazem as suas escolhas e se dirigem a um projeto dominante de vida, de uma classe, de um grupo, de uma comunidade.

Com o Renascimento aflora a autoconsciência do homem, uma nova imagem do “eu” acoplado em possibilidades atitudinais, consciente de si mesmo e da abertura de sua peculiaridade. Segundo Cassirer, o ser do homem é resultante de sua ação, que não se manifesta apenas na energia da vontade, mas também na totalidade de suas forças criadoras: “o sujeito da ação, se distingue do objeto da ação, do que padece essa ação, e supõe ademais que tem consciências desta oposição.” (CASSIRER, 1951, p. 113, tradução nossa)²¹.

Abre-se, portanto, o processo para o reconhecimento da idéia de um homem universal, autoconsciente, capaz de se autodefinir dentro de um universo aberto de possibilidades decorrentes de ações que são assumidas como suas (isso é dinamicidade!). Assegura Cassirer (2001) que

a relação de dois lados e de dois sentidos, na qual o Renascimento se encontra com respeito à Idade Média e à Antiguidade, em nenhuma outra parte se revela com maior nitidez do que em sua atitude em frente ao problema da autoconsciência. (CASSIRER, 2001, p. 205).

Giovanni Boccaccio em o “Decameron” apresenta um homem novo que ignora o drama do pecado e se torna responsável pela sua própria vida perante si mesmo. A recolocação do Homem no tempo e no espaço renascentista gera uma reviravolta no mundo da vida, notadamente pelo fato do Homem ser reconhecido imagem e semelhança de Deus²² e ter a possibilidade de apreciar, valorativamente, a sua criação.

A Natureza que outrora se encontrava associada no Medievo a uma concepção dogmática, perde os seus grilhões no Renascimento e assume uma nova concepção valorativa que “reside no fato de que o homem moderno encontrou nela um novo meio de expressão para si mesmo, para a vivacidade e para a infinita multiplicidade de facetas de seu próprio interior.” (CASSIRER, 2001, p. 236). Não é

²¹ “[...] el sujeto de la acción, se distingue del objeto de la acción, de lo que padece esa acción, y supone además que tiene conciencia de esa oposición.” (CASSIRER, 1951, p. 113)

²² “A concepção neoplatônica humanista do Homem era igualmente exaltada. Possuindo uma faísca divina, o homem era capaz de descobrir dentro de si a imagem da divindade infinita. Era um nobre microcosmo do macrocosmo divino. Ficino afirmava em sua *Teologia Platônica* que o Homem não era apenas o ‘vigário de Deus’ na grande extensão de seus poderes terrenos, mas tinha ‘quase o mesmo gênio do Autor dos Céus’ na amplitude de sua inteligência”. (TARNAS, 2005, p. 237).

mais o exterior que define o interior, mas o interior que define o exterior, a partir de experiências da própria pessoa que é dinâmica. Como exposto, tanto De Cusa quanto Picco della Mirandola ressaltaram a necessidade de o Homem existir para apreciar a grandeza da criação divina e a ela atribuir *valor*.

Se a Idade Média permitiu a existência de um protagonista passivo no mundo da vida, somente conduzido pela vontade divina, o Humanismo renascentista permite que um protagonista ativo comece contracenar.

O dualismo metafísico de Platão, apropriado pelo Cristianismo Medieval, separou com propriedade a alma do corpo, como se fossem substâncias diferenciadas, não sendo este merecedor de qualquer dignidade, haja vista que representava a “prisão da alma”. No Renascimento, ao contrário, a valorização do indivíduo humano e todas as suas propriedades redefinem a co-relação alma x corpo, atribuindo a este um valor outrora inexistente.

A contextualização da natureza a partir da apreciação subjetiva devolve o homem a si mesmo. Assim, salienta Cassirer, que a natureza não é buscada nem representada em função dela própria, mas do homem, pois “se para expressar sua vida interior ele se sente impelido a representar a natureza, é justamente na contemplação da natureza que ele encontra o caminho de volta para si mesmo, para seu próprio eu.” (CASSIRER, 2001, p. 236).

A valorização do homem pelo Humanismo Renascentista assemelha-o com o próprio Deus pela sua genialidade e criatividade. A consequência imediata desta valorização é o hedonismo. O corpo e os prazeres do corpo começam a ser vistos sob novas perspectivas, já que integram a unidade do homem que assume a corporeidade em sua plenitude física. O resultado é a *constatação do nascimento de um novo homem, tanto numa perspectiva natural quanto espiritual*. O Humanismo Renascentista proporciona o reconhecimento ontológico de um homem visto em sua totalidade (alma e corpo), como um ser capaz de submeter a natureza aos desígnios da sua razão e assim dominá-la.

Evidentemente, o reconhecimento da possibilidade do homem ser *autoconstrutor* de si mesmo implica assumi-lo como sujeito ativo na determinação daquilo que é pessoal, e que se faz enquanto tal. Não se trata apenas de adotar uma posição passiva diante da realidade, mas sim ativa na medida em que o homem é assumido pelo humanismo de Pico como “soberano artífice de si mesmo”. Esta

visão é crucial na determinação daquilo que aqui se designou ser as configurações da personalidade.

2.3 A formação da moralidade como “autogoverno”²³

O movimento da Reforma contra o domínio da moralidade pela Igreja Católica aguçou as vozes contestadoras do papel social e político exercido pela Igreja que aprisionava os fiéis em uma clausura moral definida pela subserviência, impedindo-os de buscar a construção de uma *personalidade* que lhes fosse individual, a partir das próprias configurações.

A dualidade do pensamento e o domínio do medo mantiveram os indivíduos humanos aprisionados no ideal comunitário de partilha e de cumplicidade. Contra esse posicionamento, a Reforma impulsiona a valorização das potencialidades humanas, notadamente a capacidade cognoscitiva de ler e interpretar textos sagrados, *independentemente da mediação de prepostos da Igreja Católica*. A vida individual assumida neste contexto religioso possibilitou a contraposição às *predeterminações* religiosas. E isto decorre da assunção de que “*cada fiel rema seu próprio barco*” (TAYLOR, 1997, p. 281)²⁴.

Com o declínio do domínio moral da Igreja torna-se possível ao indivíduo humano assumir uma postura de autodeterminação que dispensa interferências exteriores, inclusive para determinar configurações de uma vida que lhe é própria. Assim, “no reino espiritual, cada pessoa deve ser salva como um indivíduo. Nenhuma mediação meramente humana pode ser um substituto para a aceitação direta de Deus.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 55).

²³ O termo autogoverno ora adotado foi utilizado por J.B. Schneewind para designar a formação de uma moralidade moderna que parte do próprio sujeito, enquanto ser livre e que começa a encontrar as coordenadas da sua ação a partir de si mesmo, “sem interferências do Estado, da Igreja, dos vizinhos ou daqueles que reivindicam ser melhores ou mais sábios” (SCHNEEWIND, 2005, p. 30).

²⁴ É interessante apresentar o contexto em que Taylor expôs tal afirmação. Segundo ele, na perspectiva católica, a pessoa é um passageiro do barco eclesiástico guiado pela Igreja em sua viagem para Deus. “Mas, para o protestantismo, não pode haver passageiros. Porque não existe navio algum no sentido católico, nenhum movimento comum levando os seres humanos para a salvação. Cada fiel rema seu próprio barco.” (TAYLOR, 1997, p. 281).

Para Taylor, é a importância atribuída ao fiel que possibilita esta nova forma de encarar a religiosidade, pois “a pessoa já não pertencia ao círculo dos eleitos, ao povo de Deus, por sua ligação a uma ordem mais abrangente que sustentava a vida sacramental, mas por sua *adesão pessoal irrestrita*.” (TAYLOR, 1997, p. 281, grifo nosso).

A angústia que se criou em torno do homem pelo pecado e os meios coercitivos impostos para a condução da moralidade (como foi o caso da fogueira, dentre outras)²⁵ impediam que o homem pudesse assumir efetivamente a sua *personalidade*. O importante a ser destacado é a assunção de um homem livre, “um ser independente, no sentido de que seus propósitos paradigmáticos devem ser encontrados dentro, e não ditados pela ordem mais abrangente da qual ele faz parte.” (TAYLOR, 1997, p. 250), o que permite que o indivíduo humano comece a encontrar espaço para desenvolver a sua *personalidade*, a partir de si mesmo.

Charles Taylor (1997) utiliza o termo “*afirmação da vida cotidiana*” para designar os aspectos da vida humana referentes à produção (trabalho, fabricação das coisas necessárias à vida) e à reprodução (existência como seres sexuais), como algo que revela propriamente as pulsões da vida. Para ele, o impulso dado a esta afirmação da vida cotidiana advém da Reforma protestante (TAYLOR, 1997, p. 279), uma vez que o indivíduo se reconhece alguém capaz de pensar, escolher e agir, e assim construir sua *personalidade*.

Se a concepção Medieval de *personalidade* apontava para a moralidade religiosa, pautada na obediência, a moralidade moderna desponta reconhecendo a liberdade de pessoas iguais, capazes de enxergarem por si mesmas o que a moralidade requer, ademais, as pessoas são “em princípio igualmente capazes de [...] mover para agir de maneira adequada, independente das ameaças ou recompensas dos outros.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 30)

A causa desta possibilidade está na forma de tratamento dispensada à razão humana, sendo o *cogito* cartesiano fundamental para o entendimento desta nova estrutura do pensamento e de vivência. A proposta filosófica de Agostinho em proporcionar ao homem a vontade da primeira pessoa (eu), faz com que ele seja considerado, segundo Taylor, o predecessor de Descartes na formulação do *cogito*,

²⁵ Para melhor compreensão desta colocação, vide conclusão do item 2.2.

“porque foi o primeiro a tomar o ponto de vista da primeira pessoa fundamental para nossa busca da verdade.” (TAYLOR, 1997, p. 176).

Entretanto, diferentemente de Agostinho em que a interioridade é o caminho para se alcançar Deus, que é a Verdade e a fonte da moralidade, para Descartes, a fonte moral está dentro da própria pessoa, e isto é o diferencial, porque a razão permite que o homem, a partir de si, controle o mundo, o corpo, e direcione as paixões.

Se o todo foi referencial para a identificação da parte na Antiguidade (não há homens fora da Polis, mas deuses ou brutos), a Modernidade empossa uma nova realidade, de modo que a parte se sobrepõe ao todo e encontra as coordenadas de sua ação a partir de si (*cogito, ergo sum*). O homem, portanto, se torna o centro orientador da sua ação. Segundo Gioeli Solari:

O movimento protestante, ao sustentar a interioridade e a espontaneidade do sentimento religioso colocando o homem em relação direta com Deus, favorecia a emancipação do indivíduo e de seus direitos de consciência de toda ingerência de autoridade religiosa e civil, e não deixou de ter uma influência direta e decisiva em sentido individualista, sobre o desenvolvimento das doutrinas jurídicas e políticas. (SOLARI, 1946, p. 3, tradução nossa)²⁶.

Acentuada a idéia de liberdade, a independência da pessoa e a sua capacidade racional acirram o seu desenvolvimento enquanto ser capaz de tomar, sozinho, as suas próprias decisões e posicionar-se no mundo social, a partir de si mesmo. A simbiose existente entre o homem e a Polis na Antiguidade não possibilitava a existência de um direito subjetivo compreendido como a faculdade do indivíduo para desenvolver a sua individualidade fora e independentemente do Estado (SOLARI, 1946, p. 6). Os interesses públicos se sobrepõem, sobremaneira, aos interesses privados, inclusive no próprio círculo familiar em que a dinamicidade da co-vivência social limitava a possibilidade de muitos seres ditos livres poderem exercer plenamente estas liberdades em decorrência das determinações jurídicas decorrentes da tradição.

²⁶ “El movimiento protestante, al sostener la interioridad y la espontaneidad del sentimiento religioso poniendo al hombre en relación directa con Dios, favorecía la emancipación del individuo y de sus derechos de conciencia de toda ingerencia de autoridad religiosa o civil, y no dejó de tener una influencia directa y decisiva en sentido individualista, sobre el desarrollo de las doctrinas jurídicas y políticas.” (SOLARI, 1946, p. 3)

Em Roma, apenas os cidadãos eram livres, não pelo fato de serem integrantes da espécie humana, posto que os escravos também o eram, mas sim pelo fato de possuírem um estado de cidadania. Para Giole Solari (1946), o fato de os Romanos considerarem o status de cidadania condição necessária para o gozo e exercício de direito, gerava uma limitação considerável da liberdade jurídica do indivíduo, posto não ser possível conceber a sua liberdade de outro modo senão dentro da ordem do Estado, subordinada ao imperativo do bem e do justo (SOLARI, 1946, p. 8).

Ocorre, porém, que esta co-relação entre indivíduo x Estado não se perpetuou. Com a queda do Império Romano Ocidental em decorrência das invasões bárbaras, a Idade Média surgiu caracterizada pela fragmentação e privatização do Poder Político (DUBY, 2004, p. 24). O homem perdeu a sua referência para com o Estado, assumindo conotações diferenciadas no contexto de partilha *coletiva* e *comunitária* da vida familiar. “A vida privada é, portanto, vida de família, não individual, mas de convívio, e fundada na confiança mútua” (DUBY, 2004, p. 23).

A organização político-administrativa do Império Romano Ocidental é gradativamente reestruturada, de forma que o Poder Político, outrora centralizado, é distribuído em núcleos comunitários que passam a concentrar aquilo que é público e que é privado. A revolução feudal, portanto, é caracterizada por Georges Duby como a Invasão do Privado (DUBY, 2004, p. 24), pelo fato de revelar o encolhimento do espaço público pela abertura do espaço privado a toda a organização comunitária. Neste sentido: “poder-se-ia dizer que na sociedade que se torna feudal a área do público se embota, se encolhe, ao termo do processo, tudo é privado, que a vida privada penetra tudo.” (DUBY, 2004, p. 24).

Entretanto, ainda que diante de toda essa invasão do privado, Georges Duby conclui que “paradoxalmente, quando a sociedade se feudalizou, houve cada vez menos vida privada porque todo o poder se tornara cada vez mais privado” (DUBY, 2004, p. 39), pois a idéia de vida comunitária sufragava o que de fato torna algo privado, isto é, a *autonomia*.

A harmônica co-relação existente entre o indivíduo e o Estado na sociedade clássica foi dissolvida na Idade Média que, ao mesmo tempo em que impediu a continuidade desta simbiose em face da nova estrutura organizacional da sociedade, permitiu a hegemonia do Cristianismo, cuja singular contribuição decorre do convite

feito aos homens para assumir a sua individualidade, o que não existiu na sociedade clássica. Neste sentido, afirma Solari que:

O Cristianismo significou espontaneidade e independência da consciência contra toda coerção exterior, e favoreceu o desenvolvimento da individualidade espiritual que o Estado antigo, demasiadamente, havia desconhecido e sacrificado à razão política. (SOLARI, 1946, p. 9, tradução nossa)²⁷

Após o século XII, reinicia-se o processo de reconstrução da esfera pública até então privatizada. A centralização do Poder Político nas mãos de um senhor é interesse imediato da sociedade, mormente daqueles que viam em tal proposta uma saída para o desenvolvimento econômico e o desembaraço político. O Estado absoluto surge nos mesmos moldes da organização política medieval já que o castelo substitui os Feudos e os senhores feudais são substituídos pelos reis.

A retomada do referencial da esfera pública possibilitou a releitura da correlação existente entre homem x Estado e interesses privados x interesses públicos, e o Estado absolutista foi crucial neste processo. A estrutura organizacional da sociedade ocidental não permitiu a retomada da simbiose existente entre homem x Estado na sociedade antiga, porém, esta retomada adveio da contraposição criada entre as esferas pública x privada, entre direito público x direito privado.

A fundamentação jurídica do poder do soberano foi formulada por juristas que “identificaram a norma jurídica com a vontade tácita ou expressa do soberano e conceberam os direitos privados do indivíduo como outras tantas concessões do Estado revogáveis *ad nutum principis*.” (SOLARI, 1946, p. 11, tradução nossa)²⁸

Ocorre que muito embora no absolutismo o Rei buscasse para si todo o poder político e a ingerência nas determinações normativas, o espaço privado e as manifestações da individualidade já há muito vinham se desenvolvendo graças às concepções criadas em torno da idéia de *Direito Natural*.

Foi no Direito Natural que se encontrou limite para o Direito Positivo decorrente do Estado absoluto, uma vez que este não poderia derrogar direitos

²⁷ “El Cristianismo significó espontaneidad e independencia de la conciencia contra toda coerción exterior, y favoreció el desarrollo de la individualidad espiritual que el Estado antiguo, demasiado a menudo, había desconocido y sacrificado a la razón política.” (SOLARI, 1946, p. 9)

²⁸ “[...] identificaron la norma jurídica con la voluntad tácita o expresa del soberano y concibieron los derechos privados del individuo como otras concesiones del Estado revocables *ad nutum principis*.” (SOLARI, 1946, p. 11)

inerentes ao indivíduo humano. Segundo Guy Haarscher (1993), os direitos naturais pertencem ao indivíduo humano em decorrência da sua essência: “são considerados de tal modo fundamentais que nenhuma vida em sociedade digna desse nome parece ser possível sem que eles sejam respeitados” (HAARSCHER, 1993, p. 18).

A partir desta teorização, a existência de direitos tidos como naturais atribuem a determinadas prerrogativas jurídicas o caráter da absoluteidade, originariedade e inviolabilidade. E conceber tais qualificativos a determinados direitos implica impor limites normativos para os arbítrios do soberano e assim resguardar determinadas atribuições pessoais que juridicamente poderiam ser revogadas pelo soberano por mero arbítrio (revogação *ad nutum principis*).

Neste contexto, o homem torna-se titular de direitos que se encontram imanentes à sua natureza, independentemente do tempo e do espaço em que se encontra. Ser pessoa é poder agir e ter suas ações resguardadas por direitos tidos por *fundamentais*, que representam um escudo normativo que garante a liberdade contra as ingerências de terceiros, da Igreja e do próprio Estado.

Ter uma *personalidade* nesta realidade de Direito Natural é assumir um manto de salvaguarda que permite ao homem possuir um *nomen dignitatis*: pessoa, independentemente de referencial externo. A idéia de *direitos inatos* decorre desta atomização metafísica do conceito de pessoa, posto ser ela detentora de um direito de liberdade pré-concebido, segundo o qual possui faculdades subjetivas para o desenvolvimento de sua personalidade (SOLARI, 1946, P. 13).

Gradativamente o indivíduo humano vai assumindo as possibilidades da sua individualidade e potencializando-as em torno de direitos assumidos como naturais, decorrentes do estado de natureza. Segundo Guy Haarscher, o estado de natureza é uma *ficção* que permite a afirmação da existência individual antes da existência de qualquer autoridade política, além do que, tal ficção explicita as bases da filosofia individualista:

“Naturalmente”, é suposto que os homens são livres e iguais. São livres porque ninguém exerce autoridade natural sobre outrem, em resumo porque cada um é, no “estado de natureza”, o seu próprio dono; e iguais, porque se trata de uma liberdade pertença de todos (desde que sejam independentes). (HAARSCHER, 1993, p. 17).

Destarte, se na Idade Média a moralidade foi conduzida pela *obediência*, a Modernidade apresenta uma moralidade compreendida como *autogoverno*, na

medida em que todos os indivíduos têm capacidade igual para enxergar por eles mesmos o que a moralidade requer (SCHNEEWIND, 2005, p. 30). E a segurança normativa desta perspectiva advém do Direito Natural, analisado não sob a ótica das vontades divinas, nem das autoridades institucionais, mas da razão humana.

Segundo Gioeli Solari, foi justamente quando o indivíduo assumiu a consciência de si e pôde se voltar contra o Estado e a Igreja na defesa dos seus direitos que surgiu a escola de Direito Natural, que se caracterizou pela centralidade do indivíduo (SOLARI, 1946, p. 12).

Assim, o humanismo, o individualismo e o racionalismo solidificam os pilares sobre os quais se edifica o Direito Natural Moderno que é *racional*.

Pois bem. É evidente que tal concepção de direitos e faculdades subjetivas foi necessária para revitalizar a sociedade moderna diante de uma nova realidade social, política e econômica, além de possibilitar a assunção da individualidade até então não conhecida pelos antigos e pelo Medieval. Porém, a concepção de direitos tidos como inatos pressupunham um estado de natureza que revelava a existência de uma pessoa humana pré-concebida, cujos direitos, tidos como fundamentais, estavam tão enraizados nesta sua realidade atomística e metafísica que não poderia deles dispor, além de poder existir independentemente de qualquer esfera de relações humanas (inatos).

O Direito, ao mesmo tempo em que está enraizado na condição de ser humano, parece distancia-se dela no momento em que rigorosamente se prende à natureza humana. Atribuir à pessoa uma imunidade para dispor de direitos que lhe são próprios foi uma consequência deste processo de naturalização do Direito e universalização da concepção de pessoa humana. Atualmente este entendimento volta à tona nas discussões de direitos inerentes à pessoa humana, embora comumente se afirme ter sido descartada a idéia de direitos naturais. Segundo Taylor, “a revolução na teoria do direito natural no século XVII constituiu em parte usar essa linguagem dos direitos para exprimir as normas morais universais.” (TAYLOR, 1997, p. 25).

Estabelecer uma concepção de direitos universais, intangíveis, indisponíveis e inatos favorece aos propósitos de uma classe economicamente em desenvolvimento e que viu na possibilidade de reconhecimento da moralidade como autogoverno, um meio para engrandecimento dos seus propósitos liberais (SCHNEEWIND, 2005, p. 30).

Poderia esta breve exposição sobre a formação da moralidade como autogoverno terminar aqui com críticas ao atomismo metafísico proporcionado pela teorização do Direito Natural e o estado de natureza. Porém, é necessário fazer ressalvas referentes à compreensão de Hugo Grotius acerca do Direito Natural, posto que, ao se aproximar da proposta filosófica de Aristóteles, escapa das “conseqüências extremas do individualismo jurídico” (SOLARI, 1946, P. 20).

Grotius apresenta sua teoria jurídica reconhecendo a existência do estado de natureza anteriores às instituições políticas no qual o indivíduo humano tem a liberdade de desenvolver a sua personalidade. Schneewind afirma que foi por meio de Grotius “que a idéia dos direitos como atributos naturais dos indivíduos veio a ocupar lugar de destaque no pensamento europeu moderno. Grotius também torna o direito do indivíduo de buscar o seu próprio bem um pilar fundamental da sociedade.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 108).

Porém, diferentemente do atomismo metafísico existente em torno da concepção de direitos do indivíduo humano, Grotius vai além, na medida em que dá ênfase aos instintos humanos de sociabilidade que o leva a estabelecer uma rede de co-vivência social.

Para Grotius, o homem é, a princípio, um animal como qualquer outro, mas se diferencia dos demais pelo fato de possuir, imanente à sua natureza humana, um *appetitus societatis*, isto é, uma pulsão que possibilita a vida social. Esta pulsão natural do homem à sociedade se torna possível em decorrência de um “pendor dominante que o leva ao social, para cuja satisfação, somente ele, entre todos os animais, é dotado de um instrumento peculiar, a *linguagem*.” (GROTIUS, 2004, p. 38-39, grifo nosso).

Apenas o ser humano, é, para Grotius, dotado da faculdade de conhecer e de agir, segundo princípios gerais, e isto facilita a manutenção da sociabilidade humana, vista como meio de satisfação de apetites, *ainda que dispensáveis*.

A inclinação do homem em agir socialmente não é algo necessário à sua configuração enquanto ser humano. O homem é homem ainda que fora da sociedade, mas em razão da essência da sua natureza humana ele é impelido a viver em sociedade. Nas palavras de Grotius: “a natureza do homem que nos impele a buscar o comércio recíproco com nossos semelhantes, mesmo quando não nos faltasse absolutamente nada, é ela própria a mãe do direito natural.” (GROTIUS, 2004, p. 43).

Ora, se o homem tem imanente à sua natureza humana a pulsão pela sociabilidade, o Direito fundamenta-se no *cuidado pela vida social* (GROTIUS, 2004, p. 39), pois é por meio do Direito que a sociabilidade se torna possível em uma convivência de seres livres. Assim, diz Grotius que “a mãe do direito civil [...] é a obrigação que a gente se impõe pelo próprio consentimento e, como esta obrigação extrai sua força do direito natural” (GROTIUS, 2004, p. 43). E o importante a ser destacado na teoria de Grotius é justamente este *appetitus societatis* que retira o indivíduo desta realidade atomística incluindo-o em um contexto relacional em que o estado de natureza se torna realidade.

Assim, considerar a moralidade como autogoverno implica conceber duas possibilidades para a *personalidade*: uma que se dá a partir da existência atomística metafísica da pessoa humana, atrelando-a a uma situação existencial que nega as referências que a cercam; e outra que pressupõe uma existência compartilhada, em que o indivíduo é quem se autogoverna, mas co-existe com outros que interagem neste processo de autodeterminação, seja para reconhecer, seja para negar. Nesta hipótese destaca-se a posição assumida por Grotius no sentido de que os direitos são tidos como atributos naturais dos indivíduos e que eles próprios estão inclinados a buscar o próprio bem em uma existência compartilhada.

2.4 O Homem como fim em si mesmo

A Modernidade, a partir da valorização da subjetividade e de todas as suas possibilidades existenciais, busca respostas e apresenta métodos para compatibilizar o exercício de liberdades de pessoas que interagem na construção da realidade social em que vivem. Nesta tarefa, a Filosofia busca por soluções racionais e socialmente plausíveis e desafia o Direito a efetivar o exercício destas liberdades autônomas e iguais.

A concepção da moralidade como autogoverno pressupunha a existência de uma ordem moral gerada a partir do indivíduo humano em seu espaço de convivência social. Porém, embora reconhecida a sua capacidade em se autogovernar, o homem era visto e tratado como propenso ao conflito, sendo-lhe,

pois, determinada uma orientação moral possibilitadora da co-vivência social e conseqüente exercício de liberdades.

O amadurecer da Modernidade colocou o homem no centro das problemáticas existenciais e introduziu o conceito de autonomia como foco central das especulações teóricas. Sobretudo a partir da filosofia kantiana a autonomia é destacada e introduzida na reflexão filosófica e conseqüentemente movida ao discurso jurídico. Este diferencial está no fato de, na filosofia kantiana, o homem não ser determinado pela existência e conteúdo da moralidade exterior a ele (SCHNEEWIND, 2005, p. 559).

A inserção da orientação moral no próprio indivíduo faz com que a idéia de autogoverno, até então vigente, transmute-se para a idéia de autonomia. De acordo com Manfredo Araújo de Oliveira, autonomia, na reflexão kantiana, significa “a capacidade e a tarefa que caracteriza o homem como homem, ou seja, de autodeterminar-se e de autoconstruir-se em acordo com as regras de suas própria razão.” (OLIVEIRA, 1995, p. 119-120).

Diferentemente da filosofia transcendental idealista e contemplativa do cosmo, a filosofia transcendental proposta por Immanuel Kant busca respostas às condições de possibilidade que se desvelam no mundo fenomênico, uma vez que “o homem moderno não se entende mais como contemplador passivo do mundo, mas como *construtor* ativo, tanto na ordem do conhecimento, como na ordem da ação” (OLIVEIRA, 1995, p. 16). Ao contrário do método analítico do conhecimento em que se adota um juízo necessário e universal, partindo da totalidade para a individualidade, o método kantiano percorre caminho oposto, eis que se parte do indivíduo para a totalidade em um verdadeiro reconhecimento de *experiências possíveis*, revelando a importância da subjetividade e autonomia humana nos projetos filosóficos da Modernidade.

A Modernidade valoriza o sujeito e a sua autonomia diante das relações que se perfazem no mundo prático, assim, a filosofia kantiana, inserida nessa realidade moderna, além de ser envolvida nesse movimento de contemplação ativa do sujeito e de suas ações possíveis, se contrapõe ao juízo analítico do racionalismo e ao juízo sintético *a posteriori* do empirismo. Kant propõe um juízo do método transcendental que não seja necessário como é o caso do juízo analítico, nem contingente, construído apenas pela experiência, como é o caso do empirismo. Ele expõe um método em que se reconhecem as possibilidades do conhecimento humano, uma

vez que se trata de conhecimentos de uma experiência possível (juízo sintético *a priori*), valorizadora da subjetividade.

É nessa valorização da subjetividade que repousa o que se chamou de reviravolta copernicana da Filosofia, uma vez que “a filosofia de Kant tematiza com toda clareza aquilo que era a tendência oculta da filosofia moderna: a função construtiva da subjetividade no conhecimento” (OLIVEIRA, 1995, p. 17). A propósito, é preciso registrar que:

Kant pretende superar o que chamou de dogmatismo da metafísica: o sujeito é o elemento decisivo no conhecimento e na ação humanos, pois é o elemento de determinação do processo. Sem a ação da subjetividade, o conhecimento e a ação são impensáveis e por isso querer tematizá-los sem levantar a pergunta transcendental é cair no mais profundo dogmatismo. (OLIVEIRA, 1995, p. 17)

Assim, partindo do reconhecimento do homem e da sua subjetividade como horizonte da filosofia kantiana é preciso discorrer sobre alguns pontos relevantes expostos na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, mormente pelo fato de ser nessa obra que Kant assume a tarefa de buscar a fixação do princípio supremo da moralidade (KANT, 1960, p. 19), visto como algo sem conteúdo previamente definido, mas que conduz as ações humanas a máximas que podem se tornar lei universal:

O método que adoptei neste escrito é o que creio mais conveniente, uma vez que se queira percorrer o caminho analiticamente do conhecimento vulgar para a determinação do princípio supremo desse conhecimento, e em seguida e em sentido inverso, sinteticamente, do exame deste princípio e das suas fontes para o conhecimento vulgar onde se encontra a sua aplicação. (KANT, 1960, p. 19-20).

Ao começar a sua exposição acerca da transição do conhecimento moral da razão vulgar para o conhecimento filosófico, Kant sustenta que no mundo, e até fora dele, não há nada que seja absolutamente bom, sem limitação, a não ser a própria *boa vontade*, que é livre de qualquer inclinação que venha determinar dado comportamento, pois “a boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer” (KANT, 1960, p. 23). Assim, o conceito de *dever* é para Kant a expressão de algo não empírico, mas que expressa a ação humana de acordo com a razão que

determina a vontade por motivos *a priori* e, portanto, carrega em si o conceito de boa vontade (KANT, 1960, p. 26).

Desta forma, as ações humanas encerram em si mesmas a expressão do dever, seja quando tal ação é *por dever* ou *conforme o dever*. Uma ação por dever é aquela que exterioriza o conteúdo moral que determina a prática de tal ação, longe de quaisquer inclinações que venham a condicioná-la, pois uma vez que isto acontece não haverá ação por dever, mas ação conforme ao dever. De acordo com a exemplificação de Kant, ser caritativo é algo que pode refletir uma ação por dever ou conforme ao dever. Quando a ação é praticada tendo como finalidade espalhar alegria à volta de quem a pratica podendo alegrar-se com o contentamento dos outros haverá aí uma ação por dever, eis que se revela o que Kant chama de “autêntico valor moral” (KANT, 1960, p. 28). Entretanto, quando o agente abre-se a inclinações de tal conduta como o amor das honras porventura recebidas em decorrência de tal ação, não haverá expressão de vontade que torne a ação por dever, mas sim conforme ao dever.

Mesmo com o brilhantismo e perfeição refletidos pela ação por dever, Kant reconhece que em decorrência da *humanidade do homem*²⁹ e a subjetividade que fundamenta as suas ações, “é absolutamente impossível encontrar na experiência com perfeita certeza um único caso em que a máxima³⁰ de uma ação, de resto conforme ao dever, se tenha baseado puramente em motivos morais e na representação do dever.” (KANT, 1960, p. 40). Ora, se a filosofia kantiana parte da subjetividade para a totalidade, verificar a existência de um valor moral na ação não significa a constatação de algo perceptível e mensurável, eis que não se trata da ação em si, “mas dos seus princípios íntimos que se não vêem.” (KANT, 1960, p. 40).

²⁹ Utilizar a expressão humanidade do homem significa reconhecer as possibilidades das ações humanas que em sua maioria são motivadas por algo externo e não propriamente pela tão aclamada máxima do agir, ou seja, o reconhecimento da própria finitude. Vê-se que Kant reconhece essas inclinações e declara que: “quero por amor humano conceder que ainda a maior parte das nossas ações são conforme ao dever; mas se examinarmos mais de perto as suas aspirações e esforços, toparemos por toda a parte o querido Eu que sempre sobressai, e é nele, e não no severo mandamento do dever que muitas vezes exigiria a auto-renúncia, que a sua intenção se apóia.” (KANT, 1960, p. 41).

³⁰ De acordo com Kant, “máxima é o princípio subjetivo do querer; o princípio objetivo (isto é o que serviria também subjectivamente de princípio prático a todos os seres racionais, se a razão fosse inteiramente senhora da faculdade de desejar) é a lei prática.” (KANT, 1960, p. 31).

Entretanto, como advertiu Manfredo Araújo de Oliveira, é preciso ressaltar que a ética kantiana não está preocupada em estabelecer normas para o agir humano, “*mas em ‘fundamentar um princípio moral’ no sentido de uma regra suprema de discernimento e julgamento para o agir ético dos homens.*” (OLIVEIRA, 1995, p. 42, grifei).

Na natureza, tudo age de acordo com leis, sejam leis da própria natureza que ocupam o estudo da Física, sejam leis da liberdade que preenchem o estudo da Ética. De acordo com Kant, apenas um ser racional tem vontade, sendo, portanto, capaz de agir “segundo a representação das leis”, uma vez que a “vontade é a faculdade de escolher *só aquilo* que a razão, independentemente de inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom.” (KANT, 1960, p. 47). Não obstante, Kant reconhece que a vontade em si não é plenamente conforme à razão, sendo que as ações acabam se tornando contingentes, de forma que a ligação entre esta vontade e o dever *a priori* concretiza o que ele chama de obrigação³¹.

Kant se utiliza de fórmulas de determinação da ação a que denomina de imperativos hipotéticos e categórico, a fim de demonstrar a correlação entre uma vontade perfeitamente boa e as ações do mundo fenomênico que desvelam a própria humanidade do homem. Neste sentido, de acordo com Kant: “os imperativos são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objectivas do querer em geral e a imperfeição deste ou daquele ser racional, da vontade humana por exemplo.” (KANT, 1960, p. 49).

Os imperativos hipotéticos são representações da vontade que se perfazem nas experiências dadas no mundo sensível, eis que “representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)” (KANT, 1960, p. 50). Já o imperativo categórico, revela algo sem conteúdo previamente determinado ou motivado por inclinações do mundo sensível, mas representa um valor em si mesmo, isto é, “o imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.” (KANT, 1960, p. 50). Eis o princípio supremo da moralidade.

³¹ Na p. 84 da “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant esclarece que “a dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral) é a *obrigação*.” (KANT, 1960, p. 84).

Como já dito alhures, o juízo sintético *a priori* do método kantiano trata das possibilidades do conhecimento humano, ou seja, de juízos de experiências possíveis. Consequentemente, o sujeito destas experiências encontra-se em constante movimento no mundo sensível, de forma que suas ações devem encontrar fundamento no mundo numênico, buscando assim, descobrir as possibilidades do imperativo categórico, eis que: “*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (KANT, 1960, p. 59).

O imperativo categórico representa um dever *a priori* da razão e deve ser válido para todos os homens, de forma que em decorrência da própria racionalidade do agente humano e das tendências próprias a sua ação, não se pode admitir que tal imperativo encontre fundamento na natureza humana. Toda ação humana, subjetivamente motivada por certos sentimentos e tendências, pode dar lugar a uma máxima, mas não a uma lei: uma certa ação “[...] pode dar-nos um princípio subjectivo segundo o qual poderemos agir por queda ou tendência, mas não um princípio objectivo que nos *mande* agir mesmo a despeito de todas as nossas tendências, inclinações e disposições naturais.” (KANT, 1960, p. 64).

Isso posto, Kant levanta o questionamento se “é ou não é uma lei necessária *para todos os seres racionais* a de julgar sempre as suas acções por máximas tais que eles possam querer que devam servir de leis universais” (KANT, 1960, p. 66). Imediatamente, ele assegura que em caso de admissão da existência dessa lei necessária, ela tem de estar ligada ao conceito de vontade de um ser racional em geral, pois só um ser racional é capaz de se autodeterminar e se posicionar diante de determinadas situações em que é preciso assumir alguma atitude. Além do que, esta vontade não é meramente uma vontade passiva, submissa aos ditames da legislação universal, pelo contrário, ela participa como autora do processo de criação desta lei. Para Kant:

a vontade não está pois simplesmente submetida à lei, mas sim submetida também de tal maneira que tem de ser considerada também como *legisladora ela mesma*, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela se pode olhar como autora). (KANT, 1960, p. 72).

O homem é fim em si mesmo, possui valor próprio, é sua própria humanidade. O problema, porém, é enfrentar as controvérsias da sociabilidade humana, visto que, a partir desta proposição o “homem é fim em si mesmo”. A filosofia kantiana realça a

posição do homem e redefine o ponto de partida da filosofia transcendental, reconhecendo na moralidade “uma lei que obriga, independentemente dos objetivos de *alguém*” (SCHNEEWIND, 2005, p. 566). Além do mais, uma das fórmulas secundárias do imperativo categórico é o reconhecimento do outro também como fim em si mesmo para orientação das ações do sujeito que interage socialmente: “*age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*” (KANT, 1960, p. 69).

Há quem sustente que não há na filosofia de Kant risco de individualismo, mas uma perspectiva de universalidade, de um princípio da humanidade que conduz e direciona as ações humanas, limitando o exercício arbitrário da liberdade no mundo sensível, a fim de possibilitar a co-existência de iguais liberdades. “Pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os *meus*, para aquela idéia poder exercer em mim *toda* a sua eficácia.” (KANT, 1960, p. 71).

Como afirmou Marcelo Galuppo:

Existe uma tendência muito grande por parte dos intérpretes em sobrepor a liberdade à igualdade na arquitetura da moral Kantiana, mas, como demonstra Höffe, essa sobreposição não pode ser justificada porque, na verdade Kant não formula um princípio da pura liberdade como fundamento do direito, mas de um *princípio da liberdade igual* (Höffe, 1985:176). (GALUPPO, 2002, p. 94).

A partir do reconhecimento de que as ações do homem no mundo sensível são tendencialmente sujeitas a inclinações, e a fim de conciliar o fato de que “toda vontade humana seria uma vontade legisladora universal por meio de todas as suas máximas” (KANT, 1960, p. 74), Kant assume a *Autonomia*, atrelando-a ao fundamento *a priori* de dever aplicável ao mundo sensível, de forma que um sujeito verdadeiramente autônomo seria aquele que age a partir de uma determinação interna, livre de inclinações, de forma que sua ação valeria para todo o ser racional em geral.

O exercício dessa autonomia que permite o reconhecimento dos sujeitos como fins em si mesmos e legisladores universais, se dá no que Kant conceitua de Reino dos Fins, isto é, um reino onde há uma “ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns” (KANT, 1960, p. 75), seja atuando como *membro*

legiferante, submetido à mencionada lei, seja como *chefe*, quando se mantendo legislador, “não está submetido à vontade de um outro” (KANT, 1960, p. 76). Todavia, o reino dos fins é ideal (KANT, 1960, p. 76), *a priori*, e somente se realizaria verdadeiramente, se as máximas fossem universalmente seguidas, conforme ditado pelo imperativo categórico a todos os seres racionais.

De acordo com Kant, todos os seres racionais estão submetidos à lei “que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si*” (KANT, 1960, p. 76), sendo que, em razão do exercício de iguais liberdades buscado pela filosofia transcendental kantiana, “o dever não pertence ao chefe do reino dos fins, mas sim a cada membro e a todos em igual medida.” (KANT, 1960, p. 77).

É nesse viés que surge o conceito de *dignidade* na filosofia kantiana, haja vista que se a natureza humana existe como fim em si mesmo, a dignidade certamente deriva da Autonomia do ser racional, capaz de estabelecer o espaço e os limites da sua atuação, um ser consciente de si e que se auto-constitui:

A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. (KANT, 1960, p. 77).

Como conclui Kant, a “Autonomia é pois fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1960, p. 79). Ao contrário, agir em função de algo não significa agir autonomamente, mas sim heteronomamente, isto é, “quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, *em qualquer outro ponto* que não seja a aptidão das suas máximas [...]” (KANT, 1960, p. 86).

Na terceira Secção da “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant expõe a transição da metafísica dos costumes para a crítica da razão prática pura, adotando o conceito de Liberdade como chave da explicação da Autonomia da Vontade, de forma que “a *vontade* é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e *liberdade* seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*” (KANT, 1960, p. 93). *A liberdade é pressuposta a todo ser racional*, e só age

livremente o ser capaz de se autoconduzir racionalmente, capaz, portanto, de se dar a própria lei: “a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a idéia da liberdade, e, portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais.” (KANT, 1960, p. 96).

A distinção da filosofia transcendental kantiana em dois mundos, o sensível e o inteligível, proporciona a análise do sujeito e suas ações em duas situações possíveis. No mundo sensível o homem enxerga, cada qual da sua maneira (liberdades possíveis), os fenômenos que se perfazem na vida prática. Já no mundo inteligível, a que Kant reconhece como base do mundo sensível, o estado das coisas permanece o mesmo. O sujeito no mundo sensível tem as suas ações influenciadas por leis naturais (ação heterônoma), enquanto que no mundo inteligível revela a sua verdadeira autonomia, uma vez que é orientado pelos ditames da própria razão, independentemente da natureza, isto é, por algo *a priori* relativamente à experiência sensível. Nesse contexto Kant afirma que “à idéia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na idéia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos.” (KANT, 1960, p. 102).

Mesmo diante da distinção apresentada, é na *praxis* que o mundo sensível e o mundo inteligível se tocam, desvelando todas as possibilidades das ações humanas. Para Kant, quando o sujeito age sentindo-se livre, ele se transpõe para o mundo inteligível, eis que aí se reconhece a autonomia da vontade, não obstante, quando tal ação se dá em decorrência de determinada obrigação, o sujeito se encontra no mundo sensível, muito embora, mesmo nesta situação, ele não abandona o mundo inteligível (KANT, 1960, p. 103). É no ponto de contato desses dois mundos, nas experiências possíveis do sujeito, que as leis do mundo inteligível devem ser consideradas como imperativos para os sujeitos, vinculando as suas ações ao Dever categórico:

E esse dever *categórico* representa uma proposição sintética *a priori*, porque acima da minha vontade afectada por apetites sensíveis sobrevém ainda a ideia dessa mesma vontade, mas como pertencente ao mundo inteligível, pura, prática por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão. (KANT, 1960, p. 104).

Do exposto, duas perguntas são necessárias para se dar continuidade ao estudo ora apresentado. A primeira se refere ao conteúdo do princípio supremo da

moralidade que tende a direcionar as ações humanas no ponto de encontro do mundo sensível com o inteligível. E a segunda é como determinar, pela filosofia kantiana, o que vem a ser o mundo inteligível.

O princípio supremo da moralidade não tem conteúdo pré-definido. Pelo contrário, o princípio da moralidade é vazio, preenchendo-se com as ações dos sujeitos que obedecem ao imperativo categórico, isto é, aquele sujeito que age com o intuito de que a sua máxima possa ser considerada lei universal. Por tal máxima, não há que se falar em imposição de vontade de uns à vontade dos outros. Todo homem é livre e fim em si mesmo, razão pela qual, qualquer pretensão tendente a impor determinada vontade não é lícita, caso não possa ser considerada lei universal, uma vez que o homem é um ser racional, capaz de se auto-determinar.

Entretanto, adverte Schneewind que “a vontade em si não é livre nem não livre”, pois “ela proporciona permanentemente a opção de agir somente segundo a razão que sua própria atividade legislativa nos proporciona.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 563). Neste propósito kantiano é evidente certa limitação das pulsões da vida humana, como é o caso dos desejos, que serão, mais adiante, assumidos abertamente por Hegel.

No que tange ao mundo inteligível, partindo do pressuposto de que a liberdade é *a priori*, não podendo ser verificada em sua plenitude no mundo sensível, uma vez que se trata de pressuposto necessário da razão, não concebida nem conhecida, Kant assume que o conceito de mundo inteligível é apenas um “ponto de vista que a razão se vê forçada a tomar fora dos fenômenos *para se pensar a si mesma como prática*, o que não seria possível se as influências da sensibilidade fossem determinantes para o homem” (KANT, 1960, p. 110). Não obstante, muito embora seja impossível, nos dizeres de Kant, definir como uma razão pura possa ser prática, a idéia de mundo inteligível é “utilizável e lícita” uma vez que direciona as ações humanas a um determinado fim, não pelo exercício imotivado e incondicional do arbítrio, mas direcionado a uma ação fundamentada na idéia de moralidade tendente a universalizar tal conduta, compatibilizando, por conseguinte, o exercício de iguais liberdades dos sujeitos racionais.

De resto a ideia de um mundo inteligível puro, como um conjunto de todas as inteligências, ao qual pertencemos nós mesmos como seres racionais (posto que, por outro lado, sejamos ao mesmo tempo membros do mundo sensível), continua a ser uma idéia utilizável e lícita em vista de uma crença racional, ainda que todo o saber acabe na fronteira deste mundo, para, por

meio do magnífico ideal de um reino universal dos *fins em si mesmos* (dos seres racionais), ao qual podemos pertencer como membros logo que nos conduzamos cuidadosamente segundo máximas da liberdade como se elas fossem leis da natureza, produzir em nós um vivo interesse pela lei moral. (KANT, 1960, p. 116).

É inesgotável a importância da filosofia kantiana na construção do pensamento ocidental. Marcelo Galuppo, reconhecendo a relevância da filosofia kantiana, assume ser Kant “o maior filósofo do século XVIII, já que toda a filosofia moderna converge para sua obra e toda a filosofia contemporânea parte dela.” (GALUPPO, 2002, p. 77). Não diferentemente, Giorgio Del Vecchio assegura que Kant, “se não o fundador da Filosofia moderna [...], é certamente o renovador. [...] Ele é sem dúvida o maior filósofo da nossa era, e talvez de todos os tempos.” (DEL VECCHIO, 1950, p. 63, tradução nossa)³².

É a partir da filosofia transcendental kantiana que do cosmo a Filosofia se humaniza no homem e nas suas possibilidades deflagradas no simples reconhecimento da própria humanidade. A existência de um homem pertencente a dois mundos leva a Filosofia a indagar se a mera experiência do mundo fenomênico é suficiente diante das diversas condições de possibilidades do conhecimento humano que, para Kant, vai além do palpável, alcançando o transcendental.

Como bem conclui Del Vecchio, “Kant teve fé no progresso da humanidade, em um tempo em que outros (v.g. M. Mendelssohn) sustentavam o contrário, que só o indivíduo, não o gênero humano, pode progredir.” (DEL VECCHIO, 1950, p. 73, tradução nossa)³³. A pergunta fundamental levada a cabo por Kant acerca de “o que é o Homem?” é algo que instigou e instiga a Filosofia e o Direito.

Colocar o homem e a sua subjetividade no centro da indagação filosófica, reconhecendo-o como fim em si mesmo, dotado de autonomia a ponto de torná-lo legislador universal, que reconheça o outro também como fim em si mesmo e do mesmo modo dotado de autonomia, deflagra o caráter instigador da indagação kantiana acerca do que vem a ser o homem e das possíveis respostas em torno de

³² “Il Kant, se non il fondatore della Filosofia moderna [...], ne è certamente il rinnovatore. [...]. Egli è senza dubbio il più grande filosofo dell'età nostra, e forse di tutti i tempi.” (DEL VECCHIO, 1950, p. 63).

³³ “Il Kant ebbe fede nel progresso dell'umanità, in un tempo in cui altri (per es. M. Mendelssohn) sostenevano al contrario, che solo l'individuo, non il genere umano, può progredire.” (DEL VECCHIO, 1950, p. 73).

questões filosóficas, sociais e jurídicas que envolvam o homem e suas possibilidades existenciais na Modernidade.

A questão em torno da subjetividade tem raízes na tradição cristã (OLIVEIRA, 1995, p. 120). É com Kant, porém, que a autonomia racional do sujeito humano é teorizada no âmbito do agir social. É em razão desta autonomia que o sujeito humano se abre para o mundo enquanto ser dotado de capacidade de auto-constituição e auto-determinação, porque “o homem é, em última instância, um Eu, que se constitui a si mesmo enquanto sujeito livre e autoconsciente, e enquanto tal é digno de um respeito incondicional precisamente como autor da lei a que se submete.” (OLIVEIRA, 1995, p. 121).

Na obra “A Metafísica dos Costumes”, o conceito de pessoa adotado por Kant decorre da própria relevância do conteúdo da autonomia na filosofia transcendental por ele proposta. Ora, se a filosofia kantiana revela a importância da subjetividade e a capacidade *ativa* do homem no universo de transformações possíveis, a pessoa, vista como fim em si mesma, deve se mostrar capaz de autodeterminação, razão pela qual o filósofo sustenta que “uma pessoa é o sujeito, cujas ações são imputadas” (KANT, 1994, p. 30, tradução nossa)³⁴. Saliente-se que o conceito de pessoa está diretamente ligado à razão, à liberdade e à vontade, uma vez que estas são molas propulsoras da capacidade ativa do homem na determinação das suas ações e na universalização das suas condutas, e além disso ele é também legislador das Leis universais.

Pelo fato de Kant assumir a existência de dois mundos: o inteligível e o sensível, e que entre eles há um momento de encontro, há na sua Filosofia a confirmação da existência de duas personalidades: a moral e a psicológica. A *personalidade moral* se liga à universalidade, isto é, a todos os homens, uma vez que ela não é mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais, ao contrário da *personalidade psicológica* que revela a consciência da subjetividade ligada às experiências do mundo sensível (KANT, 1994, p. 30)³⁵. Mas é no ponto de

³⁴ *Persona* es el sujeto, cujas acciones sin *imputables*. (KANT, 1994, p. 30).

³⁵ La *personalidad moral*, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales (sin embargo, la *psicológica* es únicamente la facultad de hacerse consciente de la identidad de si mismo en los distintos estados de la propia existencia), de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma (bien sola o, al menos, junto con otras). (KANT, 1994, p. 30).

contato do mundo sensível com o mundo inteligível que uma *personalidade prática* é revelada, já que a pessoa é alvo de imputação de suas condutas.

Em torno das discussões acerca do conceito de pessoa e personalidade, faz-se imperioso ressaltar que Kant admite a existência de um único direito inato: a liberdade, “na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, original, que corresponde a todo homem em virtude da sua humanidade.” (KANT, 1994, p. 49, tradução nossa)³⁶.

Nesse ponto, em decorrência da conclusão de que o homem é fim em si mesmo e os outros com quem ele interage também devem ser vistos como fins em si mesmos [*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* (KANT, 1960, p. 69)], Kant afirma que da liberdade inata decorrem três conclusões intimamente ligadas a ela: a *igualdade inata* (independência que consiste em não ser obrigado por outros, a não ser aquilo a que em uma relação recíproca pode-se obrigar a si próprio), a integridade em não prejudicar os outros e não os obrigar a algo que não queiram³⁷.

Entretanto, Kant assume o subjetivo com maior vigor em sua filosofia. Ainda que resquícios de alteridade sejam perceptíveis pelas fórmulas *secundárias* do imperativo categórico, o subjetivismo na proposta kantiana é marcante. Neste sentido, salienta Schneewind que “o conhecimento envolvido na moralidade kantiana como autonomia é o conhecimento da maneira de pensar o próprio *self*. [...] Kant baseia seu princípio puramente formal na necessidade de evitar a autocontradição” (SCHNEEWIND, 2005, p. 570).

2.5 A pessoa como processo

³⁶ La *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de outro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. (KANT, 1994, p. 49).

³⁷ La *igualdad* innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también reciprocamente podemos obligarles; por consiguiente, la cualidade del hombre de ser su próprio *señor* (sui iuris); de igual modo, la da ser un hombre *íntegro* (iusti), porque no ha cometido injusticia alguna con su anterioridad a todo acto jurídico; por ultimo, también, la facultad de hacer a otros lo que en si no les perjudica en lo suyo, si ellos no quieren tomarlo así. (KANT, 1994, p. 49).

Ao tecer elogios à obra de J.B. Schneewind, “A invenção da Autonomia”, Axel Honneth (2007), em nota de pé de página e, pode-se dizer, criticamente, afirma que a obra “termina com Kant” (HONNETH, 2007, p. 57), como se faltasse algo indispensável e que complementaria os estudos de Schneewind acerca da invenção da autonomia moderna.

E Honneth diz isto pelo fato da filosofia hegeliana acerca da vontade livre ou autonomia individual não ter sido trabalhada na mencionada obra na qual se realizou “um panorama primoroso sobre a formação da idéia moderna da autonomia” (HONNETH, 2007, p. 57).

Ao contrário da filosofia kantiana, Georg Wilhelm Friederich Hegel (2005) assume uma nova postura filosófica, através da qual se abandona a idéia de *a priori*, de separação entre sujeito e objeto e de liberdade dada. Em Hegel, a idéia de *unidade* entre a parte e o todo, sufraga as contraposições anteriormente enfocadas de domínio do todo sobre a parte ou da parte sobre o todo. A Razão para Hegel não é algo estático, mas algo que age, que implica dinamicidade, que está em constante processo de produção pela própria subjetividade, eis que “*o que é racional é real e o que é real é racional*” (HEGEL, 2005, p. 35).

A proposta de se trabalhar Hegel no encerramento desta aproximação histórico-filosófico acerca da pessoalidade é assumir a diferença do pensamento proporcionada pelo seu modo de fazer Filosofia, notadamente quando se trata da Filosofia aplicada ao Direito. E considerando que em Hegel o que mais interessa no momento é a possibilidade da pessoa construir sua auto-identidade, faz-se necessário afirmar que a Liberdade deixa de ser considerada como algo dado, e passa a ser vista como algo *construído*, que parte da subjetividade (moralidade subjetiva) e encontra-se em um contexto de intersubjetividade (eticidade). É a afirmação e assunção da alteridade!

A formulação moderna do conceito de autogoverno e de autonomia, até então, implicava no reconhecimento de uma atomização da pessoa humana, e é justamente contra esta subjetivação ou subjetivismo que parte a bem fundamentada crítica hegeliana, notadamente quando aplicada ao Direito. É preciso salientar, que Hegel, de forma alguma, destrói ou mitiga a individualidade, muito pelo contrário, o que ele busca é, na verdade, reconhecer a existência da individualidade (parte) em um contexto de relações intersubjetivas (todo), de forma que a pessoa se faz pessoa

através de um processo relacional (é a unidade!), e neste, ela pode encontrar limites, postos pelo próprio Direito, contra os quais, inclusive, pode se rebelar (e isto é a prova da vontade livre).

No prefácio da obra "*Princípios da Filosofia do Direito*", Hegel assume o conceito de *pensamento livre* como sendo meio de produção da pessoa enquanto *vontade livre*, posto que "[...] em lugar de se fixar naquilo que é dado [...] toma a si mesmo exclusivamente por princípio, e precisamente por isso exige estar unido à verdade." (HEGEL, 2005, p. 27). Verdade esta que não é uma verdade imposta e que se respalda em Deus ou em dogmas, como o fez o Cristianismo, mas uma verdade racional, que pressupõe a participação da pessoa, enquanto pensamento livre, no preenchimento do seu conteúdo. Tanto é assim que Hegel denomina de "sentimento ingênuo" ou "comportamento simples" a conduta da pessoa que simplesmente se atém à verdade publicamente reconhecida e estabelece a sua conduta e sua posição na vida sobre esta sólida base (HEGEL, 2005, p. 27).

A prova da existência do pensamento livre, e, conseqüentemente, da construção de uma personalidade por uma pessoa, é a possibilidade dela não se conformar ou mesmo se mostrar hostil aos valores reconhecidos publicamente. O "*propósito da superficialidade*", desta forma, é justamente *fazer nascer a força do todo* (HEGEL, 2005, p. 30) sobrepondo-se à parte, e isto, além de implicar em empecilho para a construção da personalidade pelo sentimento livre, pode refletir a "contingência subjetiva da opinião e do arbítrio" (HEGEL, 2005, p. 30) de uns sobre a Liberdade de outros. Como defendeu Hegel nos "*Princípios da Filosofia do Direito*", de 1821, mas que é perfeitamente aplicável na atualidade:

Pode-se ressaltar, aqui, a forma particular de má consciência que se revela na eloqüência pela qual essa superficialidade se enfatua. Onde é menos espiritual mais fala do Espírito; onde mais árida e coriacemente se expressa tanto mais pronuncia as palavras "vida" e "vivificar"; onde manifesta mais amor-próprio e orgulhosa vaidade, sempre tem na boca a palavra "povo". Mas o mais característico sinal que traz na frente é o ódio à lei. (HEGEL, 2005, p. 31).

Assim, torna-se evidente que em uma sociedade em que se reconhece o pensamento livre, a tendência e o risco são as pessoas agirem de forma atomizada, na busca de interesses excludentes. Entretanto, Hegel assume a idéia do universal, não como algo pressuposto, *a priori*, divino, sacrossanto, mas como algo partilhado pelas pessoas em uma esfera de relações. É por tal razão que a idéia de universal

em Hegel não aniquila a pessoa, mas pressupõe a sua participação efetiva na construção do universal: “a autodeterminação do Eu efetua-se mediante o situar-se no Uno num estado que é a negação do Eu, pois determinado e limitado, sem deixar de ser ele mesmo.” (HEGEL, 2005, p. 49)

A Filosofia do Direito hegeliana se faz através de uma abertura da própria personalidade, que primeiro é construída a partir de si (subjetividade), mas não se encerra neste ponto, já que se encontra inserida em um tempo e num espaço com outras subjetividades (intersubjetividade).

Hegel trata da moralidade que reflete a pulsão da vida da própria pessoa, como ser que pensa, que age, que se autodetermina e que constrói a sua própria identidade, a partir de si mesmo (subjetividade). A moralidade é, portanto, a liberdade que se efetiva na subjetividade, eis que “só na verdade como subjetiva é que a liberdade ou a vontade em si pode ser real em ato” (HEGEL, 2005, p. 113).

Pelo fato de a pessoa não estar alheia a uma rede de relações, esta é pressuposição para o processo de edificação da própria subjetividade. Ora, se a pessoa não é algo dado, mas sim construído, este processo de construção se dá a partir da interação com os outros, em um constante processo de *reconhecimento*.

O processo de reconhecimento em Hegel é dialético, não implica em subserviência de um “eu” perante o outro que o reconhece, posto ser isto dominação, o que mitiga a vontade livre. O reconhecimento dialético se dá quando o “eu” se reconhece primeiramente, e na relação com o outro, o “não-eu”, se afirma. Assumir esta dialética do reconhecimento é assumir a dinâmica da vida humana.

Pessoas livres não podem estar submetidas às concepções morais fundadas rigidamente em dogmas, como Verdade condutora da sua ação, mas sim agir a partir da própria consciência. De acordo com Hegel, a consciência é a “subjetividade infinita que possui um conhecimento interior e que define o seu conteúdo no interior de si mesmo.” (HEGEL, 2005, p. 125), mas que não se aprisiona em si, uma vez que existem outras subjetividades que estão inseridas neste processo dialético de reconhecimento.

Desta forma, Hegel assume a Idéia³⁸ de Bem como sendo uma unidade da *vontade livre* e da *vontade particular*. Enquanto esta se desenvolve no plano da

³⁸ Em Hegel, Idéia não é categoria *a priori*, mas sim algo que vai além do conceito. Enquanto este é fruto daquilo que as subjetividades definem como real, a Idéia é que possibilita a modificação da realidade, inclusive para a modificação do próprio conceito que é uma conceituação *histórica*.

subjetividade, uma vez que se trata da vontade do sujeito, aquela se refere à vontade inerente às pessoas livres. Vê-se, pois, que a partir desta proposta hegeliana a efetivação da co-existência de iguais liberdades na Modernidade se torna algo mais concreto do que propriamente possibilitar que os indivíduos sejam livres por si só e ajam nesta condição, eis que tal reconhecimento pode implicar na atomização da pessoa e a dominação das possibilidades do bem-estar.

O conceito de bem-estar está incluído nesta unidade de vontade livre e vontade particular. Para Hegel, o bem-estar não decorre apenas da vontade particular, pois ele nesta condição de subjetividade isolada nenhum valor tem para si, pois descarta a dialética do reconhecimento. O bem-estar, portanto, só possui valor como bem-estar universal em si (HEGEL, 2005, p. 125), isto é, segundo a liberdade, já que nesta condição se reconhece a subjetividade em uma realidade de intersubjetividades.

O Bem é, portanto, esta unidade da vontade livre e vontade particular que *realiza* a liberdade, como sendo “o fim último e absoluto do mundo.” (HEGEL, 2005, p. 125). O Bem não é algo *a priori* que paira sobre as pessoas ou inalcançável ao seu conhecimento. Pelo contrário, para Hegel o Bem é socialmente construído, “a afirmação de que o homem não pode conhecer o Bem, de que só o encontra em sua aparência, de que o pensamento é o contrário da boa vontade, tais afirmações recusam ao espírito qualquer valor intelectual ou moral.” (HEGEL, 2005, p. 126). As pessoas que agem livremente conhecem o Bem e o realizam, uma vez que ele é introduzido na realidade por meio da vontade particular.

Como já se salientou, a moralidade subjetiva em Hegel constitui a pulsão da vida humana, seja para acertar seja para errar. E na dialética hegeliana tal possibilidade é aceita sem problema algum. O direito da vontade subjetiva consiste na possibilidade de reconhecimento, como válido, daquilo que ela – Vontade – considera bom, inclusive o *direito de não reconhecer*. “[...] o que eu considero como racional é tão capaz de ser verdadeiro como de não passar de uma simples probabilidade ou de um erro.” (HEGEL, 2005, p. 126).

Todavia, a percepção entre o ato de reconhecer algo como Bem e o algo ser realmente Bem não está submetida meramente ao crivo da vontade particular. Há uma relação de complementaridade entre o subjetivo e o objetivo:

Bem poderei eu impor-me a obrigação, e considera-la também como um direito subjetivo, de apreciar os bons motivos de um dever, de estar convicto dele e até de conhecê-lo em seu conceito e natureza. Mas nenhum prejuízo traz ao direito da objetividade o que eu exijo para satisfação das minhas convicções sobre o bem, o lícito ou o ilícito de uma ação e, portanto, da sua imputabilidade. (HEGEL, 2005, p. 127).

Logo, o direito de examinar o bem é diferente do direito de examinar uma ação como bem. Se o Bem se realiza pela vontade particular, examiná-lo passa pela subjetividade. De outro lado, examinar uma ação como Bem não o submete ao crivo da subjetividade, porque a objetividade se impõe neste sentido. Desta forma, em se tratando de decisão jurisdicional, em que há um intérprete-aplicador da norma interpretando a ação de um outro sujeito acerca do Bem, Hegel assevera categoricamente que:

[...] a decisão jurídica de responsabilidade não pode limitar-se ao que se considera conforme à sua razão própria, à apreciação subjetiva do justo e injusto, do bem e do mal, ou às exigências que se levantam para satisfazer a sua opinião. No terreno da objetividade [no qual situa a decisão jurídica], o direito de apreciação tanto vale para o lícito como para o ilícito, tais como se apresentam no direito em vigor e se reduzem ao sentido mais estrito da palavra: conhecimento como fato de ser informado acerca do que é lícito e, por conseguinte, obrigatório. (HEGEL, 2005, p. 127).

Deste modo, o direito da objetividade conduz a ação do indivíduo que quer introduzir a sua ação na realidade (co-existência de subjetividades). A pessoa é responsável pelas suas próprias escolhas e deve assumir a responsabilidade pelas mesmas a partir do momento que as exterioriza.

Se as pessoas são responsáveis pelas suas ações e se estas exigem para si um conteúdo particular, Hegel questiona o que, então, seria o dever. Para tanto, oferece dois princípios que conduzem à formação do conceito de dever: a) agir conforme o direito e b) preocupar-se com o bem-estar que pode ser tanto individual quanto de todos (HEGEL, 2005, p. 128). Entretanto, diz Hegel que os princípios acima mencionados não estão implicados na mesma determinação do dever, que, ao contrário, se define pela ausência de determinação.

Não basta que a pessoa aja tão somente num plano moral subjetivo, sem que a rede de relacionalidade seja posta em evidência. Segundo Hegel, do ponto de vista meramente moral, não é possível nenhuma doutrina imanente ao dever. É certo, porém, que o dever pode ser definido pela *ausência de contradição*, quando se chega a deveres particulares após recorrer a uma matéria exterior. Porém, “desta

definição do dever como ausência de contradição [...] não se pode passar à definição dos deveres particulares” (HEGEL, 2005, p. 129), uma vez que a avaliação do conteúdo particular do comportamento não oferecerá critérios para determinar se se trata de dever.

Neste aspecto Hegel tece críticas à mais rigorosa fórmula kantiana, o imperativo categórico, sustentando que este “introduz decerto a representação mais concreta de uma situação de fato, mas não tem para si nenhum princípio novo, outro que não seja aquela ausência de contradição e a identidade formal.” (HEGEL, 2005, p. 129).

Como já pontuado, o Bem tem natureza abstrata e necessita da vontade particular para se tornar realidade. Assim, outro aspecto da Idéia é a certeza interior de si, que afirma o particular, que determina e decide a certeza moral. A consciência da pessoa humana é sagrada para Hegel e “só criminosamente poderá ser atacada”, uma vez que representa a certeza moral do sujeito. É a sua certeza moral, como disposição do sujeito em querer aquilo que é bom em si e para si (HEGEL, 2005, p. 130).

A consciência individual existe neste momento da moralidade subjetiva independentemente daquele conteúdo objetivo. É o momento em que a própria pessoa, em si, assume a sua auto-identidade; é o processo de construção da personalidade, de um ser livre, capaz de sozinho se autodeterminar, a partir das suas próprias pulsões, independentemente de instituições como Igreja, Estado ou de terceiros que com ele interagem.

O reconhecimento da subjetividade é algo interior que permite que a pessoa assuma uma personalidade em uma rede de relações, e nesta condição particularizada, nem o Estado pode reconhecer a consciência em sua forma particularizada, nem esta escolha subjetiva pode afincar-se como parâmetro de uma eticidade.

Como bem enfatizou Hegel, a consciência formal pertence ao ponto de vista moral subjetivo (subjetividade), diferentemente da eticidade em que se reconhece a co-existência de pessoas que exercem iguais liberdades, que, em um processo dialético, definem as suas identidades.

A pessoa humana se move por pulsões (desejos e instintos), sendo que a partir destas pulsões pode-se revelar aquilo que é bem ou aquilo que é mal. O fato de a pessoa ter consciência de si torna possível que ela aceite, por princípio, tanto o

universal em si e para si, como o livre-arbítrio individual, o que possibilita que ela assuma a possibilidade de ser mau. De acordo com Hegel, tanto a moralidade quanto o mau possuem uma raiz comum, que é a certeza que para si existe, conhece e decide (HEGEL, 2005, p. 132).

A grandiosidade da filosofia hegeliana assenta neste reconhecimento humano das pulsões da vida, que por muito tempo foram relegadas ao descaso pela busca de uma perfeição humana angelical. Com Hegel, assumir a condição de pessoa é reconhecer a possibilidade dela construir a sua personalidade através de ações, seja quando acerta ou quando erra. Diz o próprio Hegel que “errar é humano: quem é que alguma vez não se enganou sobre isto ou aquilo”? (HEGEL, 2005, p. 141).

Assumir estas pulsões implica em reconhecer a própria maldade pessoal, quando a ação assim revela, e permitir que tal qualificativo lhe seja imputado. Assumir a possibilidade do Mal é assumir a existência da subjetividade:

Para mais, nesta necessidade do mal, é a subjetividade que, como infinito da reflexão, afirma esta oposição e nela existe; caso nisso se obstinar, isto é, se for má, é para si, comporta-se, portanto, como indivíduo e é ela mesma que é vontade arbitrária e natural. O sujeito individual como tal merece, pois, que se lhe impute a sua maldade. (HEGEL, 2005, p. 133).

Ocorre, porém, que a subjetividade pode escolher a maldade e tê-la como boa para si. Hegel diz ser isto a “forma mais requintada do mal”, pois “o mal se falsifica em bem e inversamente e em que a consciência conhecendo-se como força disso, se crê absoluta” (HEGEL, 2005, p. 133). Até então, se tal ação for proclamada boa para si, a princípio, nenhum problema haverá, mas se esta ação for proclamada boa para os outros, aí sim se configurará *hipocrisia*.

A possibilidade de a pessoa assumir a sua consciência, tanto como bem quanto como mal, não deve ser entendida como colisão com o direito da objetividade, como situações apresentadas em realidades diferenciadas. A proposta de Hegel se pauta na concepção de unidade. Portanto, “no aspecto formal, o mal é o que há de mais próprio ao indivíduo, pois é precisamente a sua subjetividade que simplesmente se afirma para si, sendo, por conseguinte, a sua própria culpa.” (HEGEL, 2005, p. 134-135). De outro lado, pelo fato da pessoa existir como ser espiritual e racional, “não constitui, portanto, um tratamento concorde com a dignidade do seu conceito separar dele a parte do bem, e desse modo, a

determinação da sua ação má enquanto tal, não lhe atribuindo a mesma como má.” (HEGEL, 2005, p. 135).

A consciência pode estar tranqüila diante de uma boa-razão apresentada para uma ação, ainda que esta boa razão advenha, por exemplo, da autoridade de um teólogo. Porém, esta boa razão é uma *probabilidade* de forma que não pode ser considerada boa para todos, visto que ao lado dela pode haver outras boas-razões pelo menos tão boas como ela. A moralidade cristã pautada na obediência viveu com fecundidade a imposição de uma probabilidade, como já foi exposto, de forma que não se falava em possibilidade de boas-razões, mas de uma boa-razão, o que Hegel denomina de *hipocrisia*.

Superior a este probabilismo está a afirmação de que a determinação do sujeito é o bem abstrato. Antes, porém, é preciso ressaltar que todo este processo desenvolvido por Hegel na moralidade subjetiva tem o escopo de se chegar à eticidade. O fato é que a vontade quer o bem abstrato que em si nada determina, mas recebe conteúdo pela subjetividade individual. Desta forma, diz Hegel que “cada sujeito se vê imediatamente alçado a uma dignidade que o autoriza a incluir o conteúdo num bem abstrato ou, o que é o mesmo, a operar a absorção de um conteúdo numa categoria universal.” (HEGEL, 2005, p. 136). Uma pessoa pode, portanto, ter a consciência do bem e considerar a ação como boa, mas outras pessoas podem ver a ação como má. E em uma sociedade plural e democrática isto é inevitável e corriqueiro.

Sendo assim, se o bem é algo abstrato, Hegel afirma que o mal não tem conteúdo em si, mas recebe conteúdo através da subjetividade que o determina, “e disto se conclui também que o fim moral é odiar e destruir o mal *indeterminado*.” (HEGEL, 2005, p. 137), ou seja, a pulsão de vida humana, mesmo que possa atribuir conteúdo ao mal, visa alcançar o bem, e este é o seu fim moral.

A avaliação da ação decorre do processo dialético. Hegel finaliza a análise da moralidade subjetiva com o conceito de *ironia*, que define como sendo um aspecto da apreciação entre as pessoas. É preciso que a pessoa conheça a objetividade moral, mas “em vez de mergulhar no que ela tem e de agir tomando-a como princípio, esquecendo e renunciando a si”, é necessário “manter ao contrário a distância da relação com ela e conhecer-se como o que quer e decide isto ou aquilo e pode também decidir de outro modo.” (HEGEL, 2005, p. 142-143).

Destaca-se, portanto, da filosofia hegeliana a possibilidade das pessoas assumirem as coordenadas de uma personalidade em um contexto de unidade, que não decorre de uma liberdade dada, mas sim construída em uma rede de relações, que permitem com que as outras pessoas, em iguais liberdades, também construam a própria identidade.

Além de ser possível a construção da própria personalidade, a partir do exercício da vontade, que engloba vontade livre e vontade particular, a afirmação da personalidade se dá dentro de um *processo dialético pelo reconhecimento* que pressupõe o outro. Desta forma, a liberdade para a construção da personalidade se dá no plano abstrato quando a pessoa busca ser ela mesma e no plano concreto através das redes de relações às quais a pessoa se abre no decorrer da vida. A primeira relação desta rede é a família, “substancialidade imediata do espírito” (HEGEL, 2005, p. 155), através da qual a pessoa tem o primeiro contato com a alteridade e as carências humanas são preenchidas, em geral pelo amor e pelos sentimentos de cuidado. A família é uma unidade emocional, que em Hegel implica em fusão de personalidades, que mantêm autonomias individuais.

O segundo passo da eticidade se dá na sociedade civil, que tem como primeiro fundamento a pessoa concreta com uma totalidade de carências, inclusive econômicas. Assim, a sociedade civil se desenvolve na tendência de que as pessoas interajam e satisfaçam as carências umas das outras: “a pessoa particular está, por essência, em relação com outra análoga individualidade, de tal modo que cada uma se afirma e se satisfaz por meio da outra [...]” (HEGEL, 2005, p. 169).

Finalmente, é no Estado, cume da eticidade, que as pessoas assumem “uma vida universal”, de intersubjetividades, que se reconhecem e interagem em um tempo e em um espaço através de um constante processo comunicativo de construção social. É através do sistema do Direito, compreendido como “reino da liberdade realizada” (HEGEL, 2005, p. 46), que as personalidades devem ser construídas em determinado contexto que pressupõe a intersubjetividade, longe de ingerências moralizantes hipócritas, que mitiguem a vontade particular, permitindo que as próprias pessoas humanas assumam as coordenadas das suas próprias personalidades e edifiquem as suas identidades através do exercício de liberdades distribuídas igualmente a todos.

Neste contexto, o corpo humano que outrora foi tratado como prisão da alma é visto por Hegel como elemento imprescindível para o reconhecimento da base

física da pessoa que se manifesta pelo corpo. Ser pessoa não é ser um corpo, mas ter um corpo. Conforme salienta Hegel:

O princípio segundo o qual eu, como pessoa, sou também uma individualidade imediata, significa, numa definição mais rigorosa: sou vivente neste corpo orgânico que é a minha existência extrínseca, indivisa, universal em seu conteúdo e possibilidade real de qualquer posterior determinação. Como pessoa, também eu, entretanto, possuo a minha vida e o meu corpo como coisas estranhas e independentes da minha vontade. (HEGEL, 2005, p. 76).

O corpo humano é, pois, a expressão da própria pessoa neste processo de autodeterminação, seja para atribuir conteúdo à sua integridade física, seja para delimitar as coordenadas da sua orientação psíquica. Retomando Hegel: “enquanto durar a minha vida, a minha alma (que é conceito e, maiormente, liberdade) e o meu corpo não estão separados; este é a existência da liberdade e é nele que eu sinto.” (HEGEL, 2005, p. 76).

Assumir a pessoa como uma realidade relacional-processual implica em reinterpretar vários conceitos apropriados pelo Direito, a começar pelo que se compreende por *pessoa no Direito*.

Logo no início do presente capítulo afirmou-se que *todas as pessoas humanas, na qualidade de seres livres e que co-existem numa rede de interlocução, possuem uma personalidade que não lhe é pressuposta nem imposta, mas sim construída*. No lineamento histórico-filosófico formulado, percebe-se que ser pessoa implica reconhecer a existência de um processo edificativo de uma realidade que parte da possibilidade de se ter livre-arbítrio, ainda que para recolher-se à insignificância, e abrir-se ao reconhecimento de uma moralidade pautada no autogoverno, até se desembocar na configuração da autonomia, como forma de assumir a existência e o conteúdo da moralidade a partir da própria pessoa.

Em geral, por certa influência kantiana, o conceito de Liberdade, necessário à definição da personalidade, é assumido como algo pressuposto, inerente a todas as subjetividades para a construção do próprio *self*. Sob a influência da filosofia hegeliana, porém, além da subjetividade é preciso pensar na intersubjetividade e sustentar uma Liberdade não pressuposta, mas construída por pessoas que integram um fluxo comunicativo, no qual todas as pessoas são efetivamente livres e autônomas para construir a própria personalidade.

Poder construir a personalidade pelo exercício da liberdade com o outro e contra o outro implica assumir a existência de uma sociedade pluralista, que não determina e impõe um projeto de “vida-bom”, mas que reconhece na possibilidade de construção das personalidades a existência de variados projetos de “vidas-boas”.

Para efetivar tal projeto *democrático* de uma sociedade pluralista é preciso enfrentar a problemática que envolve a pessoa no Direito, notadamente o processo de construção normativa e efetivação da sua personalidade.

3. DIMENSÕES REFLEXIVAS DA RACIONALIDADE: A POSSIBILIDADE NORMATIVA DE CONSTRUÇÃO E EFETIVAÇÃO DA PESSOALIDADE

Os contextos sociais e políticos nos quais se compreendem os conceitos de pessoa e direito são fundamentais para analisar a problemática que envolve a *possibilidade* da efetivação normativa da *personalidade*, aqui proposta, especialmente quando se afirma viver uma realidade democrática de Direito e Estado na qual iguais liberdades devem ser legitimamente efetivadas e resguardadas.

O presente trabalho não tem o propósito de enveredar pela Teoria do Direito na busca pela definição de Direito, mas parte do pressuposto de que este deve ser analisado *problematicamente*, aliando teoria e prática, em um constante processo hermenêutico que não se fecha em conceitos prontos e imutáveis, mas os reconstrói argumentativamente, possibilitando a participação e a contradição no processo sócio-histórico de sua permanente reformulação. Deste modo, pode-se asseverar que “o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa.” (CAMARGO, 2003, p. 259) em que a normatividade é socialmente construída e reconstruída.

Esta prática do Direito é essencial, sobretudo quando se trata de reconhecer o caráter processual e construído de uma *personalidade*, que se faz a partir do reconhecimento da pessoa enquanto ser livre, não solipsista, mas integrada a uma esfera de relações, em que se autoreconhece e é reconhecida através do outro.

Como já tratado (aproximação histórico-filosófica), a releitura medieval do termo *persona* a partir da concepção de essência (*hypóstasis*) destacou no conceito

de pessoa a dimensão eminentemente transcendental, ligada à natureza metafísica do ser. A partir de então, ser *pessoa* não se restringia a possuir um status social e jurídico, mas implicava ser uma substância individualizada, cuja racionalidade permitia-lhe a qualificação de *pessoa*.

Foi embalada nesta concepção metafísica que a Modernidade desenvolveu uma teoria normativa respaldada na concepção de direitos que se encontravam ligados ao humano de tal forma que eram tidos como já dados, próprios do homem e por ele indisponíveis. É o reconhecimento de direitos que estavam de tal modo vinculados aos indivíduos humanos que exprimiam um vínculo possessório. Trata-se de direitos que evidenciavam normas morais universais e que todos os indivíduos, livres e iguais, possuíam (vida, liberdade e propriedade).

Diferentemente da realidade grega em que a *Polis* era o referencial para a ação individual (fora da *Polis* não era possível haver homem, mas deus ou animal irracional), a Modernidade rompe com este referencial externo, buscando o indivíduo em si mesmo a referência para sua ação.

Assumida a consciência de si, o indivíduo passa a ter liberdade para a construção da sua personalidade. Todavia, na forma originária desta concepção moderna, o desenvolvimento da personalidade foi tido como possível independentemente de qualquer referencial externo, isto é, o “eu”, cuja liberdade era considerada como dada, se bastava na determinação da sua personalidade, e presumia-se existir sem qualquer referência à esfera de relações. Neste sentido, afirma Taylor:

A cultura moderna desenvolveu concepções de individualismo que retratam a pessoa humana como, ao menos potencialmente, um ser que encontra suas coordenadas dentro de si mesmo, que declara independência das redes de interlocução que o formaram originalmente ou, ao menos, as neutraliza. (TAYLOR, 1997, p. 56).

Lançadas as bases fundamentais do individualismo moderno e a possibilidade dos indivíduos assumirem sua própria personalidade, a consequência imediata de tal abertura foi o pluralismo existencial, puxando consigo a exigência democrática de iguais liberdades que não se resumem à concessão formal de liberdade igual a todos, mas conclamam ao reconhecimento da diferença como possibilidade da igualdade. Reconhecer a igualdade, pois, implica reconhecer a diferença e os variados projetos de vida construídos em uma sociedade pluralista.

Não obstante, para isto ser possível faz-se necessário reconhecer a forma pela qual a pessoa assume sua personalidade e como o Direito deve ser interpretado para tornar esta realidade efetiva.

Uma das maiores problemáticas jurídicas da atualidade, para não dizer a maior delas, gira em torno da *efetivação normativa da dignidade construída pela pessoa* e todas as suas manifestações enquanto ser livre, capaz de se autodeterminar e assumir as coordenadas da sua personalidade em um universo intersubjetivo, em que identidades se entrelaçam e processualmente se constituem e reconstituem.

O reconhecimento de uma pluralidade existencial abre espaço para as mais variadas formas de manifestações de vida, além da pluralidade de valores que são eleitos pelas pessoas na conceituação daquilo que designam “vida boa”.

Uma das causas da dificuldade normativa encontrada pelo Direito está no elemento central que pressupõe a assunção da personalidade: os *valores*. Se a *personalidade* é constituída pelas configurações decorrentes das escolhas feitas pelos indivíduos enquanto seres capazes de se autodeterminarem, evidentemente o conteúdo destas configurações é preponderantemente axiológico, uma vez que se trata da escolha, pelo indivíduo livre, daquilo que ele projeta na realidade como algo que vale a pena ser vivido – “vida boa”.

A projeção desta escolha na realidade reflete valores assumidos pela pessoa na definição da sua personalidade. Logo, construir uma personalidade é construir valores, mutáveis por certo, mas que determinam as obrigações morais da pessoa na condução da sua própria vida.

É certo, porém, que, além destes valores poderem ser escolhidos por outras pessoas como algo que preenche o conteúdo de “vida boa” por elas assumido, tais valores podem se tornar preponderantes uma vez assumidos pela maioria de uma determinada sociedade, o que pressuporia sua consolidação social, legal e política em uma determinada cultura.

É neste ponto que residem as grandes controvérsias normativas enfrentadas pelo Direito, pois ainda que determinados valores sejam assumidos por uma maioria da sociedade, não podem eles ceifar a possibilidade do surgimento de novos valores que partem também de pessoas humanas no processo dialético de afirmação da personalidade. Impedir a efetivação destes novos valores implica na limitação da reciprocidade do reconhecimento.

Se por meio dos valores o indivíduo humano projeta aquilo que elegeu como bom para a condução da sua vida e assunção da sua personalidade, a convivência com valores contrapostos significa ser possível à pessoa realizar a sua personalidade. E isto deve o Direito legitimar e tutelar, a fim de tornar a dignidade da pessoa efetiva. Eis, portanto, a questão central do Direito.

Destarte, a fim de melhor compreender esta controvérsia faz-se necessário retomar a discussão acerca da co-relação existente entre ser *pessoa* e ser *homem*. A princípio, parece que discutir uma aproximação ou distanciamento entre *pessoa* e *ser humano* é divagar sobre o “sexo dos anjos” e que, para o Direito, nenhuma relevância haveria.

Porém, é pelo fato de o Direito ter sido fundamentado em conceitos filosófico-teológicos de pessoa, geralmente respaldados em forte influência platônica e cristã, que questões como estas não costumam ser enfrentadas. Em geral, afirma-se que a tutela da pessoa é a tutela do ser humano, e que há uma identidade conceitual entre ambos que implica uma proteção reflexa, não podendo distanciar pessoa de ser humano. Não obstante, a partir da compreensão aqui utilizada de personalidade como expressão da efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros, fica claro que a realização da pessoa não se dá tão somente pelo fato dela ser humana, mas por poder assumir legitimamente suas configurações incontornáveis e assim ser reconhecida.

Ademais, as problemáticas jurídicas advindas das biociências têm colocado em relevo estes debates, demandando uma revisão do conteúdo do conceito de pessoa no Direito. Laura Palazzani, por exemplo, se ateu a isto ao desenvolver minucioso trabalho acerca do conceito de pessoa entre Bioética e Direito. Segundo ela, “o conceito de pessoa é indubitavelmente um nó problemático em bioética e no biodireito que precisa ser desfeito; é um cruzamento teórico, [...] que a filosofia não pode renunciar a considerar.” (PALAZZANI, 1996, p. 4, tradução nossa)³⁹.

De início, o que se sente é que a propalada tutela jurídica da pessoa pelo Direito pressupõe uma concepção transcendentalizada da pessoa. Entende-se por concepção transcendentalizada aquela que considera a pessoa como anterior e independente da sociedade, como se estivesse a pairar sob uma realidade e que subsistisse como fim em si mesma. É natureza como essência espiritualizada,

³⁹ “Il concetto di persona è indubbiamente un nodo problematico in bioetica e nel biodiritto che esige di essere sciolto; è un crocevia teorico, [...] che la filosofia non può rinunciare a considerare.”

definida e preexistente. Tutelar juridicamente algo de forma tão generalizada, partindo-se de uma premissa autoritariamente imposta é insustentável em uma construção científica do Direito. Seria juridicamente mais responsável e construtivo atribuir tutela jurídica a uma determinada situação problema, em que a premissa é buscada a partir do caso concreto, ou seja, em que a tutela da pessoa advém da análise de uma situação particular, de modo que um ser humano, impedido de assumir a sua personalidade, pode ser considerado como não-pessoa. Desta forma é preciso perquirir acerca da legitimidade democrática no enfrentamento de problemáticas normativas em que a pessoa e todas as suas possibilidades estão no centro da questão.

É evidente que o equívoco de se entender a pessoa como mero integrante de uma espécie espiritualizada capaz de criar e pensar o divino encoberta e desvirtua a análise de problemas sociais e jurídicos recorrentes, de forma que ainda que ilegalidades e abusividades sejam cometidas contra a pessoa, ela se manteria pessoa com a mesma dignidade que lhe fora atribuída aprioristicamente, posto se tratar de um dado *transcendental*. Todavia, para o Direito o que está em jogo é o social, pois o que interessa é a efetivação da personalidade como uma possibilidade pessoal e não a sua conceituação!

Em estudo dedicado à pessoa e ao Direito de Personalidade, Pedro Pais de Vasconcelos afirmou categoricamente que “*se, pelo exercício do poder, a personalidade for desrespeitada, se a pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou coisa, nem por isso deixa de ser o que é: uma pessoa com toda a dignidade que lhe é inerente.*” (VASCONCELOS, 2006, p. 6, grifos nossos). Tal assertiva, porém, com a qual não se pode concordar, deve ser enfrentada no nível do Direito, na medida em que se trata de uma Ciência Social aplicada.

Em Hegel, o conceito de pessoa foi evidenciado a partir de uma realidade relacional-processual, de acordo com a qual a pessoa não nasce pessoa, mas se torna pessoa, com o outro, contra o outro e através do outro. A perspectiva de ser pessoa e assumir a sua personalidade não decorre de uma categoria *a priori*, mas de um processo interativo e social, no qual a pessoa se torna e se faz alguém na medida em que se autoposiciona como negação do outro, é por ele reconhecido e o reconhece enquanto outro, construindo deste modo sua autonomia e auto-identidade.

Evidentemente, é inimaginável conceber uma sociedade na qual os indivíduos que nela vivem, em uma mesma posição de igualdade normativa, não possam interagir na determinação daquilo que assumem como estrutura organizacional da vida. A própria idéia dos níveis da liberdade hegeliana conduz a isto, posto que a Liberdade da Sociedade Civil pressuponha a passagem pela Liberdade pessoal e pela Liberdade da Moralidade, nas quais o indivíduo vai, gradativamente, se construindo até o nível mais elevado da eticidade, em que o outro conta enquanto outro, igual a mim.

Portanto, partindo deste pressuposto, pode-se afirmar que há uma diferença relevante entre a “*qualidade de ser humano*” e a “*condição de ser pessoa*”, posto que ambos, apesar de poderem ser interpretados como conceitos idênticos pelos desavisados, diferem entre si na medida em que seus conteúdos são distintos. De início é preciso asseverar que, se a personalidade apenas é construída no interior de uma esfera de relações na qual a autonomia privada e a alteridade se efetivam, ser pessoa pressupõe uma *condição* que difere de uma mera *qualidade* atribuída a uma espécie, permitindo que esta seja chamada de homem.

Esta condição está nos meios sociais e normativos que tornam possíveis a efetivação da personalidade e a conseqüente assunção dos traços biográficos da própria vida, que se constrói neste contexto, através dele e também contra ele.

Voltando ao Direito, é certo que na Modernidade a *dignidade da pessoa* e todas as suas possibilidades é assumida como centro do ordenamento jurídico. O referencial do próprio Direito é a pessoa e todas as suas manifestações sociais, seja em situações jurídicas existenciais através das quais se possibilita a afirmação da personalidade⁴⁰, ou em situações jurídicas uniposicionais decorrentes da relação estabelecida entre pessoa e coisa⁴¹, ou nas situações jurídicas relacionais em que pessoas interagem na formação, modificação ou extinção de um direito⁴².

⁴⁰ As situações jurídicas existenciais referem-se à efetivação normativa da personalidade. É a possibilidade reconhecida pelo Direito de a pessoa assumir a sua autonomia privada em determinadas situações jurídicas que dizem respeito diretamente a sua posição pessoal, livremente assumida.

⁴¹ A situação jurídica é definida de uniposicional pelo fato de o sujeito do direito ser uniposicionado perante o objeto jurídico, “[...] porquanto nela só há lugar para *uma posição* de sujeito, ou de sujeitos plurais que a essa posição acorrem *um só*, ou sob *vários títulos* [...]” (CASTRO, 1985, p. 70). Assim, tem-se, por exemplo, situações jurídicas de direitos reais, nas quais a norma jurídica relega à esfera de vontade do titular do direito o exercício de poderes denominados “[...] poderes jurídicos normativos, dado que devem eles à norma o ato de sua criação e a natureza predeterminadas dos efeitos jurídicos que decorrem de seu *uso* pelo titular. A este último, o titular, tudo quanto cabe é a

O Direito nasce da ação da pessoa e é desta dependente. Contudo, reconhecer a dignidade da pessoa como centro do ordenamento jurídico não decorre de uma benevolência divina ou de uma manifestação transcendental, mas de um processo relacional através do qual as pessoas que integram uma determinada comunidade se envolvem em um processo de construção de personalidades. Tanto a pessoa quanto o Direito decorrem de processos construtivos advindos da própria idéia de relação social.

Portanto, se a *condição de ser pessoa* está voltada a uma perspectiva relacional, o que a difere da *qualidade de ser homem*? Para o Direito, o que é ser uma pessoa no sentido aqui referido? É ser apenas homem? Basta integrar uma determinada espécie para obter tutela jurídica? Qual o alcance da tutela normativa sobre a pessoa? Como a pessoa se constrói? Até que ponto o Direito pode tornar isto efetivo?

Para o Direito não é suficiente afirmar que a *pessoa* é um ser humano simplesmente porque integra uma determinada espécie que foi em algum momento da História definida transcendentemente. Ser pessoa é ser alguém além de ser apenas humano. Não no sentido de extravasar a realidade como se transcendente fosse, mas que se constrói em um processo dialético.

A qualidade de ser homem expressa uma propriedade que determina a natureza de um ser que efetivamente se diferencia dos demais. Como bem salientou Aristóteles, esta diferença decorre do fato de o homem ser o único animal que possui a palavra, posto ser por meio dela que necessidades, pretensões, fins e vontades são mediatizadas.

Ao introduzir a obra de Robert Spaemann (*Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*), José Luis del Barco salienta que o conceito de pessoa

faculdade de discernir sobre a conveniência ou a oportunidade desse uso – a de usá-lo ou de deixá-lo sem uso.” (CASTRO, 1985, p. 75).

⁴² A situação jurídica relacional decorre da interação intersubjetiva dos indivíduos envolvidos no vínculo jurídico. Segundo Torquato Castro, “abrange as relacionais o mais largo leque de incidência, e derivam, entre outras fontes, do acolhimento pelo direito de relações sociais, inclusive as que derivam de instituições sociais de caráter orgânico, que se firmam através de relacionamento hierárquico em razão de *funções* que a norma protege enquanto tais, assegurando-lhes o exercício em prol de interesse de outrem, de incapazes ou no de grupos sociais ou pessoas jurídicas (funções de direito de família ou de direito protetivo – pátrio poder, tutela e curatela; exercício de poderes de hierarquia, no comando dos interesses representativos ou administrativos de entidades personalizadas ou de simples patrimônios separados etc.); e estendem-se às relações patrimoniais, na ordem econômico-comutativa, e compreendem a grande classe das situações econômico-comutativa, e compreendem a grande classe das situações de direito pessoal, ou de crédito, ou situações jurídicas *obligacionais*.” (CASTRO, 1985, p. 77).

passou por duas fases: uma *teórico-acadêmica* e outra *teórico-prática*. Na primeira, o conceito de pessoa representava tão somente um *nomen dignitatis*, isto é, um sinal distintivo que protegia o ser humano de violações estranhas. Já na segunda há uma dupla visão do conceito de pessoa na medida em que a teoria indaga e a prática muda. Assim, para Del Barco o objetivo do estudo teórico-prático do conceito de pessoa serve para deter os constantes desrezos imputados à pessoa.

Se o estudo meramente teórico de pessoa, compreendida como *nomen dignitatis*, foi insuficiente para preencher as necessidades efetivas da tutela jurídica devido ao processo que implica ser pessoa, a aliança entre teoria e prática tende a suprir tal insuficiência. Robert Spaemann (2000) sentiu esta carência ao apresentar a pessoa a partir da diferenciação entre algo e alguém, afirmando que “quem somos não se identifica evidentemente com o que somos” (SPAEMANN, 2000, p. 32, tradução nossa)⁴³. Se a identificação do que somos pode ser certa para todos, a identificação de quem somos é algo singular, único de cada indivíduo que constrói os traços biográficos da própria vida.

Para Spaemann (2000), ser homem é ser integrante de uma determinada espécie que, por possuir determinadas qualidades, permite que ele seja chamado *pessoa*. Saliencia o referido autor que “evidentemente o homem não é homem do mesmo modo como o cão é cão, é dizer, como caso imediato de seu conceito específico.” (SPAEMANN, 2000, p. 29, tradução nossa)⁴⁴.

Ser pessoa não é ter apenas um organismo vivo como um coração e um fígado, ou pertencer à espécie *homo sapiens*. Só se é pessoa “na medida em que nos movemos num certo espaço de indagações, em que buscamos e encontramos uma orientação para o bem” (TAYLOR, 1997, p. 52), e mais, só se é pessoa no meio dos outros, pois “um *self* nunca pode ser descrito sem referência aos que o cercam” (TAYLOR, 1997, p. 53).

Ser pessoa é ser livre para assumir a titularidade das coordenadas de uma personalidade construída pela própria pessoa com os outros. Todo homem tem liberdade para ser pessoa na medida em que pode assumir a sua personalidade. Aqui repousa a legitimação do Direito, cujo fim precípua é a tutela da pessoa e as suas diversas formas de manifestação. Assim não se pode concordar com Pedro

⁴³ “*quiénes* somos no se identifica evidentemente con *lo que somos*” (SPAEMANN, 2000, p. 32)

⁴⁴ “Evidentemente el hombre no es hombre del mismo modo a como el perro es perro, es decir, como caso inmediato de su concepto específico.” (SPAEMANN, 2000, p. 29)

Pais de Vasconcelos (2006) ao afirmar que o tratamento indigno dispensado à pessoa não lhe retira toda a dignidade que lhe cabe.

Tratar a pessoa como não pessoa é retirar-lhe a dignidade de ser pessoa. É afrontar a sua autonomia privada e negar o direito de construir a própria personalidade. É desrespeitar a sua dignidade e tutelar tão somente uma qualidade de ser, o que não necessariamente implica na defesa da dignidade.

A pessoa não pode ser vista como um dado *a priori*, nem uma predeterminação jurídica, mas algo concreto que se faz através de processos comunicativos e que pressupõe, necessariamente, *intersubjetividade*. Desta forma, se o homem, enquanto integrante da espécie humana, não tiver a liberdade de assumir as coordenadas da sua personalidade, e assim se auto-afirmar, não poderá ser considerado pessoa. Negar ao homem a possibilidade de assumir as coordenadas da sua personalidade é negar-lhe a possibilidade de ser pessoa.

Como visto, Charles Taylor defende a tese de que é impossível à pessoa prescindir daquilo que denomina de *configurações incontornáveis*, ou seja, “horizontes” assumidos pela pessoa como o fim de sua própria vida, dignificada em torno de objetivos livremente assumidos: “o que afirmo é que viver no âmbito desses horizontes fortemente qualificados é algo constitutivo do agir humano, que sair desses limites equivaleria a sair daquilo que reconheceríamos como a pessoa humana integral, isto é, intacta.” (TAYLOR, 1997, p. 43).

Ao formular e responder à pergunta “*quem sou eu?*” Taylor afirma que parte desta resposta pode ser dada através de uma *compreensão histórica*, pois “certos desenvolvimentos de nossa auto-compreensão constituem uma precondição de nossa formação em termo de identidade” (TAYLOR, 1997, p. 45), como escolhas que são feitas no desenrolar da própria vida, a influência das tradições de família, a cultura do local em que se está inserido (inclusive religiosa), a absorção da cultura ou mesmo a rejeição dela.

A outra parte da mencionada pergunta (quem sou eu?) decorre do reconhecimento de que *cada pessoa é interlocutor potencial em uma sociedade de interlocutores*, isto é, “alguém com seu próprio ponto de vista ou seu próprio papel, que pode falar por si mesmo” (TAYLOR, 1997, p. 46), e, assim, assumir os traços biográficos da sua personalidade, naquele horizonte no qual a pessoa se torna capaz de tomar uma posição (1997, p. 44).

O reconhecimento da pessoa como interlocutor em uma rede de interlocutores pressupõe a alteridade e o resguardo da sua liberdade comunicativa. É esta liberdade que permite que a pessoa seja tratada como interlocutor, pois sem ela o processo dialético de afirmação da personalidade se torna algo semelhante ao domínio ou arbitrariedade, posto que a ausência de autonomia de um interlocutor implica o cerceamento da possibilidade de fala e de interação no processo dialético de auto-afirmação.

Assim, pode-se concluir, com Taylor, que “estudar pessoas é estudar seres que só existem em certa linguagem, ou que são por ela parcialmente constituídos” (TAYLOR, 1997, p. 53).

O Direito, portanto, deve reconhecer as pessoas e proteger a sua abertura na sociedade, de forma que a todas elas seja dada a liberdade de se fazerem pessoas dentro de um processo aberto e público de construção da auto-identidade, através do qual se reconhece a si mesma através do outro em uma dialética constante de reconhecimento e reconciliação.

Tal assertiva tende a se tornar mais densa quando a sua compreensão decorre de uma realidade democrática de Estado e de Direito, na qual o pluralismo é a chave da co-vivência social.

O projeto democrático para possibilitar a co-existência de iguais liberdades decorre do reconhecimento da igualdade pela diferença, uma vez que a realidade da pessoa como processo implica em um pluralismo existencial no qual espaços privados são criados a partir de iguais possibilidades de efetivação da personalidade. Ao Direito compete a obrigação de possibilitar que este projeto democrático seja efetivado, o que só é possível através da efetivação de liberdades (direitos)⁴⁵ e não-liberdades (deveres)⁴⁶ legitimamente estruturadas. E este propósito normativo precisa ser cuidadosamente detalhado.

3.1. A pessoa deliberativa na Teoria Discursiva do Direito

⁴⁵ Os direitos são liberdades na medida em que correspondem a “liberdade subjetivas de ação que fixam, estabelecem os limites dentro dos quais um sujeito está legitimado (autorizado) a afirmar a sua vontade, independentemente dos objetos e motivos que persegue ou impulsiona.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 78).

⁴⁶ A compreensão do dever como uma esfera de não liberdade “nos remete a uma situação jurídica especificamente problematizada e, na qual, podemos interpretar uma posição caracterizada pela inexistência de uma esfera de liberdade o que implica uma obrigação [...] que uma vez descumprida gera a possibilidade de responsabilização por vias institucionais.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 108).

O reconhecimento da pessoa como interlocutora em um fluxo comunicativo no qual se sustenta a convivência social não se restringe a possibilidade de construção e auto-afirmação da personalidade, mas vai além, na medida em que nos discursos públicos democraticamente sustentados cada pessoa tem a liberdade de expressar os seus valores e suas posições enquanto defensores de um determinado ponto de vista.

Para o Direito esta manifestabilidade da pessoa é fundamental, na medida em que em um Estado democrático, a legitimidade do Direito encontra respaldo na discursividade construída e reconstruída nos contextos de co-vivência social. Em todo âmbito de manifestação social, a pessoa apresenta-se como elemento primeiro e fundamental do discurso, na medida em que se interage com o outro enquanto interlocutora em um fluxo comunicativo de interlocutores.

Deste modo, em todo âmbito de intersubjetividade democrática as pessoas se interagem enquanto expositores de uma determinada posição pessoal, livremente assumida. Neste aspecto, cada um pode ouvir, anuir ou reagir criticamente a argumentos que apresentam certa pretensão de validade. Toda pessoa enquanto ser livre, capaz de pensar, querer e agir, apresenta-se como ouvinte ou falantes em uma rede de interlocutores. E ao assim proceder, a pessoa deve assumir a responsabilidade pela sua manifestação perante si e o outro.

Na Teoria Discursiva do Direito, esta manifestabilidade interlocutória da pessoa revela fundamental importância, de modo que a pessoa passa a ser reconhecida como uma *pessoa deliberativa*, isto é, uma pessoa que se auto-afirma em um espaço público de vivência com o outro, manifestando-se livre para pensar, agir e escolher e assim ser capaz de “examinar argumentativamente as razões sobre as quais baseia sua posição crítica acerca de seus *próprios* proferimentos e ações [...]” (GÜNTHER, 2006, p. 227).

O aspecto deliberativo da pessoa aqui apresentado diz respeito à capacidade volitiva e cognitiva possibilitada à pessoa para se manifestar de modo crítico. Seja para avaliar as conseqüências da ação de outrem, seja para avaliar as conseqüências da sua própria ação: “uma pessoa deliberativa deve, portanto, poder tomar parte em argumentações nas quais pretensões de validade relativas a

proferimentos são levantadas, criticadas por meio de razões e defendidas com contra-razões.” (GÜNTHER, 2006, p. 226).

Para o Direito, a efetivação plena desta pessoa deliberativa fundamenta a legitimidade do próprio Direito, uma vez que as pessoas enquanto interlocutores responsáveis pelas suas manifestações, “[...] interpretam e estruturam juridicamente a imputabilidade idealizada que se atribui uns aos outros, de forma pressuposta, na qualidade de participantes do discurso.” (GÜNTHER, 2006, p. 224-225).

Lúcio Antônio Chamon Júnior sustenta que a sociedade na Alta-Modernidade constrói a si mesma através de processos comunicativos, sendo que “a única força que se faz prevalecer é a própria força dos argumentos assumidos reflexivamente em debates publicamente sustentáveis” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 125) e não de argumentos de autoridade, afastados do debate.

Neste contexto, a pessoa deliberativa, de acordo com Klaus Günther (2006), apresenta-se ora como *cidadão*, participante de procedimentos democráticos de criação da norma jurídica, ora como *pessoa de direito*, destinatária da norma jurídica posta democraticamente. Como cidadão, a pessoa deliberativa participa do procedimento democrático de elaboração da norma como co-legislador, posicionando-se criticamente a favor ou contra pretensões de validade por outrem apresentadas.

Na discursividade de elaboração da norma jurídica várias manifestações públicas e inúmeros argumentos valorativos são democraticamente colocados em debate pelas pessoas e grupos defensores de determinada concepção de vida-bom, seja esta ética, política, econômica ou religiosa. Em uma perspectiva democrática, a participação pública neste debate sobre a justificação da norma jurídica é necessária e crucial, tendo em vista que ela permite que o fruto normativo dela decorrente esteja sustentado pela legitimidade de argumentos endossados por um processo legislativo legítimo. Nenhum projeto de vida ou concepção de vida-bom deve ser imposto pela maioria, mas sim compartilhado por todas as pessoas que se interagem neste espaço de partilha.

De acordo com Klaus Günther (2006), a possibilidade de participação da pessoa deliberativa no procedimento democrático de criação da norma é elemento constitutivo e operacional do próprio procedimento, uma vez que “procedimentos democráticos pressupõem uma pessoa deliberativa e se reproduz no uso geral das capacidades atribuídas a uma pessoa deliberativa” (GÜNTHER, 2006, p. 228).

A validade da norma jurídica é mantida ainda que nem todos os cidadãos tenham exercido a sua capacidade deliberativa, ou ainda que nem todos concordem com a norma advinda do processo legislativo, uma vez que “a validade positiva do direito funda-se apenas na produção da norma em conformidade com o procedimento, e não na posição concordante ou discordante do cidadão individual.” (GÜNTHER, 2006, p. 230).

Resgatando o conceito de aceitabilidade proposto por Jürgen Habermas na sua Teoria do Discurso, Lúcio Antônio Chamon Júnior afirma que:

Somente compreendendo a força do poder comunicativo gerado, pois, nos processos de comunicação, equivale dizer, tão-somente a partir da apreensão de que aquilo a garantir, a todos os co-implicados, a aceitabilidade de determinadas construções da Sociedade, é a força do melhor argumento, podemos, reflexivamente, pretender não só, mas também, um Direito modernamente legítimo. (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 128).

Ainda que determinada proposta normativa venha a ser aceita, aprovada e integrada a um determinado ordenamento jurídico, isso não significa que ela seja compartilhada por aquelas pessoas deliberativas que não exerceram a faculdade de deliberar sobre a questão levada ao debate ou que não concordam com ela⁴⁷, embora tenham que a ela se submeterem publicamente. O fato é que se a sociedade está em constante processo de transformação, uma vez que aberta às situações inevitáveis ou inesperadas, a aprovação de determinada lei não elimina a controvérsia a seu respeito e conteúdo. Muito pelo contrário, assim como a vida, a controvérsia continua aberta a outros procedimentos discursivos, seja em outro discurso de justificação, seja no de aplicação da norma.

Desta feita, se em algum momento da história de uma sociedade uma conduta qualquer representou afronta a dignidade de outrem, pode deixar de sê-lo a partir de uma nova deliberação argumentativa democrática das pessoas que criam e se submetem às pretensões de validade legitimamente empossadas na norma jurídica. Seria isso retrocesso? A princípio não, já que concepções compartilhadas podem tornar os vencidos em determinado momento, em vencedores em outro,

⁴⁷ Segundo Lúcio Chamon Júnior, “o fato de uma tal proposta ser aprovada não significa que todos passaram a compartilhar dos valores daqueles que defendiam referido projeto de lei, nem que os ‘vencidos’ na disputa argumentativa possam deixar de discordar da forma como uma determinada matéria fora regulamentada.” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 130).

desde que os argumentos lançados a tal propósito encontrem suporte em normas válidas e legitimamente produzidas, pois:

O fato de algo ser para todos aceitável não significa, ou não depende, da aceitação de todos. Não temos todos que compartilhar de convicções aclamadas em termos de uma unidade nacional ou de um “espírito do povo” para sermos membros de uma mesma comunidade jurídica. O poder comunicativo gerado em discursos racionais é aquilo a garantir a legitimidade, inclusive, da produção do Direito. (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 131).

Segundo Lúcio Chamon, o importante é preservar a aceitabilidade da norma jurídica legitimamente produzida, ainda que nem todos concordem com a forma como a lei dispôs acerca de determinado assunto (CHAMON JÚNIOR, 2008). A questão envolvendo a aceitabilidade da norma é procedimental, devendo, destarte, ser possível a todos os co-interlocutores o exercício de iguais liberdades na rede de interlocução, “seja participando dessa discussão na esfera pública, através de manifestações públicas, liberdade de imprensa ou, ainda, fazendo valer minhas pretensões em vias institucionalizadas abertas, inclusive à Sociedade civil.” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 131).

Criada a norma jurídica outra manifestabilidade da pessoa deliberativa se evidencia: trata-se da afirmação e reconhecimento da pessoa como destinatária da norma jurídica - a *pessoa de direito* (GÜNTHER, 2006).

Cada pessoa deliberativa, ativa ou não no procedimento democrático de justificação normativa, tem, em geral, o dever de obediência à norma. De acordo com Günther, o dever de obediência à norma jurídica surge da “capacidade de posicionamento crítico, atribuída à pessoa deliberativa, e o *direito* subjetivo igual ao exercício eficaz dessa capacidade em *procedimentos* democráticos institucionalizados juridicamente [...]” (GÜNTHER, 2006, p. 230).

O dever de obediência à norma jurídica não se confunde com o dever de obediência a uma norma moral, pois enquanto este pressupõe a adesão voluntária da pessoa ao ditame normativo, o dever de obediência à norma jurídica não se submete ao crivo individual de concordância ou rejeição da pessoa individual. Entretanto, embora o dever de obediência à norma jurídica crie espaços de não-

liberdades⁴⁸ para a atuação da pessoa, ele não exclui e não impede que a pessoa manifeste a sua pulsão de liberdade, podendo, inclusive, não cumprir este dever de obediência. Se assim o fizer, a pessoa deve, criticamente, assumir as conseqüências da sua ação. Como afirmou Klaus Günther:

O dever de obediência ao direito pressupõe apenas que o seu destinatário tenha a capacidade de posicionar-se criticamente em relação às suas próprias ações e proferimentos. O destinatário pode escolher se vai seguir a norma e *por quais razões* ele o fará. O direito não exige, portanto, que a pessoa de direito *concorde* com a norma e seja *em conseqüência disso* obrigada a obedecê-la. O direito deixa à pessoa de direito a liberdade de rejeitar a norma. No entanto, o direito a obriga a não fazer uso da sua capacidade de posicionamento crítico de modo a violar a norma rejeitada por meio de sua ação. (GÜNTHER, 2006, p. 231).

Em um contexto de co-vivência democrática em que várias manifestações da pessoa são possíveis, o dever de obediência não é “sacro-santo”, metafísico, engessado em uma moldura moral rigidamente definida. Ao contrário, o dever decorrente da norma jurídica é mutável e se encontra em um constante processo de renovação, na medida em que normas jurídicas são revogadas ou modificadas pelo procedimento democrático legislativo, ou mesmo através de procedimento de reavaliação e readequação da norma, feito pelo Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade, por exemplo, é uma hipótese.

Deste modo, o conceito de pessoa deliberativa na Teoria do Discurso do Direito se realiza em dois momentos fundamentais da norma jurídica. No discurso de justificação da norma (criação normativa), a pessoa deliberativa se apresenta como cidadão, isto é, um co-legislador capaz de deliberar sobre assuntos que dizem respeito a sua convivência social, inclusive decidindo sobre o modo de efetivar a tutela normativa da espécie humana.

As pessoas, como um todo, não são espécies angelicais que carregam consigo uma essência metafísica que as tornam intocáveis. Ao contrário, a proteção da espécie humana é reflexo daquilo que as pessoas, enquanto seres livres, deliberam em uma realidade de partilha intersubjetiva. Assim, por exemplo, proíbe-se a manipulação de células humanas reprodutivas para fins de clonagem humana ou mesmo para fins de criação de seres híbridos, e permite-se a utilização de

⁴⁸ Não-liberdades são deveres impostos às pessoas pelo Direito, na medida em que determinadas condutas pessoais são tidas pela norma como ilícitas, como por exemplo, a proibição de disposição onerosa de tecidos, órgãos e partes do corpo humano.

embriões excedentes das técnicas de reprodução humana assistida em pesquisas científicas.

Em geral, os argumentos utilizados na defesa da tutela normativa da espécie humana e da “qualidade de ser homem” apresentam conteúdos valorativos assumidos por determinada classe ou categoria da deliberação sobre o conteúdo da norma, seja quando se busca tutelar a espécie humana como uma categoria inviolável, ou uma manifestação metafísica anterior ao Estado, seja quando se considera uma essência divina, fruto da criação. Tais argumentos encontram solo propício para enraizamento no discurso de justificação normativa, embora dele possam ser arrancados ou podados em outra oportunidade.

Recentemente uma questão interessante que diz respeito a este modo de compreender a espécie humana chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi amplamente debatido. Trata-se da discussão havida em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, proposta pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, questionando a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que sejam embriões inviáveis ou embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação dela, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (BRASIL, 2005).

Primeiramente, preciso esclarecer que os embriões humanos referidos no art. 5º da Lei de Biossegurança são embriões crioconservados e que diferem dos embriões já implantados no útero materno, pois enquanto estes estão em processo natural de desenvolvimento, os embriões crioconservados encontram em uma dada situação que este processo natural de desenvolvimento está estancado, necessitando de um ato médico para continuidade (implantação no útero materno).

Deste modo, no foco problemático do art. 5º da Lei de Biossegurança está a seguinte questão: o embrião crioconservado, como uma forma de manifestação reprodutiva da espécie humana (fusão de gametas humanos), poderia ser objeto de disposição para fins terapêuticos e científicos? Representaria tal ato afronta à vida e à dignidade humana?

Pela redação da Lei de Biossegurança não há que se falar em afronta à vida e à dignidade humana. Entretanto, ao argüir a inconstitucionalidade do referido

artigo, o Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade afirmou que o art. 5º da Lei de Biossegurança afrontava o art. 1º, III e o *caput* do art. 5º da Constituição da República, pois, segundo ele, a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação. Portanto, os embriões humanos excedentes possuem dignidade humana e direito a vida, razão pela qual não podem ser utilizados para fins de pesquisa e terapia.

Após longo e controverso julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator, decidiu pela improcedência do pedido constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0, vencidos parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Todo este percurso trilhado pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade demonstrou quão conflitante e controverso é o debate acerca do modo como tutelar a espécie humana.

O fundamento argumentativo empossado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 era estritamente político e que não justificava a ação do Judiciário neste particular, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir o momento que se inicia a vida e se a utilização de embriões crioconservados implica afronta à vida e à dignidade humana, tal como pretendido pelo Procurador Geral da República. Como bem asseverou a Ministra Ellen Gracie:

“Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências”. (GRACIE, 2008, p. 2).

Pela leitura da inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade vê-se claramente que não houve nenhuma opinião que, mais detidamente, se dedicasse a tecer argumentos jurídicos em colaboração aos argumentos médicos e biológicos apresentados por profissionais das ciências biomédicas. A decisão pela afronta à vida ou à dignidade nestes casos que envolvem a espécie cabe à pessoa deliberativa em um processo democrático de fixação de dever jurídico de obediência.

Para além deste espaço discursivo do processo de justificação da norma jurídica, no discurso de aplicação da norma o cidadão transforma-se em uma pessoa de direito, isto é, uma manifestação livre de racionalidade que se autodetermina com o outro e contra o outro.

Neste aspecto, a tutela normativa da “condição de ser pessoa” se dá preponderantemente no momento em que a personalidade e a dignidade da pessoa é efetivada no caso concreto. Ora, se estudar pessoas é estudar seres que só existem numa certa linguagem ou que são parcialmente por ela constituídos (TAYLOR, 1997, p. 53) e a condição de ser pessoa pressupõe reciprocidade para realização da personalidade e assunção de traços biográficos da própria vida, não é possível que argumentos valorativos sejam assumidos unilateralmente neste momento, nem tampouco argumentos moralizantes que podem tolher possibilidades efetivas. E isto será melhor desenvolvido em seguida.

3.2. A efetivação normativa da personalidade e a dignidade da pessoa

Tratar da efetivação normativa da personalidade e da dignidade da pessoa pressupõe a compreensão de como o Direito deve lidar com este processo que é ser pessoa e quais são os caminhos que na aplicação da norma isto é possível acontecer. Para tanto, problemas biojurídicos serão, uma vez mais, revolidos para o desenvolvimento do presente trabalho.

Vários são os problemas e os questionamentos que decorrem dos avanços biotecnológicos, de modo que inúmeros problemas decorrentes do progresso científico advêm da necessidade do homem repensar aquilo que se é “por natureza” (HABERMAS, 2004). Por tal razão, faz-se necessário recorrer às possibilidades destes avanços biotecnológicos para exemplificar a tutela normativa da “*qualidade de ser homem*” e da “*condição de ser pessoa*” dentro de um discurso de justificação e de aplicação da norma.

A manipulação genética não terapêutica de células reprodutivas torna possível a reprodução de indivíduos biologicamente idênticos em laboratório. É a chamada clonagem humana. Em regra, as legislações de vários países proíbem esta forma de manipulação genética, sendo o Brasil um deles, conforme prevê o art. 6º, IV da Lei 11.105/2005⁴⁹.

⁴⁹ “Art. 6º: Fica proibido: IV – clonagem humana”.

Analisando as controvérsias decorrentes da clonagem humana, Heloisa Helena Barboza (2007) afirma que o debate a respeito do tema ainda não está concluído, além de ser pouco compreendido. E para exemplificar esta constatação, Barboza cita a Lei brasileira que proíbe a técnica, asseverando que a sua tramitação foi conturbada, pois no debate “misturaram razões de ordem política e religiosa, certamente em prejuízo do tratamento legislativo adequado que estava a exigir melhor informação quanto a aspectos técnico-científicos e ao alcance da norma.” (BARBOZA, 2007, p. 190)

Realmente, a possibilidade de obtenção de um indivíduo humano por meio da clonagem coloca em cheque uma gama de valores e concepções acerca da pessoa sobre as quais a Modernidade se afirmou.

Jürgen Habermas defende a “moralização da natureza humana”, no sentido de ser necessária uma auto-afirmação da autocompreensão ética da espécie, pois é por meio desta que os indivíduos continuam a se compreenderem como únicos autores de sua vida e podem se reconhecer mutuamente como pessoas que agem com autonomia (HABERMAS, 2004, p. 36). Segundo Habermas a manipulação genética poderia alterar esta autocompreensão ética da espécie “de tal maneira que, com o ataque às representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos.” (HABERMAS, 2004, p. 37)

No caso da clonagem, afirma Habermas que o clone seria “privado de um verdadeiro futuro próprio pelo olhar modelador voltado à pessoa e à história de vida de um ‘irmão gêmeo’ tardio.” (HABERMAS, 2004, p. 87). Portanto, na visão de Habermas o clone teria a sua liberdade de autodeterminação limitada na medida em que não poderia assumir a sua personalidade sem estar vinculado a uma biografia prévia.

Os argumentos levantados por Habermas no sentido de moralizar a natureza humana são preponderantemente políticos, posto que se centram em um discurso de justificação da norma, no qual concepções axiológicas tendentes a defender a “qualidade de ser humano” são o eixo central. A todo o momento Habermas deixa transparecer sua preocupação com as possibilidades biotecnológicas e o meio pelo qual tais práticas podem ser limitadas. Isto porque,

O uso metodicamente correto do argumento significa que agimos bem ao levar em consideração, para fazer o julgamento normativo dos desenvolvimentos atuais, questões que um dia poderiam ser confrontadas com desenvolvimentos de técnicas genéticas teoricamente possíveis (ainda que especialistas nos assegurem que hoje eles estão totalmente fora de alcance). (HABERMAS, 2004, p. 28)

É errônea e apressada qualquer afirmação tendente a sustentar que o clone não poderá ser pessoa, posto que o meio pelo qual ele passou a existir decorreu de uma técnica genética que não lhe permite assumir as coordenadas da sua própria personalidade.

Se o indivíduo surge como um clone de outrem é certo que ele terá um código genético idêntico ao daquele referencial para o processo técnico produtivo, sendo, pois, inegável que a sua identidade genética não será exclusiva. Todavia, embora tenha sido copiado e não tenha uma identidade genética exclusiva, poderia sim o clone ter a condição de se fazer pessoa.

Ainda que proibida a manipulação genética de células reprodutivas para fins de clonagem, não se pode admitir que o clone não seria pessoa e não assumiria uma personalidade a partir de si mesmo. Como afirmou Taylor, estudar pessoas é estudar seres que só existem em uma certa linguagem ou são por ela parcialmente constituídos, de modo que nada impede que ao clone seja dada esta oportunidade de ser pessoa. Ao contrário, tendo ele a capacidade de se autodeterminar, já que capaz de pensar, agir e escolher, tolher-lhe a possibilidade de assumir a sua personalidade é afrontar a sua dignidade de ser pessoa.

Não é propriamente o meio como o indivíduo humano vem ao mundo que determina a possibilidade ou impossibilidade de desenvolver a sua personalidade. Com isso, a proposta de trabalhar este exemplo é afirmar a diferenciação existente entre a tutela normativa da “qualidade de ser homem” da “condição de ser pessoa”.

Frágil é o argumento de que o clone seria privado de um futuro próprio e assim não poderia assumir as coordenadas da sua personalidade, pois ainda que ele não tenha uma singularidade genética em face do indivíduo a partir do qual foi projetado, não se pode afirmar que os seus dados genéticos e a especificidade dos mesmos predeterminariam os contornos da sua personalidade.

Uma vez mais é preciso refletir sobre a teoria de Taylor no sentido de que as pessoas não são pessoas como são organismos, mas pressupõe intersubjetividade, *reconhecimento e reconciliação*.

Como se salientou, a condição para ser pessoa pressupõe a existência de meios que possibilitem aos indivíduos humanos se assumirem como pessoas livres que agem e são reconhecidos através desta ação. Não se fala neste sentido em possibilidades enraizadas na natureza do ser humano como se estivessem pairando sobre suas próprias cabeças (metafísicos ou divinos). Ao contrário, esta condição é fruto do necessário processo comunicativo no qual as pessoas se assumem como pessoas dentro de uma esfera de relações, e o Direito é neste contexto argumentativamente gerado e aplicado.

A *princípio*, apenas os indivíduos humanos podem se tornar pessoas e atribuir conteúdo ao termo personalidade, posto que em decorrência de certas qualificações assumidas a tal propósito, como a possibilidade de se posicionarem na defesa de direitos e interesses, são capazes de assumir uma “vida” e a qualificar como “boa” ou não, atribuindo-lhe efetivamente um significado pessoal.

Assim, o início do processo de se fazer pessoa se dá a partir do momento em que a pessoa é capaz de atribuir valor ao seu ato de viver, atribuindo conteúdo ao termo dignidade. E isto gira em torno da idéia de que a pessoa não é um dado *a priori*, mas ao contrário, pressupõe uma construção de valores que são assumidos para si, em um processo dialético no qual personalidades se entrelaçam e se constituem e reconstituem.

De modo algum tal compreensão pode legitimar ações utilitaristas no sentido de ser possível a coisificação de indivíduos humanos que não são capazes de atribuir valor ao seu ato de viver. Embora a personalidade decorra da assunção da identidade pelo exercício da autoconsciência de si, os indivíduos humanos que não possuem tal capacidade ou a têm de forma reduzida também são merecedores de tutela normativa, uma vez que têm a possibilidade de desenvolverem uma personalidade própria.

Inúmeras problemáticas decorrem da afirmação supra, assim como as possibilidades da reprodução humana colocam em debate todas as variantes de uma vida humana que pode vir a nascer e de uma personalidade que pode vir a ser construída.

A partir das polêmicas envolvendo a admissibilidade do uso de embriões exclusivamente para pesquisas biotecnológicas e do diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI), Jürgen Habermas sustenta haver diferença entre a dignidade humana e a dignidade da vida humana (HABERMAS, 2004, p. 41).

De acordo com Habermas, o ser humano nasce biologicamente “incompleto”, necessitando do auxílio de outros indivíduos para o suprimento de carências que não pode sozinho satisfazer. Neste contexto de interação intersubjetiva é que se inicia o processo de “individualização social” (HABERMAS, 2004, p. 49), através do qual os traços biográficos do indivíduo humano começam a serem determinados, posto ser um “eu” e um “outro”, ainda que não possa ter consciência plena de si: “aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto *público* de interação de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente.” (HABERMAS, 2004, p. 49)

A existência do indivíduo humano como pessoa pressupõe a esfera de relações para o seu reconhecimento enquanto pessoa. Do mesmo modo que Taylor defende que só se é um *self* no meio dos outros e que ele nunca pode ser descrito sem referência aos que o cercam (TAYLOR, 1997, p. 53), Habermas sustenta que o processo de individualização social permite que o indivíduo humano seja inserido em um “mundo de pessoas”, no qual assume o papel de interlocutor, eis que outras pessoas vão ao seu encontro e o inserem em um contexto lingüístico de existência partilhada. Deste modo, afirma Habermas que

O ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa “já pronta”. Apenas na esfera pública de uma comunidade lingüística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e em pessoa dotada de razão. (HABERMAS, 2004, p. 49)

A partir das conclusões desta afirmação é que Habermas sustenta a diferença existente entre a *dignidade da vida humana* e a *dignidade humana*, ou seja, entre uma vida humana que pode vir a nascer (*qualidade de ser homem*) e uma personalidade que pode vir a ser construída (*condição de ser pessoa*).

Se a pessoa só existe no meio dos outros, a *dignidade humana*, compreendida como algo que não se pode possuir por natureza (HABERMAS, 2004, p. 47), decorre da inserção do indivíduo humano nesta esfera de relações, na qual os vínculos interpessoais favorecem o seu reconhecimento enquanto pessoa. De outro lado, a *dignidade da vida humana* exprime os deveres morais e jurídicos que as pessoas reconhecem a ela [vida humana] neste contexto público de co-vivência social. São deveres argumentativamente construídos que não se condensam em

redomas intocáveis, mas que pressupõem o debate público e a aceitabilidade social de deveres (não-liberdades) mutuamente compartilhados.

O dever de proteção do ser humano não exprime a tutela normativa da dignidade de uma pessoa (humana), mas sim a tutela da dignidade da vida humana, de uma espécie à qual as pessoas pertencem e que reflete o modo pelo qual se concede a ela tutela normativa. Nas ponderações de Jürgen Habermas, “não é apenas a visualização dos traços inegavelmente humanos do feto na tela que faz da criança que se move no útero materno um destinatário, no sentido de uma *anticipatory socialization* [socialização por antecipação].” (HABERMAS, 2004, p. 51). A proteção normativa desta manifestação de vida (células reprodutivas, embrião, feto) é a tutela da espécie, da qualidade de ser homem, eis porque não há que se falar até o momento na existência de uma pessoa, nem, conseqüentemente, de dignidade humana.

Se a personalidade só pode ser assumida dentro de uma esfera de relações, a partir do momento em que a pessoa se autodetermina, a vida deixa de ser vista como um *dever* jurídico ou moral, passando a ser um *direito subjetivo*, cuja realização não dispensa a participação da própria pessoa na sua realização. E para melhor compreender esta diferenciação é preciso retomar a proposta de Lúcio Chamon acerca da diferença por ele apresentada entre direito subjetivo e dever. De acordo com Chamon, o direito subjetivo decorre de uma esfera de liberdade concedida à pessoa para as suas escolhas (ações e omissões), podendo, portanto, “ser interpretado como uma posição de liberdade argumentativamente referida e inserida numa determinada situação jurídica.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 114). De outro modo, o dever implica uma esfera de não-liberdade igualmente concedida às pessoas neste processo de escolhas: o dever “há que se entendido enquanto uma posição de não-liberdade: ao sujeito não é dada a possibilidade de, coerentemente com o sistema, decidir pelo atuar ou não atuar, pelo omitir ou não-omitir.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 114)

Partindo desta diferenciação e a possibilidade de realização normativa da personalidade, Maria de Fátima Freire de Sá, questionando a possibilidade de se falar em um “Direito de Morrer”, afirma que “pertence a cada um de nós a noção de quais as ambições que o direito nos permite construir para nós mesmos.” (SÁ, 2005, p. 146)

Sem dúvida, pelo processo de construção da personalidade até aqui apresentado, é a morte que coloca fim a este processo dialético de ser pessoa e extingue toda uma personalidade, posto que com ela cessa a realidade existencial partilhada. Se há algum dever jurídico de respeito ao morto este decorre do mesmo fundamento com que se respeita o embrião ou o feto: a autocompreensão ética que se faz da espécie. Se a manifestação da personalidade se dá pelas pulsões da vida, permitindo que o ser humano se faça pessoa, a morte também exprime esta realização da personalidade, mas para o seu fim. Permitir que a pessoa determine o fim da sua personalidade é fazer com que ela realize neste momento de finalização da personalidade as suas configurações enquanto agente da própria vida. De acordo com Maira de Fátima Freire de Sá, “o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa.” (SÁ, 2005, p. 32)

Como exposto anteriormente, é impossível ao indivíduo humano não julgar que determinada forma de vida vale de fato a pena (TAYLOR, 1997, p. 42). Todo homem na qualidade de ser livre pode, diante desta possibilidade, assumir a morte como forma de vivificar a sua dignidade. A isso o Direito não se opõe e não teria como fazê-lo.

Recentemente a história da francesa Chantal Sébire comoveu o mundo com a sua imagem circulando pelos meios de telecomunicações, além de ter reascendido o debate social e jurídico acerca do direito de morrer. A ex-professora Chantal Sébire era uma francesa de 52 anos que sofria desde 2002 com um neuroblastoma olfativo, um câncer raro decorrente de tumor alocado na sua cavidade nasal. Tal doença fez com que ela perdesse a visão, o olfato e a degustação, além de severa deformação do seu rosto, ocasionando-lhe fortes dores permanentes.

Com o propósito de colocar fim ao seu sofrimento e poder exercer a sua dignidade enquanto pessoa, Chantal pleiteou judicialmente autorização para a realização da eutanásia com auxílio dos seus médicos. Porém, tal pedido foi negado em primeira instância e confirmado pelo Tribunal de Grande Instância de Dijon, leste da França. Muito embora na França a “Lei dos Direitos dos Doentes” de 22 de maio de 2005 permita que o doente, em fim da vida, se recuse a qualquer tratamento, a eutanásia é prática proibida.

Sem adentrar no mérito da legislação francesa ou nas razões que levaram à confirmação da negativa da eutanásia pelo Tribunal de Grande Instância de Dijon, o

fato é que a comoção provocada pelo caso decorreu de uma ousadia pessoal da própria enferma. Chantal, em pleno exercício da sua liberdade e capacidade de se autodeterminar, buscava uma morte digna e normativamente legítima. Diante da situação psicofísica de Chantal, percebe-se que ela se encontrava em pleno exercício de sua capacidade cognitiva, podendo inclusive se suicidar, se assim o quisesse⁵⁰. Entretanto, o que está em debate neste caso é propriamente a possibilidade normativa da construção de uma personalidade promovida pela própria Chantal a respeito de si mesma, o que, pelo visto, lhe foi negada. Conforme afirma Maria de Fátima,

A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve, necessariamente, ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto idólatra à vida é a luta, a todo custo, contra a morte. (SÁ, 2005, p. 33)

De outro lado, a situação se complica quando a pessoa não tem ou perde a possibilidade de dispor de si mesma. Neste sentido, intrigante é o caso da italiana Eluana Englaro que em decorrência de acidente de trânsito ocorrido em 1992 encontrava-se em coma profundo o que a impossibilitava manter qualquer tipo de contato com o ambiente exterior. A sua sobrevivência só era possível em decorrência da sua capacidade de respirar espontaneamente e em razão da conservação das funções cardiovasculares, gastrintestinais e renais.

Eluana era absolutamente incapaz de expressar qualquer contato, cognitivo ou emotivo, de modo que não participava de qualquer experiência com o mundo externo. A sua dependência fisiológica era patente e a sua sobrevivência física estava assegurada pela alimentação e hidratação artificial administrada por uma sonda.

Diante deste fato, Eluana foi interditada por incapacidade absoluta, e seu pai, Beppino Englaro, nomeado seu tutor.

Beppino Englaro, pai e tutor de Eluana, travou longa luta judicial na Itália a fim de conseguir autorização para interromper a alimentação da filha. Sua empreitada iniciou-se em 1999 quando o pedido foi rejeitado, tanto pelo Tribunal de Lecco quanto pelo Tribunal de Apelação de Milão, tudo no mesmo ano. Levada a questão

⁵⁰ Pouco tempo após a confirmação da negativa de eutanásia pelo Tribunal de Grande Instância de Dijon, Chantal Sébire foi encontrada morta em sua residência, não restando comprovada a causa da morte.

ao Judiciário, uma vez mais, em 2002, o processo chegou até a Suprema Corte de Cassação que sequer adentrou no mérito. O recurso não foi admitido por defeito legal no procedimento, porquanto não houve nomeação de curador especial à representada.

Novo pedido foi formulado em 2006. Aí sim, o Presidente do Tribunal de Lecco nomeou curador especial para acompanhar o caso. O curador especial aderiu ao pedido do pai de Eluana a fim de que a alimentação artificial que a mantinha viva pudesse ser interrompida.

Em 02 de fevereiro de 2006 o Tribunal de Lecco declarou ser inadmissível a pretensão apresentada sob a tese de que o tutor e o curador especial de Eluana não possuíam *legitimidade* para obtenção de tal pretensão. Para o Tribunal, faltava representação substancial e processual para o pleito de desligamento da sonda que a alimentava. Segundo os juízes, tal questão envolvia a esfera de *direitos personalíssimos*.

De acordo com o Tribunal de Lecco, o ordenamento jurídico italiano não admitia a representação neste caso, ou, ainda que a admitisse, o pedido deveria ser rejeitado, pois seu acolhimento afrontaria os princípios expressos do ordenamento constitucional. A causa de tal argumento decorreu da interpretação atribuída aos artigos 2⁵¹ e 32⁵² da Constituição italiana na medida em que um tratamento terapêutico ou de alimentação, ainda que invasivo, é um *dever de solidariedade*.

Diante da negativa do Tribunal de Lecco, a questão foi levada à apreciação da Corte de Apelação de Milão suscitando que a vontade de Eluana certamente seria contrária ao tratamento invasivo a que há anos vinha sendo submetida, fato que contrariava a expressão da sua dignidade. O curador especial que acompanhava o caso aderiu à reclamação do tutor de Eluana.

Em 16 de dezembro de 2006, a Corte de Apelação de Milão admitiu o recurso, mas o rejeitou em seu mérito. Entendeu ser o pedido possível no que tange à legitimidade do tutor e do curador especial de Eluana. Para a Corte, a proteção dos interesses da tutelada, pelo tutor, não se restringia àqueles patrimoniais, mas,

⁵¹ Art. 2º: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” (ITÁLIA, 1947).

⁵² Art. 32: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.” (ITÁLIA, 1947).

principalmente, aos de natureza existencial, como é o caso da integridade psicofísica.

No mérito, a Corte negou o pedido do tutor de Eluana partindo da premissa de que a mesma não poderia ser considerada clinicamente morta, pois a morte decorre da cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, o que não era o caso. Apenas a manifestação precisa da vontade de Eluana, quando consciente, poderia conduzir à valoração de que o tratamento ao qual lhe vinha sendo imposto era degradante. Para a Corte, de acordo com a normativa vigente, Eluana se encontrava viva e submetê-la ao desligamento da alimentação seria reconhecer a ocorrência de uma *eutanásia indireta omissiva*, uma vez que ela própria não teria a capacidade para se auto-determinar:

Não há dúvida de que, em decorrência do direito à saúde e à autodeterminação no campo sanitário, o sujeito capaz possa recusar o tratamento indispensável para mantê-lo vivo, no caso de pessoa incapaz (do qual não seja certa a vontade, como no caso de Eluana), para o que está a ter lugar apenas um tratamento de nutrição, independentemente da modalidade invasiva que é executada (sonda nasogástrica) é seguramente indispensável pela impossibilidade do sujeito alimentar-se de outra forma e que, se suspenso, conduziria o mesmo a morte, o Juiz – chamado a decidir se suspende o referido tratamento – deve levar em consideração as irreversíveis conseqüências que portaria o pedido de suspensão (morte da pessoa incapaz), deve necessariamente operar um equilíbrio entre direitos igualmente garantidos pela Constituição, tais como a auto-determinação e à dignidade da pessoa e à vida. (MILÃO, 2006, tradução nossa)⁵³

Assim, a Corte de Apelação de Milão, à luz de disposições normativas internas e convencionais, considerou o direito à vida como um bem supremo, não sendo, pois, configurável a existência de um direito de morrer.

Finalmente, a questão foi levada à Suprema Corte de Cassação da Itália que deu novo rumo ao caso.

De acordo com a Suprema Corte, o *consentimento informado* constitui a legitimação e o fundamento do tratamento médico-sanitário. Sem ele, o tratamento

⁵³ “Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di XXX) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di alimentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice – chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento – non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla Vita.” (MILÃO, 2006).

médico é inevitavelmente ilícito, ainda quando realizado, em princípio, no interesse do paciente. Tal questão se dá pelo fato de que o consentimento livre e esclarecido representa uma forma de respeito à liberdade do indivíduo e um meio de perseguir os seus melhores interesses, inclusive o de poder recusar a se submeter a um tratamento qualquer. Desta forma, “o consentimento informado é correlato à faculdade não apenas de escolher entre as diversas possibilidades de tratamento médico, mas também de eventualmente refutar a terapia e de decidir conscientemente interrompê-la, em todas as fases da vida, ainda naquela terminal.” (ITÁLIA, 2007, tradução nossa)⁵⁴.

No julgamento, a Suprema Corte de Cassação italiana afirmou que a tutela da pessoa humana se dá em qualquer momento da sua vida, em sua integralidade, levando-se em consideração as suas convicções éticas, religiosas, culturais e filosóficas que orientam suas determinações volitivas. Assim, com respaldo em precedentes jurisprudenciais da Corte (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996), os tratamentos sanitários são obrigatórios apenas nos casos expressamente previstos na lei, ou seja, sempre que o procedimento imposto ao indivíduo, independente de sua vontade, vise impedir a ocorrência de danos à saúde dos outros.

Tal fato, por si só, segundo a Corte, não configura a existência de *eutanásia*, mas sim de uma escolha por parte do indivíduo enfermo que prefere o curso natural da doença, podendo levá-lo a morte:

A recusa das terapias médico-cirúrgicas, mesmo quando conduz à morte, não pode ser confundida com uma hipótese de eutanásia, que é um comportamento que tem a intenção de encurtar a vida, causando positivamente a morte, exprimindo ao contrário tal refutação um movimento de escolha, por parte do doente, que a doença siga o seu curso natural. (ITÁLIA, 2007, tradução nossa)⁵⁵.

Desse modo, o direito de refutar os tratamentos sanitários se funda na premissa da existência, não de um direito geral e abstrato de acelerar a morte, como

⁵⁴ “Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.” (ITÁLIA, 2007).

⁵⁵ “Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un’ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale.” (ITÁLIA, 2007).

seria a eutanásia, mas do direito à integridade do corpo e a não se submeter às intervenções terapêuticas invasivas e indesejadas.

No caso de Eluana, sustentou a Corte de Cassação que, pelo fato de a mesma não estar na posse plena das suas capacidades de entender e querer, e considerando que a Itália carecia de uma disciplina legislativa específica para solucionar o caso, caberia ao Juiz a delicada tarefa de reconstruir a regra aplicável à espécie, levando-se em consideração os princípios constitucionais.

Desta forma, superada a urgência de intervenção derivada do estado de necessidade, caberia recriar, no caso concreto, o dualismo existente entre os sujeitos envolvidos no processo de elaboração da decisão médica, ou seja, entre o médico que tem a obrigação de informar o diagnóstico e as possibilidades terapêuticas, e o paciente que, através de seu representante legal, possa aceitar ou refutar os tratamentos apresentados.

Retomando a tese do Tribunal de Lecco, embora já refutada pela Corte de Apelação de Milão, a Suprema Corte afirmou que o tutor, nos termos do art. 357 do Código Civil italiano, tem o dever de proteção da pessoa, inclusive em sua manifestação existencial. Assim, o tutor possui a legitimidade de se portar como interlocutor na posição de auto-afirmação do paciente face aos médicos, decidindo, pois, sobre os tratamentos praticados em favor do incapaz⁵⁶.

Finalmente, a Suprema Corte de Cassação acolheu o recurso, devolvendo o feito a uma diversa Seção da Corte de Apelação de Milão para nova apreciação da lide. A Corte de Milão decidiu mais uma vez o caso adequando-o ao seguinte princípio de direito fixado pela Corte Suprema:

Se o paciente encontra-se há muitos anos (neste caso, mais de que quinze) em estado vegetativo permanente, com conseqüente radical incapacidade de se relacionar com o mundo exterior, e é mantido vivo artificialmente através de uma sonda nasogástrica que lhe fornece alimentação e hidratação, o pedido do tutor representando-o, e em contraditório com o curador especial, o Juiz pode autorizar a desativação dessas proteções da saúde (com exceção de medidas sugeridas pela ciência e a prática médica no interesse do doente), somente na presença dos seguintes pressupostos:

a) quando a condição de estado vegetativo se encontra sob uma rigorosa avaliação clínica, irreversível e não há uma base médica, de acordo com padrões científicos reconhecidos internacionalmente, que sugerem a menor

⁵⁶ De acordo com a Suprema Corte de Cassação, “[...] così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace ” (ITÁLIA, 2007).

possibilidade de um número reduzido, embora fraca, a recuperação de consciência e de regresso a uma percepção do mundo exterior; e

b) se isso é realmente expressivo, baseada em elementos de prova clara, inequívoca e convincente, a voz de um mesmo paciente, retirados de suas declarações anteriores de que a sua personalidade, seu estilo de vida e suas crenças, correspondem a sua maneira para compreender, antes de cair em um estado de inconsciência, a própria idéia de dignidade humana. Caso não sejam implementadas as condições, o Juiz deve recusar a autorização, devendo ser mantida a prevalência do direito incondicional à vida, independentemente do grau de saúde, autonomia e capacidade de compreensão e de vontade da pessoa em questão e da percepção de que os outros possam ter, da qualidade da própria vida. (ITÁLIA, 1997, tradução nossa)⁵⁷.

A partir de tais premissas e considerando que a escolha em questão não é expressão do juízo de qualidade de vida do representante de Eluana, mas, ao contrário, é desta última a vontade e o modo de conceber dignidade e vida, o Tribunal de Milão acolheu o pedido formulado por Beppino Englaro e autorizou a interrupção do tratamento de sustento vital artificial de Eluana realizado através da alimentação e hidratação com sonda nasogástrica.

Uma vez mais a questão foi reenviada à Suprema Corte de Cassação pela Procuradoria Geral de Milão, porém, o recurso foi tido como inadmissível, e a sentença proferida pela Corte de Apelação de Milão transitou em julgado.

Tanto sofrimento, tanta discussão e, ainda, tanta hipocrisia para tratar da morte como se ela fosse uma aversão do direito à vida. Por que tamanha resistência em assumir a eutanásia no caso Eluana? Pelos contornos jurisprudenciais dados ao caso o desligamento da sonda que alimentava Eluana só foi possível porque

⁵⁷ “Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l’applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell’interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona. Ove l’uno o l’altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l’autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.” (ITÁLIA, 2007).

reconstruiu no processo que diante da situação em que se encontrava Eluana não se submeteria ao tratamento terapêutico proposto.

Entretanto, será que Eluana Englaro queria morrer “naturalmente”, de fome? Não seria digno conceder-lhe o fim da personalidade pela eutanásia, como pleiteou Chantal Sébire? Ou será que a eutanásia provocaria aversão ao direito de viver de Eluana?

Tanto no caso de Chantal Sébire quanto no de Eluana Englaro, embora o elemento autodeterminação fosse diferenciado, a possibilidade normativa de construção da personalidade esteve presente e apontou unisonamente à dignidade da vida humana, sem se ater à dignidade de uma personalidade que se constrói e que merece ser integralmente tutelada pelo Direito, inclusive como possibilidade de efetivação de um direito de morrer.

Já é tempo dos conceitos de pessoa, dignidade e vida humana serem francamente reconstruídos no Direito. Ora, se a pessoa só é reconhecida pessoa como interlocutora em uma esfera de relações, é também pela linguagem que possibilita a construção da auto-identidade de um ser livre e autônomo que se reconhece a si mesmo através do outro, em um constante processo de autodeterminação de si e de reconhecimento de si pelo outro e vice-versa.

E o Direito, de acordo com Lúcio Antônio Chamon Júnior, deve ser interpretado como “sistema de normas *prima facie* aplicáveis” em que casos são argumentativamente reinterpretados e reconstruídos, longe de quaisquer direitos e deveres que sejam “imputados ‘em teste’, ‘em abstrato’ ou ‘em regra’.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 107).

Destarte, a princípio, é diante do caso concreto que se constata a possibilidade da personalidade pelo exercício efetivo da autonomia privada e a esfera de liberdades e não liberdades, pois “a situação jurídica somente se perfaz na medida em que, argumentativamente, se dá o recorte, sempre passível de problematizações, a partir do qual será interpretada desde um enfoque jurídico.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 107)

Desta forma, não há que se falar em normas que preservem direitos da pessoa tidos por universais, inalienáveis e inatos, por possuir caráter absoluto, sem que a preservação da personalidade seja resguardada. Como afirma Charles Taylor, “falar de direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e integridade humanas à noção de autonomia. É conceber as pessoas como

colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido.”
(TAYLOR, 1997, p. 26)

O reconhecimento argumentativo de uma esfera de liberdades não pode ser previamente definido ou em princípio imputável, mas argumentativamente construído, por problemáticas do caso concreto na busca por premissas que não poderão ser petrificadas em conceitos naturalizantes e a todos impostos, mas serão relidos e argumentativamente reconstruídos a cada caso.

A dignidade humana não deve ser vista como algo superior a qualquer outro princípio que venha a ser conclamado para o caso, e nem pode ser aprisionada numa redoma intocável, uma vez que tal conduta reprimiria a autonomia e impediria que a pessoa exercesse a sua diferença e a sua potencialidade interlocutória na rede de interlocutores, mitigando, assim, o modelo democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana se faz, portanto, pela exteriorização de uma realidade histórico-social que decorre do reconhecimento e da possibilidade normativa de assunção de uma personalidade, pelo exercício da autonomia privada.

Tal pretensão não tende ao reconhecimento de uma pessoa humana como um dado transcendente ao Direito, muito pelo contrário, o reconhecimento da dignidade parte do reconhecimento da formação histórica, social, política e jurídica da pessoa que se apresenta em um determinado tempo e espaço, como fruto de um processo.

COORDENADAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DIMENSÕES OPERACIONAIS DA PESSOA A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO

1. CONFIGURAÇÕES DA PERSONALIDADE JURÍDICA: QUESTIONAMENTOS PRELIMINARES

Diferentemente da proposta anterior na qual se buscou trabalhar a possibilidade de a pessoa construir, de forma livre e compartilhada, a sua *personalidade* compreendida como dimensões reflexivas da racionalidade, cabendo ao Direito possibilitar e efetivar tal processo construtivo, investigar-se-á a seguir as possibilidades operacionais construídas por esta mesma pessoa, ou outro(s) ser(es) ou ente(s) que não seja(m) propriamente humano(s), agir em determinada *situação jurídica* enquanto titular de direitos e deveres, e assim exercer ou efetivar atos próprios de uma *personalidade* operacionalmente *jurídica*.

Por situação jurídica compreende-se uma situacionalidade de fato que é reconhecida e constituída como uma situação na qual a norma jurídica é operacionalizada. De acordo com Torquato Castro (1985), o direito revela-se em

situacionalidades determinadas como um *concretum* situacional, “consistente em uma disposição normativa de *objetos certos* ou *medidos*, enquanto *referidos* a sujeito ou sujeitos *individuados*.” (CASTRO, 1985, p. 50).

É a partir da pré-compreensão de situação jurídica que o conceito de personalidade jurídica aqui referido pode ser construído. Trata-se de compreender o Direito como fator constitutivo de uma realidade possível da manifestabilidade jurídica do conceito de pessoa. Deste modo,

A situação jurídica não empenha a pessoa como realidade integral psicofísica nem se dá com coisas, atos ou qualificações socialmente tipificadas, na inteireza de realidades físicas, sociais ou psicofísicas, intencionais ou materiais. Empenha-os, enquanto tais realidades são vistas como *participantes do escopo preciso da norma*, em cada situação. (CASTRO, 1985, p. 68).

Na Modernidade, graças aos efeitos práticos do humanismo, do individualismo e do racionalismo, o homem enquanto ser sociável foi transformado em cidadão e em sujeito de direito. Rousseau deixa claro esta emancipação do homem como cidadão na medida em que através do Contrato Social a liberdade não regulada exercida sem limites pelo homem dá espaço à liberdade civil. Assim, Rousseau favorece o surgimento de um “humanismo jurídico no qual o homem, antes de mais nada cidadão, é reconhecido como sujeito de direito.” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 84). Já a afirmação do homem enquanto sujeito de direito se consolidou no plano teórico da Ciência do Direito graças ao Positivismo que buscou na sistematização das normas a uniformização e realização do Direito.

Simone Goyard-Fabre (2002) defende que o processo de “civilização” do direito natural, isto é, a retirada do indivíduo de um estado de natureza e sua transformação em cidadão, com direitos e deveres, favoreceu a construção do conceito de sujeito de direito. Para ela, neste contexto, “o sujeito de direito não é simplesmente o indivíduo”, mas ele “é determinado, em dada situação concreta, pela norma jurídica.” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 88). Portanto, ser sujeito de direito não é tão somente ser indivíduo humano, uma vez que, ser sujeito de direito é ter uma qualificação objetiva que submete o indivíduo humano a uma regra de direito que faz dele um sujeito de direito (GOYARD-FABRE, 2002, p. 88), reconhecendo-lhe direitos e deveres atribuídos pelo direito positivo. Desta forma,

Todo direito, trate-se de um “poder” ou de uma “liberdade” do sujeito de direito, é um crédito que a ordem jurídica do Estado concede ao indivíduo. De maneira geral, os direitos subjetivos atribuídos aos sujeitos de direito, por exemplo em matéria de propriedade, de responsabilidade, de capacidade de contratar... resultam da subsunção de uma qualidade empírica sob um conceito jurídico da ordem positiva: o direito objetivo é o sistema de regras pelo qual o direito do sujeito, ao se institucionalizar, se realiza. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 88-89)

Vê-se, pois, que atrelado ao termo indivíduo humano constrói-se o conceito de *sujeito de direito* como sendo fruto de uma qualificação jurídica atribuída pelo ordenamento positivo. Assim, a partir deste indivíduo humano o Direito reconheceu uma individualidade que se denomina pessoa, e uma personalidade determinada em dada situação concreta pela norma jurídica que também pode ser denominada pessoa.

Assim sendo, apresenta-se problemático o conceito jurídico de *pessoa* em decorrência das suas possibilidades interpretativas, notadamente pela flexibilidade do termo em se referir tanto ao indivíduo humano quanto ao sujeito de direito. Francisco Amaral (2006) afirma que o termo pessoa possui dois significados: um *vulgar* e outro *jurídico*. O primeiro significado refere-se à pessoa como indivíduo humano, enquanto que o segundo refere-se ao ser com personalidade jurídica, isto é, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. Portanto, para Francisco Amaral, no sentido jurídico, “pessoa é o ser humano como sujeito de direitos.” (AMARAL, 2006, p. 216)

Como já ressaltado⁵⁸, o termo *persona*, segundo Abbagnano, foi introduzido na linguagem filosófica pelo estoicismo popular para designar os *papéis representados pelo homem na vida* (ABBAGNANO, 1998, p. 761). Referia-se propriamente às *máscaras (prósopon)* vestidas pelos indivíduos humanos atores que desempenhavam um papel em uma mesma *esfera de sociabilidade*. Robert Spaemann afirma que nos usos antigos da palavra *persona* esta se referia ao homem como portador de um status social ou como titular de um estatuto jurídico (SPAEMANN, 2000, p. 43).

Em virtude da influência do Cristianismo primitivo, o termo *persona* serviu, também, aos propósitos da teologia para justificar a concepção de Deus, de modo que este termo passou, também, a espelhar a idéia da *ousia* grega, isto é, a

⁵⁸ Neste sentido, vide o tópico da primeira seção denominado: “Pessoalidade: Aproximação Histórico-Filosófica”.

natureza decorrente de Deus, afastando-se substancialmente dos contornos pragmáticos que lhe foram concedidos pelo estoicismo popular: “ao conceito de essência – a *ousía* na doutrina trinitária –, complementar ao conceito de pessoa, corresponde na cristologia o conceito de natureza, de *physis*.” (SPAEMANN, 2000, p. 47, tradução nossa)⁵⁹.

Assim sendo, o conceito que hoje se tem de pessoa pode refletir ambas possibilidades, conforme a postura interpretativa assumida diante da aplicabilidade prática do termo. A Ciência do Direito se faz presente nestas possibilidades conceituais partilhando as controvérsias decorrentes de sistemas jurídicos diferentes e de posturas interpretativas divergentes. Assim, é preciso concordar com Eduardo García Maynez no sentido de ser o estudo do conceito jurídico de pessoa uma das matérias mais árduas da Ciência do Direito, em virtude da grande diversidade de pontos de vista que os autores têm se colocado ao abordar o problema (MAYNEZ, 1956, p. 271).

Ser pessoa a partir da Teoria do Direito é ter reconhecida a possibilidade de escolher e agir em um recorte de determinada situação jurídica, podendo ali exercer efetivamente as liberdades (direitos) e não-liberdades (deveres) normativamente estatuidas. E para tanto, ser indivíduo humano não é condição *sine qua non* de ser pessoa neste sentido, embora seja ele o primeiro referencial.

Assim, para melhor análise desta perspectiva teórica, faz-se necessária a compreensão de alguns aspectos da formulação clássica do conceito de direito subjetivo para, a partir dele, compreender o modo como tradicionalmente foi tratado o conceito de personalidade jurídica pelo Positivismo e como hoje, sob um novo contexto paradigmático, deve-se melhor compreendê-lo.

2. COMPREENSÃO TRADICIONALISTA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

2.1 O direito subjetivo como poder da vontade: a tese de Savigny

⁵⁹ “Al concepto de esencia – la *usía* en la doctrina trinitaria –, complementario del concepto de persona, corresponde en la cristología el concepto de naturaleza, de *physis*.”

A proposta de Friedrich Karl von Savigny foi restabelecer na Alemanha a sistemática do Direito Romano, de modo que as faculdades do indivíduo humano, que pensa e que age, estivessem no foco da realização do próprio Direito. O caráter pragmático do Direito Romano conduziu toda a formulação teórica de Savigny, uma vez que, a princípio, o que mais o preocupava era a realização do próprio Direito enquanto uma organização sistemática.

Para Savigny, o Direito é uma realidade que abarca e perpassa todos os ângulos da realidade em que o indivíduo humano atua, aparecendo a este como uma manifestação de *poder*. No limite deste poder, diz Savigny, reina a vontade individual com o consentimento de todos (SAVIGNY, [19-], p. 5). E a tal poder Savigny denomina de direitos, sendo alguns deles *direitos em sentido subjetivo*.

O direito subjetivo, para Savigny, expressa um poder da vontade que possibilita ao titular do direito seja reconhecida uma esfera de liberdade independentemente de qualquer vontade estranha. Tal concepção savignyana encontra inspiração no racionalismo e no jusnaturalismo modernos (CORDEIRO, 2005, p. 313) pelo fato de exprimir a juridicização de poderes naturais de cada indivíduo que repousa sobre o valor inerente à liberdade de arbítrio de cada indivíduo racional, capaz de pensar, querer e agir.

De acordo com António Menezes Cordeiro (2005), Savigny não propôs puras construções teóricas, mas um efetivo sistema integrado capaz de captar a essencialidade histórica e cultural do Direito Civil, a partir de uma concepção voluntarística de direito subjetivo.

O reconhecimento do indivíduo humano enquanto agente da própria vontade pressupõe a existência de vínculos relacionais nos quais esta vontade humana se faz presente e é, pelo Direito, reconhecida e assegurada. Desta realidade cria-se o conceito de relação jurídica como sendo a legitimação jurídica do vínculo social ao qual é conferido segurança à autonomia individual (da vontade).

A relação jurídica para Savigny é vista como um vínculo estabelecido entre pessoas a quem o Direito reconhece a capacidade de possuir propriedade, tendo cada uma delas o resguardo jurídico de exercício absoluto de suas vontades, independentemente de qualquer interferência externa. Portanto, a relação jurídica, neste aspecto, decorre da pré-concepção de direitos subjetivos, entendidos como um poder da vontade limitado tão somente pela inclinação individual, independente de qualquer vontade estranha.

2.2 A compreensão positivista de Bernard Windscheid

A compreensão voluntarista savignyana de direito subjetivo como expressão do poder da vontade demonstra a importância atribuída à vontade humana como manifestação de um indivíduo capaz de agir livremente, pensar e escolher. Em Savigny ficou evidente a exaltação do poder da vontade como expressão da natureza humana e da liberdade natural.

Contrário à influência desta percepção jusnaturalista, Bernard Windscheid desenvolve sua concepção de direito subjetivo mantendo o poder da vontade como elemento fundamental de sua formulação conceitual, porém, sob um novo fundamento. Para ele, o poder da vontade deixa de ser compreendido como absoluto e soberano, como se fosse algo próprio à natureza humana, passando a ser visto como um poder concedido pela ordem jurídica. De acordo com Lúcio Chamon (2006), a mudança de fundamentação do direito subjetivo a partir de Windscheid substituiu a “liberdade de arbítrio” que determinava tal conceito por uma *perspectiva funcionalizante*, segundo a qual os direitos são mandatos “pertinentes ao ordenamento jurídico” (2006, p. 82). Assim, enquanto a norma jurídica determinaria a observância de uma determinada conduta, a realização desta conduta estava à disposição do beneficiário da norma, o titular do direito.

Para Windscheid o direito subjetivo pode ser compreendido em duplo sentido. Primeiramente, refere-se aos comportamentos exigíveis da pessoa ou pessoas que interagem com o titular de um determinado direito em relações jurídicas. Neste caso, a ordem jurídica enuncia um preceito geral que determina que em dadas circunstâncias as pessoas façam ou deixem de fazer algo, conforme determinação do titular do direito a quem cabe o estabelecimento da sobredita determinação⁶⁰. Apenas o próprio indivíduo pode colocar em prática os meios garantidos pelo ordenamento jurídico como meio de defesa do seu direito. Neste aspecto,

⁶⁰ Como afirmou Windscheid, “l’ordine giuridico (il diritto in senso oggettivo, il diritto oggettivo), in base ad un fatto concreto, ha emesso un precetto di tenere un determinato comportamento, e posto questo precetto a libera disposizione di colui, a cui favore esso lo ha emanato.” (WINDSCHEID, 1902, p. 169-170)

Windscheid conclui que a partir da vontade individual um preceito geral estabelecido pela ordem jurídica é transformado em um preceito do próprio indivíduo, válido e aplicável. “O direito tornou-se o direito dele” (WINDSCHEID, 1902, p. 170, tradução nossa)⁶¹. O direito subjetivo é, pois, o direito do indivíduo que o constrói de acordo com sua vontade.

Em outro sentido, a compreensão de direito subjetivo apenas seria adequada na medida em que a vontade do titular do direito se tornar decisiva no nascimento, na extinção ou modificação de um direito. Caso contrário, não faria sentido dizer que “[...] o proprietário tem o direito de alienar a coisa sua, que o credor tem o direito de ceder o seu crédito, que a um contratante compete o direito de retirada [...]” (WINDSCHEID, 1902, p. 170, tradução nossa)⁶². Assim, afirma Windscheid que ao titular do direito é atribuída uma vontade *decisiva* no estabelecimento do direito, não pela simples atuação individual, mas pela existência de preceitos da ordem jurídica que efetivam a ação do indivíduo.

Desta forma, na perspectiva do autor o direito subjetivo é compreendido como “[...] um poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica” (WINDSCHEID, 1902, p. 170, tradução nossa)⁶³ ao indivíduo permitindo-lhe ser senhor das suas ações além de poder determinar as ações daqueles para quem estabelece dado comportamento – ativo ou passivo – como possibilitado pela ordem jurídica. Ademais, é esta mesma ordem jurídica que assegura ao titular do direito meios coativos para a atuação do poder que lhe foi concedido.

A vontade individual é fundamental para o estabelecimento de preceitos jurídicos no mundo fático, uma vez que os mesmos já se encontram preestabelecidos no mundo abstrato da norma. Quando já existentes no mundo fático, a vontade apenas determina a modificação ou extinção de tais preceitos já nascidos.

Ainda que a vontade na perspectiva de Windscheid encontre sua validade no direito objetivo, e assim aparente estar objetivada, ela continua a ser decisória e única na efetivação do direito subjetivo, permanecendo ilimitada, uma vez que

⁶¹ “Il diritto è divenuto il diritto di lui” (WINDSCHEID, 1902, p. 170).

⁶² “[...] che il proprietario ha il diritto d’alienare la cosa sua, che il creditore ha il diritto di cedere il suo credito, che ad un contraente compete il diritto di recesso [...]” (WINDSCHEID, 1902, p. 170)

⁶³ “[...] diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico.” (WINDSCHEID, 1902, p. 170)

determinado preceito jurídico dirigido a outras pessoas pode ser utilizado em proveito próprio.

Estando o direito subjetivo submetido ao arbítrio do indivíduo na determinação daquilo que melhor lhe apetece, com respaldo na norma jurídica, é o próprio indivíduo quem determinará sua liberdade ou não-liberdade para agir em determinada particularidade jurídica. Seja em se tratando de direitos reais ou pessoais, o poder da vontade é crucial.

De acordo com Windscheid, direitos pessoais são aqueles em que a vontade do titular é norma para o comportamento de uma pessoa singular ou de um certo número de pessoas (WINDSCHEID, 1902, p. 175). Já os direitos reais são aqueles em razão dos quais a vontade do titular é decisiva para a coisa. Porém, para Windscheid todos os direitos existem entre pessoas, não entre pessoa e coisa (1902, p. 173). Em se tratando dos direitos reais, o conteúdo do poder volitivo é negativo, ou seja, aqueles que se encontram em face do titular do direito devem abster de qualquer ação sobre a coisa, respeitando, acima de tudo, a ação do titular da coisa sobre ela (WINDSCHEID, 1902 p. 173-174).

Todavia, esta concepção reducionista do direito subjetivo ao poder da vontade mostrou-se insuficiente, haja vista que tal conceito não preencheu as exigências da práxis jurídica, como são os casos em que o direito subjetivo existe sem qualquer vontade.

Não podem os direitos subjetivos ficarem adstritos à constatação da vontade do titular do direito, pois ela é elemento accidental na sua conceituação. Por exemplo, embora uma pessoa tenha o direito de exigir o pagamento de determinado valor, tal direito não se extingue se a vontade de receber este valor não for revelada. Além do mais, há determinados direitos subjetivos que embora possam ser renunciados pelo titular, tal renúncia pode não surtir efeito para o Direito, o que ocorre com a atual legislação aplicável às relações trabalhistas.

Além disso, a vontade do indivíduo titular do direito “acaba sendo reconhecida como *um poder que surge do, e retorna ao, Direito de maneira a não possibilitar mais que a simples redução de sua validade, enquanto direito, à faticidade dos mandados oriundos do Direito objetivo.*” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 84-85)

Por fim, nas palavras de Lúcio Chamon, conclui-se que

À diferença das justificações para uma autonomia privada que cobra centralidade na compreensão do Direito, Savigny e Windscheid reconhecem à vontade um papel de geração de direitos e, *por consequência*, de deveres; a centralidade da noção de um âmbito livre para a vontade de reinar absoluta em Savigny, ou a possibilidade da vontade, por força do Direito, poder estabelecer direitos outros em face de condutas de terceiros, em Windscheid, demonstra um ponto de contato importante para a Dogmática jurídica: a idéia de que a vontade do indivíduo cobraria, enquanto afeta ao direito, um dever correlato, negativo que seja – mas não necessariamente – de não interferir no âmbito de liberdade absoluta (Savigny) ou de não descumprir um mandato do ordenamento para o qual a vontade individual concorre em sua configuração (Windscheid). (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 84).

2.3 A teoria do interesse de Rudolf Von Ihering

Rudolf von Ihering destaca-se como principal opositor à tese defendida por Savigny e Windscheid de que o direito subjetivo seria expressão do poder da vontade, ainda que concedido pelo Direito, como ressaltado por este último. O fundamento de tais críticas assenta-se no fato de haver determinados direitos que dispensam o exercício de qualquer vontade do titular do direito, razão pela qual a vontade é elemento secundário na definição de direito subjetivo.

Para Ihering, os juristas positivistas parecem estar satisfeitos com a tese de que o direito consiste na possibilidade de obrigar outrem sob a garantia da lei. Porém, para ele, tal definição é insuficiente, posto conter apenas uma descrição e indício da manifestação externa do direito (IHERING, [19-], p. 353-354). A preocupação de Ihering na definição do direito é basicamente teleológica, uma vez que para saber o que é o direito “devemos exigir que a resposta descansa sobre a essência íntima do direito, a fim de que nos sirva de ponto de partida e de apoio para as investigações que seguem.” (IHERING, [19-], p. 354, tradução nossa)⁶⁴

Esta essência íntima não é a vontade como foi propagado pelos filósofos do Direito, Kant e Hegel, pois, de acordo com Ihering, atendendo-se exclusivamente ao

⁶⁴ “Debemos exigir de que la respuesta descansa sobre la esencia íntima del derecho, á fin de que nos sirva de punto de partida y de apoyo para las investigaciones que sigan.” (IHERING, [19-], p. 354)

elemento vontade, o sistema jurídico se torna defeituoso, na medida em que converte a idéia de Direito em um puro formalismo, como o fez Kant⁶⁵.

Ihering não abandona a idéia de vontade na sua formulação teórica. Pelo contrário, reconhece-a como sendo o fundamento de criação de toda manifestação humana e que nesta condição realiza o direito. Assim, afirma que “a vontade, e apenas a vontade, é que erige em *regra* de direito, em direito real e verdadeiro, as idéias jurídicas: as do legislador nas leis, as do povo nos costumes.” (IHERING, [19-], p. 354).

Afastada desta força prática, a vontade se torna apenas uma idéia ou opinião como qualquer outra, não sendo, pois, regra de direito.

A manifestação da vontade como meio de realização do direito é suficiente apenas para uma exposição dogmática, mas não sintetiza exatidão absoluta, posto não apresentar o conteúdo da vontade, o que para Ihering seria necessário. Portanto, a vontade para ele apenas interessa enquanto explica o direito em sentido subjetivo (IHERING, [19-], p. 355).

Os juspositivistas consideravam a vontade como objeto final de todo o direito. O gozo de um direito equivaleria ao benefício proporcionado pelo exercício da força. É o cumprimento de um ato de vontade. Os institutos jurídicos estabelecidos na lei como os princípios da propriedade e da obrigação apenas se efetivariam até que a manifestação de uma vontade pudesse dar-lhes conteúdo. A partir desta perspectiva, disse Ihering que “o direito privado todo não é mais que um vasto arenal onde a vontade tem absoluta liberdade para mover-se e exercitar-se.” (IHERING, [19-], p. 357, tradução nossa)⁶⁶

Assim, sendo a vontade propulsora de toda realização do Direito, a capacidade jurídica e a capacidade de querer seriam equivalentes como afirmavam os defensores do direito subjetivo com base no poder da vontade, concluiu Ihering. Todavia, para ele tal equivalência não se sustenta, na medida em que o Direito não

⁶⁵ Nas palavras de Ihering, “Mientras que Kant e su escuela no se elevan en su definición más allá de la manifestación exterior del derecho, la *opresión*, Hegel, científicamente ó no, y su opinión ha venido á ser la reguladora de la nueva jurisprudencia positiva, coloca la sustancia del derecho lo mismo en el sentido objetivo que en el subjetivo, en la voluntad. El progreso de ese sistema es innegable; pero ateniéndose exclusivamente al elemento voluntad, dicho sistema ha concluido por separarse del verdadero camino, y ha caído en el defecto, como el principio de la fuerza de Kant, de convertir la idea del derecho en un puro formalismo.” (IHERING, [19-], p. 354).

⁶⁶ “el derecho privado todo no es más que un vasto arenal donde la voluntad tiene absoluta libertad para moverse y ejercitarse.” (IHERING, [19-], p. 357)

pode ser considerado objeto da vontade, mas sua condição (IHERING, [19-], p. 358). Se a vontade fosse objeto do Direito, como quiseram os positivistas, como seria possível que as pessoas sem vontade tivessem direitos? Neste sentido, questiona Ihering:

Se a personalidade e a capacidade jurídica são coisas idênticas à capacidade de querer, por que todas as legislações do mundo (e eu não sei de nenhuma que ofereça exceção), não somente reconhecem e protegem nas crianças e nos loucos a parte puramente humana da personalidade, o corpo e a vida, mas ademais lhes assinalam, salvo ligeiras modificações, a mesma capacidade patrimonial das pessoas dotadas de vontade? (IHERING, [19-], p. 358, tradução nossa)⁶⁷

Toda pessoa possui direitos que existem independentemente da sua vontade. A capacidade jurídica não se confunde, pois, com a capacidade de querer. Não é o “capricho arbitrário do legislador” que cria o Direito (IHERING, [19-], p. 359), mas a necessidade vital da pessoa que o determina. Assim, o sujeito de direito para Ihering é aquele a quem a lei destina a utilidade do Direito, não sendo outra a missão do direito senão garantir esta utilidade.

“Os direitos não existem de nenhum modo para realizar a idéia da vontade jurídica abstrata; servem, ao contrário, para garantir os interesses da vida, ajudar as suas necessidades e realizar seus fins.” (IHERING, [19-], p. 363, tradução nossa)⁶⁸ Assim, a substância do Direito não é a vontade, mas sim a *utilidade*, sendo a vontade apenas a força motriz dos direitos (IHERING, [19-], p. 364).

A partir desta compreensão Ihering afirma que todo Direito possui dois elementos: um formal e outro substancial. O primeiro se refere à proteção do Direito, enquanto o segundo reside no fim prático do Direito na medida em que proporciona ao homem a efetivação de uma utilidade – uma valoração de um determinado bem.

De acordo com Ihering, os bens são tudo aquilo que pode servir ao homem. Qualquer definição de direito que não tenha como ponto de partida a idéia de bem, segundo Ihering, pecaria por falta de fundamento (IHERING, [19-], p. 366). Atreladas

⁶⁷ “Si la personalidad y la capacidad jurídica son cosas idénticas á la capacidad de querer, ¿por qué todas las legislaciones del mundo (y yo no sé de ninguna que ofrezca excepción), no solamente reconocen y protegen en los niños y en los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan, salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que á las personas dotadas de voluntad? (IHERING, [19-], p. 358)

⁶⁸ “Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantir los intereses de la vida, ayudar á sus necesidades y realizar sus fines.” (IHERING, [19-], p. 363)

à idéia de bem estão as concepções de valor e interesse, cujos conteúdos são atribuídos pelo próprio homem na determinação daquilo que lhe é útil:

À idéia de bem se unem as noções de *valor* e de *interesse*. A de valor contém a medida da utilidade de um bem; a de interesse expressa o valor na sua realização particular com o sujeito e seus fins. Um direito, que por si mesmo tem um valor, pode não tê-lo para um determinado sujeito. Por exemplo, a servidão de vista para um cego, a entrada em um concerto facilitada a um surdo. (IHERING, [19-], p. 366-367, tradução nossa)⁶⁹

O Estado proporciona uma situação fática útil ao exercício do interesse através do Direito. Deste modo, para que haja um direito é preciso que o interesse esteja juridicamente tutelado.

O interesse, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2005), pode traduzir tanto a existência potencial que determinados bens possuem para a satisfação de certas necessidades, quanto exprimir “uma relação de apetência que se estabelece entre o sujeito carente e as realidades aptas a satisfazê-lo” (CORDEIRO, 2005, p. 316). Em tudo que se manifesta um desejo, uma pretensão individual, há interesses que expressam um deleite individual e que, na posição do direito subjetivo como interesse, pressupõe tutela jurídica.

Ocorre, porém, que embora haja em Ihering a mudança do foco de análise do direito subjetivo – do poder da vontade para o interesse tutelado –, o voluntarismo individual ainda permanece presente, determinando incisivamente a concepção de direito subjetivo. Neste aspecto, como sintetizou Lúcio Chamon:

[...] o direito seria uma condição de exercício da vontade rumo à consubstanciação de um determinado interesse, e isso implica, justamente, uma compreensão teleologizante dos interesses capazes de serem assumidos como meios para um fim da vontade tanto individual quanto geral, na medida que pressupõe um compartilhamento ético comum. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 86)

Assumir tal postura interpretativa, de um compartilhamento ético comum, aplicada ao direito subjetivo é reconhecer ser possível tutelar interesses que nada mais são do que valores individuais, muitos dos quais seriam impostos a todos

⁶⁹ “A la idea del bien se unen las nociones del *valor* u del *interés*. La del valor contiene la medida de la utilidad del bien; la del interés expresa el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines. Un derecho, que por sí mismo tiene un valor, puede no tenerlo para un determinado sujeto. Por ejemplo, la servidumbre de vista para un ciego, la entrada en un concierto facilitada á un sordo.” (IHERING, [19-], p. 366-367)

indivíduos na medida em que estariam respaldados em uma norma jurídica. Na afirmação de Lúcio Chamon:

A noção de interesse surge da relação, justamente, valor/fim de um sujeito particular: se podemos falar no interesse em algo é porque valoramos algo como capaz de ser útil. Isso não implica, desde uma constatação sociológica, uma unidade valorativa: antes, uma diversidade de interesses pode ser referida ao direito (subjetivo); mas, e desde uma ótica convencionalista, qualquer direito estabelecido seria a expressão de um “interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção”. A introjeção dessa compreensão dos direitos na interpretação dos mesmos acaba por permitir a infiltração de determinados valores a serem tomados em conta enquanto aqueles “eleitos pelo legislador” e que, assim, e por todos, deveriam ser assumidos enquanto valores capazes de estabelecer nossos interesses e o que a nós é útil. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 88).

2.4 O direito subjetivo como reflexo do dever jurídico: a tese de Hans Kelsen

Diferentemente dos juristas que até então haviam se dedicado ao estudo e à conceituação de direito subjetivo, enquanto conceito jurídico próprio, Hans Kelsen, na busca pela pureza metodológica da Teoria do Direito, apresenta-o a partir de uma concepção respaldada em critérios exclusivamente funcionais e formais.

Para Kelsen, o estudo do direito subjetivo deve ser considerado em uma realidade na qual se faz total abstração dos elementos psicológicos que possam interferir na sua conceituação. Em sua perspectiva, o direito subjetivo não pode ser analisado como se fosse algo oposto ao dever jurídico.

É do Direito natural, segundo Kelsen, que advém a postura metodológica que estuda o Direito como conhecimento jurídico diferente do dever. E a razão disto está no fato dos adeptos do Direito natural suporem haver direitos naturais que são inatos ao homem e que, portanto, existem antes de toda e qualquer ordem jurídica (KELSEN, 2006, p. 144-145).

Para os adeptos do jusnaturalismo a ordem jurídica apenas punha termo ao estado de natureza, impondo certos limites aos direitos que outrora eram naturalmente ilimitados. Tal limitação se dava através da instituição de deveres jurídicos que asseguravam a integridade do Direito. Assim, direitos naturais eram garantidos pela fixação de deveres. De acordo com Kelsen, esta compreensão de Direito influenciou, também, os juspositivistas do século XIX além de ter influenciado

sobremaneira a elaboração conceitual da teoria geral do Direito (KELSEN, 2006, p. 145).

Na compreensão kelseaniana, a falibilidade das teorias que sustentaram a concepção de direito subjetivo está no fato delas conceberem tal espécie de direito como sendo algo diverso do direito objetivo. O erro dos teóricos anteriores, portanto, decorre das suas preocupações em determinar o que os direitos subjetivos protegem e reconhecem, afastando-se do elemento objetivo, que é o que mais interessa ao estudo do Direito, pois é no estudo do direito objetivo que se constata a concepção de dever jurídico.

Segundo Kelsen, a dificuldade criada em torno do estudo do direito subjetivo está no fato deste ser compreendido a partir de uma perspectiva ontológica, que designa várias situações diferentes. Deste modo, quando se afirma que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira, duas situações possíveis se evidenciam. Uma, de caráter negativo, pode exprimir o fato de que a tal indivíduo não é proibida juridicamente a conduta em questão, podendo ele realizar ou omitir uma determinada ação. De outro lado, tal assertiva pode implicar que o indivíduo encontra-se juridicamente obrigado a se conduzir de determinada maneira em face de outro indivíduo que se apresenta, neste caso, como titular do direito. Diante deste indivíduo, a conduta do obrigado pode ser positiva quando a ação consiste em uma prestação do indivíduo obrigado ao outro, ou negativa quando ao indivíduo obrigado é imposta a obrigação de uma omissão, seja de uma ação determinada, seja de uma omissão de impedir ou prejudicar uma determinada conduta do outro indivíduo. Neste último caso, segundo Kelsen:

Quando estamos perante o dever de um indivíduo de não impedir ou por qualquer forma dificultar determinada conduta de outro indivíduo, fala-se de tolerar ou suportar a conduta de um indivíduo por parte de um outro e contrapõe-se ao dever de prestação o dever de tolerância. (KELSEN, 2006, p. 141)

Partindo desta premissa, a conduta do indivíduo obrigado pela norma jurídica corresponde a uma conduta do outro indivíduo, que pode exigir que aquele cumpra a conduta a que está obrigado. Neste caso, “a conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada, num uso de linguagem mais ou menos conseqüente, como conteúdo de um ‘direito’, como objeto de uma ‘pretensão’ correspondente ao dever.” (KELSEN, 2006, p. 142)

Desta forma, o direito que o indivíduo tem, inclusive de exigir determinado comportamento de outrem, nada mais é do que reflexo do dever jurídico do outro ou dos outros com quem se relaciona. E neste caso, segundo Kelsen, não há duas situações juridicamente relevantes, mas apenas uma, na qual um indivíduo está obrigado por um dever jurídico de se conduzir de determinada maneira.

Se o direito subjetivo é, na perspectiva de Kelsen, reflexo de um dever jurídico, o sujeito na relação jurídica é apenas aquele que está obrigado a determinado comportamento, uma vez que é ele o único que pode violar ou cumprir o dever pela sua conduta (KELSEN, 2006, p. 143). O outro indivíduo – aquele que tem o direito – é apenas “objeto da conduta” (KELSEN, 2006, p. 143), não podendo ser considerado sujeito, pois “visto que o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo em face do qual existe este dever não é tomado juridicamente em consideração como ‘sujeito’, pois ele não é sujeito deste dever.” (KELSEN, 2006, p. 144)

Conclui-se, portanto, que diferentemente das percepções anteriores, o direito subjetivo para Kelsen apenas existe quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro, de modo que o direito reflexo de um decorre do dever do outro.

Nem sempre um dever jurídico tem como correlato um direito. E Kelsen atenta para tal fato, na medida em que reconhece haver determinadas normas jurídicas que prescrevem as condutas dos indivíduos perante certos animais, plantas ou objetos inanimados, sem que estes objetos tenham direitos reflexos. Nestes casos, os deveres impostos pela norma jurídica “subsistem perante a comunidade jurídica, interessada nestes objetos” (KELSEN, 2006, p. 143). Ademais, como ele considerou, apenas se denomina sujeito aquele que está obrigado ao cumprimento do dever, de modo que não há risco de haver referência ao animal como sujeito.

A pureza conceitual buscada por Kelsen tende a afastar da compreensão de direito subjetivo qualquer interferência do jusnaturalismo, de modo que é a partir do Direito objetivo que se torna possível a definição de direito subjetivo, não como algo intrínseco ao poder da vontade ou ao interesse juridicamente tutelado, mas como um reflexo de um dever imposto pelo ordenamento jurídico a outrem.

Para Kelsen, o direito subjetivo não pode ser considerado um interesse protegido pelo Direito, mas sim a proteção ou a tutela jurídica deste interesse pelo Direito objetivo. Neste posicionamento uma vez mais, verifica-se o reflexo do dever

jurídico, pois “esta proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse.” (KELSEN, 2006, p. 149). Por exemplo, se “A” emprestou determinada quantia a “B”, o interesse daquele no reembolso desta quantia é protegido pelo Direito através do dever jurídico imposto a “B” de cumprir sua obrigação.

De outro lado, considerando o poder da vontade como algo conferido pela ordem jurídica, Kelsen reconhece-o como direito subjetivo na medida em que tal poder possibilita a efetivação de um dever jurídico imposto a outrem:

Se na representação desta situação nos servimos do conceito auxiliar de direito reflexo, então pode dizer-se que o direito subjetivo (*die Berechtigung*) – que é apenas o reflexo de um dever jurídico – está revestido do poder jurídico, pertencente ao seu titular, de fazer valer esse direito reflexo, quer dizer, o não-cumprimento do dever de que este direito é o reflexo, através de uma ação judicial. (KELSEN, 2006, p. 150)

Porém, enquanto a teoria tradicional ressaltou o poder jurídico conferido ao indivíduo em seu aspecto processual, isto é, no exercido na ação judicial, Kelsen vai além ressaltando que a titularidade de um direito subjetivo – poder jurídico – implica reconhecer que uma norma jurídica atribui à conduta do indivíduo determinadas conseqüências relevantes para o Direito, ressaltando-se a concepção de direito subjetivo como reflexo de um dever jurídico. Neste sentido, nas palavras de Kelsen:

[...] por direito subjetivo não se entende somente este poder jurídico, mas este poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, com o dever cujo não-cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico – por outras palavras, um direito reflexo provido ou revestido deste poder jurídico. (KELSEN, 2006, p. 152)

Muito embora a tese de Kelsen seja coerente com a percepção fechada de sistema de Direito a qual pretende construir, reduzir o conceito de direito subjetivo ao dever jurídico é algo um tanto quanto temerário. Eduardo Garcia Maynez apresenta críticas à tese de Kelsen afirmando que o erro fundamental da sua teoria consiste na identificação das noções de direito objetivo e de direito subjetivo (MAYNEZ, 1956, p. 194), e isto porque os conceitos de norma e faculdade são confundidos.

Se Kelsen reconheceu que no Direito há determinados deveres jurídicos sem direitos subjetivos correlatos, como é o caso da imposição de deveres perante certos animais, ele nada disse acerca da possibilidade de haver direitos sem deveres correlatos. E não poderia mesmo fazê-lo, uma vez que a sua fundamentação teórica

parte da percepção inicial de dever jurídico, sendo o direito subjetivo apenas reflexo daquele.

Ocorre, porém, que direitos subjetivos podem ser exercidos sem que haja um dever correlato. Isto é o que ocorre, por exemplo, com as obrigações denominadas naturais (prescritas, por exemplo), posto que embora o credor tenha direito ao recebimento da prestação, o devedor não tem o dever jurídico de pagá-la, posto ser juridicamente inexigível. Cumprida a obrigação, nada mais poderá fazer o devedor, uma vez que o pagamento é reconhecido pelo Direito e tido como válido.

Para Lúcio Chamon (2006) a redução do direito subjetivo ao dever jurídico acabou por revelar uma redução perigosa, na medida em que

[...] a figura de direitos subjetivos (liberdades) cumprem, na argumentação, um papel de marcação das esferas de liberdade de arbítrio legitimamente reconhecidas o que significa afirmar que, *argumentativamente*, a distinção entre direitos e deveres tem um peso, pois pretender afirmar uma esfera de liberdades não equivale, sempre, afirmar uma não-liberdade alheia *quando interpretamos a situação concretamente reconstruída*: aquele que se encontra, por exemplo, em estado de necessidade, e vem a violar um direito alheio nos limites juridicamente conformados, ao podar, ceifar, a liberdade de arbítrio de outrem nem por isso, naquela situação concreta, infringiu um dever. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 109)

3. O DIREITO SUBJETIVO NA SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO TRADICIONALISTA

Através da filosofia do Positivismo, vigente na segunda metade do século XIX, a ciência tornou-se o único conhecimento válido e seu método descritivo o único capaz de apresentar respostas seguras e confiáveis. Para Margarida Maria Lacombe Camargo, o Positivismo buscou um conhecimento geral, “enfaixado na coordenação sistemática das leis descobertas e formuladas pelos diferentes campos científicos” (CAMARGO, 2003, p. 87), dentre os quais se destacam as ciências humanas e sociais.

De acordo com Coing, o século XIX “representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava toda sua força na crença ilimitada na razão humana.” (COING *apud* FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 72). E a crença na razão humana favoreceu a certeza de

que era possível resumir na Lei toda uma gama de possibilidades fáticas tuteláveis pelo Direito.

Fixar o Direito na forma escrita era um meio de aumentar a segurança e precisar seu entendimento, aguçando, em conseqüência, a consciência dos limites (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 72). Assim, o Direito passa a ser encarado como um *sistema* de normas postas por uma autoridade, legitimamente reconhecida: o Estado de Direito.

O fenômeno da positivação, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), tem dois aspectos: um filosófico e outro sociológico. No primeiro, a positivação pressupõe o estabelecimento do Direito por um ato de vontade, ou seja, o estabelecimento e a imposição de normas jurídicas cuja validade se encontra respaldada no ato da autoridade constituída que a estabeleceu, podendo ser revogada apenas por outra da mesma natureza e origem.

O processo legislativo passa a ser visto como elemento essencial da existência política do Estado que através da atividade legiferante favorece a reorientação do Direito em termos de positivação. É a lei, produto desta atividade legislativa, que estabelece uma *premissa normativa* para as decisões jurisprudenciais.

No sentido sociológico, a positivação revela a importância atribuída à lei como *fonte do Direito*. A exaltação da lei como fonte do Direito favoreceu o surgimento do *legalismo*, enfrentado como exigência sócio-política de uma realidade na qual o Direito desempenhou papel de fundamental importância. Se a lei é fruto de um ato de vontade que pode ser modificada pela autoridade legítima, tal perspectiva de *mutabilidade* favorece a possibilidade de adequação do Direito a situações variáveis no tempo:

[...] o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, em alto grau, um detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis, não dependendo mais o caráter jurídico das condutas de algo que tivesse sempre sido direito (como acontecia com a predominância do direito consuetudinário). (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 75)

Diante desta nova percepção de direito mutável, uma série de perplexidades foi sendo desencadeada, notadamente no que tange à sustentação da cientificidade

do Direito, então visto como Ciência. Ora, bastaria um simples ato de vontade da autoridade legítima para que preceitos jurídicos fossem modificados e bibliotecas inteiras fossem superadas?

Foi da Alemanha que surgiram as primeiras respostas a tais perplexidades geradas pela posituação do Direito, tendo a afirmação da historicidade do Direito desempenhado papel de fundamental importância. Savigny foi um dos defensores da posituação com fundamento na historicidade do Direito – Escola Histórica do Direito. Segundo ele não era a norma formulada e positivada pelo legislador que seria o objeto do estudo do jurista, “mas a convicção comum do povo (o ‘espírito do povo’), este sim a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 76)

Entretanto, a partir desta perspectiva metodológica assumida pela Escola Histórica, a valorização exclusiva da *teoria* foi consequência inevitável. A práxis jurídica, embora influenciada pela formulação teórica, não estava em primeiro plano na preocupação do jurista. O apego ao conceito e à formulação de preceitos aplicáveis através de uma interpretação lógico-abstrata passaram a ser determinantes, razão pela qual “a Escola Histórica aumentou o abismo entre a teoria e a práxis, que vinha do jusnaturalismo, com influências até hoje no ensino universitário e na prática dos juristas.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 77)

O Direito sofreu interferências da filosofia positivista do século XIX. Todavia, para Margarida Maria Lacombe Camargo foi apenas com Hans Kelsen no século XX que o Direito assumiu uma postura científica verdadeiramente positivista (CAMARGO, 2003, p. 88). Isto porque, segundo ela, o Direito não foi influenciado pelo contexto sociológico originário do Positivismo, mas sim pelo formalismo originado no Direito desde o surgimento da Escola da Exegese no princípio do século XIX, pois “para uma teoria objetiva do direito importava mais o conjunto das normas postas pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita.” (2003, p. 88-89)

Na formulação originária da Teoria do Direito, o conhecimento jurídico foi reduzido a categorias elementares que independiam da dinâmica peculiar à práxis jurídica. Várias categorias gerais do Direito foram condensadas em torno de conceitos inquestionáveis, formulados com rigor. Tratava-se da concepção de um sistema jurídico fechado que não admitia lacunas.

A perfeição dos códigos dispensava qualquer forma de argumentação crítica que pudesse desvirtuar a premissa normativa já anteposta pelo legislador. O método interpretativo lógico-dedutivo reduzia o Direito a fórmulas simples, cujo propósito era tão somente proporcionar a segurança jurídica. O risco do Positivismo do século XIX custou o distanciamento progressivo da realidade e o fechamento do sistema jurídico, uma vez que “a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos, etc.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 81)

Esta perspectiva positivista, porém, foi se mostrando incapaz de apresentar respostas válidas aos mais variados casos construídos na práxis jurídica. Isto porque as construções conceituais do Positivismo eram incapazes de apresentar respostas aos diversos casos práticos específicos em que as premissas outrora fixadas com rigor no positivismo não mais se aplicavam.

A técnica interpretativa empírico-descritiva falhou e não mais supriu as necessidades práticas da realização do Direito enquanto um *sistema* em constante processo construtivo.

O Direito não pode ser mais compreendido a partir de uma perspectiva meramente descritiva do fato ao qual o Direito confere tutela. Ao contrário, o estudo do Direito deve ser reconstrutivo, crítico-discursivo, de modo que a fim de se obter uma operacionalização legítima e coerente com o sistema, a problematização é necessária. Ainda que em uma determinada situação problema se chegue a uma possibilidade jurídica coerente com o sistema, tal possibilidade não se fecha, mas mantém-se aberta para outras problematizações específicas de cada caso concreto. E a conjugação entre teoria e práxis é fundamental para tal propósito.

Assim, por uma reconstrução crítico-discursiva da Teoria do Direito Moderno, não é possível pensar em uma Teoria “que ofereça ‘as interpretações’ ou ‘os conceitos’ aos quais a prática deveria obediência”, pois “a frustração da ‘racionalidade’ iluminista impede de manter esta ilusão...” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 21). Com isso, o que se pretende assumir é que a reconstrução crítico-discursiva da Teoria do Direito Moderno não se fecha em premissas jurídicas cujos conteúdos são fixados de antemão, e cuja aplicação ao caso concreto decorre de uma mera subsunção de uma diretiva legal genérica para uma premissa menor.

Ao contrário, “as interpretações” ou “os conceitos” de uma Teoria do Direito Moderno que pretende se manter crítica e discursiva são, argumentativamente, construídas a partir de cada caso concreto. Os conteúdos e categorias do sistema jurídico são reconstruídos a partir de problematizações existentes na práxis jurídica. Assim, apenas mediante a superação de uma compreensão relativista e superficial de categorias formuladas na Teoria do Direito é que se torna possível direcionar-se às estruturas mais profundas do sistema. É por meio desta perspectiva “que se pode vislumbrar uma pragmática universal capaz de denunciar o que há de transcendente de contexto em nossas práticas comunicativas contextualizadas.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 14). Por isso é indispensável aliar teoria e prática.

3.1. O direito subjetivo como expressão de liberdades e não-liberdades

Um dos maiores dilemas enfrentados pela Modernidade foi possibilitar que todos os indivíduos humanos que então se apresentavam como cidadãos e sujeitos de direito pudessem gozar de iguais liberdades. Se todos os indivíduos eram considerados livres e iguais, caberia ao Direito a tarefa de *efetivar* o exercício da liberdade e da igualdade.

Na Modernidade, uma certa concepção transcendentalizada do indivíduo pareceu inserir na natureza do ser humano a existência de direitos que a ele pertenciam inatamente, antes do estabelecimento de qualquer vínculo social. Estes direitos constitutivos da natureza eram desprovidos de efetividade jurídica, de modo que caberia ao Estado conceder-lhes força jurídica, assegurando no Direito a efetividade de direitos a todos concedidos naturalmente.

Os direitos são, pois, vistos como *poderes de agir* – uma esfera de liberdade que permitia que o indivíduo assegurasse a realização da sua autonomia como expressão da sua vontade individual.

Atrelado a esta idéia ontológica da existência do indivíduo e os consectários imediatos da autonomia da vontade do indivíduo, o Direito Natural, lido a partir da razão humana, proporciona o desenvolvimento das categorias clássicas dos direitos subjetivos, compreendidos tão somente como uma *esfera de liberdade* que efetiva a autonomia do indivíduo nas relações jurídicas.

O Direito Natural surge embasado na razão humana e contesta qualquer forma de direito que advenha da natureza ou mesmo da vontade divina. Conforme afirma Marcelo Galuppo, o Direito Natural, influenciado pelo racionalismo individualista, “deixará de ser visto como um dado objetivo e passará a ser considerado como uma construção subjetiva, uma vez que o sujeito, e não a comunidade (ethos), passa a ser categoria explicativa e operativa básica da sociedade moderna”. (GALUPPO, 2002, p. 59)

É a partir deste racionalismo jurídico que o *Direito Civil* passa a ser compreendido como *sistema*, ou seja, um conjunto unitário e coerente de regras que a partir de suas premissas é capaz de apresentar respostas aos mais variados problemas ocorridos na realidade social. Francisco Amaral, ao apresentar o rompimento do Direito Civil Moderno com o método Romano, afirma que:

Reflexo do racionalismo (*rectius*, do jusnaturalismo) é a concepção do “direito como sistema, dotado de método dedutivo específico, construído a partir de conceitos gerais”. No campo do direito privado, liberta o direito civil da submissão histórica às fontes do direito romano, abrindo caminho para a construção do sistema que hoje domina os códigos. Surgem as figuras abstratas da obrigação, do dever contratual, do sujeito de direito, da declaração de vontade, do negócio jurídico, doutrinas que o direito comum não tinha construído como teorias gerais, e que são princípios jusnaturalistas transformados em categorias técnico-jurídicas. (AMARAL, 2006, p. 119)

A Modernidade contesta toda forma de aprisionamento da autonomia e vontade humanas. A subjetividade jurídica é protegida pelo Direito e pelo Estado que em sua primeira manifestação moderna caracteriza-se pelo absenteísmo, buscando efetivar a autonomia individual pela liberdade. A cultura Moderna foi marcada por esta concepção de individualismo que via no indivíduo humano um ser que encontrava suas coordenadas dentro de si mesmo, independente das redes que o formavam originalmente (TAYLOR, 1997, p. 56). Ao individualismo, à autonomia da vontade e à responsabilidade individual são atribuídos destaque no universo das relações jurídicas. “A sociedade moderna é, assim, marcada pela instituição do homem como sujeito singular, livre e igual, sem vínculos sociais (como acontecia na Idade Média) e responsável por si mesmo”. (AMARAL, 2006, p. 121).

Entretanto, houve quem tentasse admitir o contrário, pois todo indivíduo humano está inclinado a partilhar uma sociabilidade na qual o exercício de

liberdades na mesma medida não é algo possível de se efetivar sem a interferência decisiva da autoridade pública.

A partir do reconhecimento da desigualdade e a certeza de que os indivíduos humanos mesmo sendo livres teriam dificuldades de se mobilizarem socialmente e se igualarem de forma efetiva, os paradigmas liberais de política (Estado ausenteísta), de economia (capitalismo) e de Direito (individualismo) passaram a ser contestados. Os direitos concedidos ao sujeito jurídico não são apenas manifestações de liberdades, mas devem ser também créditos concedidos pelo Estado a fim de tornar a igual liberdade efetiva. Os movimentos de *socialização* do Direito buscam integrar os desiguais a fim de que possam desfrutar de uma igualdade material e não meramente formal como defendido nos movimentos modernos liberais.

Uma vez mais a busca pela co-existência de iguais liberdades é posta à prova e novos discursos jurídicos são revolidos com o fim de redefinir os contornos da autonomia da pessoa humana e os limites da sua manifestação de vontade.

Embalado pelas justificativas de *necessidade de intervenção*, o Estado se fortalece impondo projetos de *integração* dos indivíduos humanos. Porém, o Estado Social, apesar de ter se mostrado atencioso aos anseios individuais, não prosperou, uma vez que a assunção do intervencionismo como meio de atuação estatal favoreceu o surgimento do totalitarismo e o conseqüente cerceamento da esfera de liberdades.

Nem a configuração política do Estado Liberal nem a do Estado Social favoreceram a efetivação da liberdade e da igualdade dos sujeitos de direito nas relações jurídicas, uma vez que enquanto o primeiro exaltou a liberdade colocando a igualdade em segundo plano, o segundo reprimiu a liberdade a ponto de em muitos casos negá-la, sob o fundamento do “bem estar social”.

O indivíduo humano, enquanto sujeito de direitos, deve ser visto como um ser *mutável* que não necessita de integração social conforme a variação do movimento político e econômico, mas como um ser construído a partir de uma *pluralidade existencial* decorrente de uma realidade compartilhada, que demanda a tutela estatal *inclusiva* e não *integradora*. A tal propósito é que se afirma com veemência os contornos democráticos do Estado e do Direito na atualidade. Isto porque, como afirmou Marcelo Galuppo,

Enquanto o Estado Liberal procurava eliminar os projetos e valores divergentes pela imposição dos projetos e valores “dominantes” e o Estado Social procurava impor um “projeto alternativo” e arbitrário ao poder econômico, *integrando* mais que *incluindo*, aqueles historicamente excluídos do projeto majoritário, o Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da *inclusão* do que da *integração*. (GALUPPO, 2002, p. 20-21)

O direito de cada indivíduo se insere em um contexto de partilha intersubjetiva, no qual direitos devem co-existir igualmente. Em um contexto democrático de Estado, a legitimidade do Direito decorre da *efetivação* de iguais liberdades para todas as pessoas que interagem em vínculos juridicamente tutelados. De acordo com Lúcio Chamon, a legitimidade do Direito “se constrói discursivamente do desenrolar da tensão que se pode verificar entre faticidade e validade, autonomia privada e pública, direitos subjetivos e Direito como sistema.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 105)

Apenas com o reconhecimento de liberdades iguais a todos os indivíduos é que a legitimidade do Direito se torna realidade. Assim, pode-se afirmar que os direitos subjetivos devem encontrar fundamento no exercício *efetivo* de liberdade e igualdade pelos seus titulares, na mesma proporção. Não se trata apenas de uma permissibilidade jurídica compreendida como um *direito-liberdade*, nem tampouco de um direito cuja realização tem como imprescindibilidade a atuação do Estado na concessão de um *direito-crédito*.

O direito subjetivo expressa a possibilidade jurídica de ação do indivíduo na auto-afirmação e defesa daquilo que pretende assumir como seu, seja em relação a questões jurídicas patrimoniais, seja existenciais. Não se trata de afirmar que o direito subjetivo é apenas a expressão do poder da vontade individual, como pretendeu Savigny, nem tampouco conferir-lhe conotação positivista, como sustentou Windscheid. Nestas concepções, o direito subjetivo é ligado a uma perspectiva solipsista de atuação individual, em que apenas o titular do direito é posto em destaque e levado em consideração no momento de sua determinação.

Não diferentemente, tais argumentos são suficientes para ilidir a perspectiva de Ihering acerca dos direitos subjetivos, uma vez que a concepção de interesse revela, nada mais nada menos, que uma valoração individualizada daquilo que é tido como primoroso para o indivíduo enquanto titular do direito.

É inegável que o direito subjetivo expressa a possibilidade jurídica de ação do indivíduo na auto-afirmação e defesa daquilo que pretende assumir como seu, seja em relação a questões jurídicas patrimoniais, seja existenciais. Entretanto, tal possibilidade jurídica se dá em uma realidade de existência compartilhada e que não pode ser pensada abstratamente. Não apenas o titular do direito deve ser levado em consideração no momento da determinação daquilo que é direito subjetivo, mas os outros com quem ele interage em uma realidade de co-dependência concreta são igualmente relevantes.

No posicionamento de Lúcio Antônio Chamon Júnior, a compreensão de direito subjetivo e do Direito são co-originárias, uma vez que os direitos subjetivos “dependem de uma forma jurídica modernamente adquirida e a legitimidade em face desta mesma forma jurídica somente se faz mediante um igual reconhecimento de liberdades a todos.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 106). A partir de uma configuração democrática de Direito busca-se efetivar igual garantia de liberdades que proporciona uma releitura do Direito enquanto um sistema aberto de regras e princípios. Assim, segundo Lúcio Chamon o direito subjetivo deve ser compreendido como uma esfera de liberdade para agir ou não, “[...] reconhecida na *práxis argumentativa* [...]” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 106), que não pode ser definitivamente imputado “em tese”, “em abstrato” ou “em regra”.

Deste modo, é em uma determinada situação jurídica, compreendida por Lúcio Chamon como um recorte, sempre passível de problematizações (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 107), que se pode interpretar a existência de um direito subjetivo.

Além do *direito subjetivo*, “interpretado como uma posição de liberdade argumentativamente referida e inserida numa determinada situação jurídica” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 114), Chamon Júnior enfoca a noção de *dever* como uma posição de não-liberdade, na medida em que “ao sujeito não é dada a possibilidade de, coerentemente com o sistema, decidir pelo atuar ou não atuar, pelo omitir ou não omitir.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 114). Tanto os direitos subjetivos quanto os deveres são compreendidos e problematizados a partir de uma situação jurídica em constante processo argumentativo:

[...] quaisquer direitos e deveres são problematizados a partir de uma situação argumentativamente reconstruída, pois qualquer juízo de adequabilidade que conclua por liberdades ou não liberdades sempre é concreto e referido àquela situação a partir da qual o próprio caso e o Direito foram interpretados. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 110)

Assim, a compreensão de direito subjetivo está atrelada à compreensão de dever. Não no sentido kelseiano em que o direito subjetivo é reflexo de um dever jurídico, pois como já salientado, a compreensão de Kelsen falha na medida em que determinadas situações jurídicas possibilitam a existência de direitos subjetivos sem deveres correlatos.

O direito subjetivo e o dever são realizações jurídicas co-dependentes que se efetivam na medida em que permitem que em determinada situação jurídica o sujeito possa expressar ou não uma posição de liberdade. São, portanto, conceitos construídos de forma correlata, mas nem sempre um depende do outro para se efetivar.

O reconhecimento do outro na situação jurídica como parâmetro para se proporcionar efetivamente iguais liberdades, permite sustentar que há um equilíbrio entre o dever e o direito subjetivo na medida em que o desrespeito do dever pela afronta à não-liberdade implica em ilícito, do mesmo modo que o exercício desproporcional e despropositado de um direito também implica em ilícito (art. 187 do Código Civil brasileiro)⁷⁰. Ambas situações são repreensíveis pelo ordenamento jurídico.

Assim, assumir o direito subjetivo como expressão de liberdades e não-liberdades é contextualizar a alteridade no conceito de direito subjetivo, outrora compreendido tão somente a partir de um aspecto egoístico, além de reconhecer que sua realização está adstrita à análise de casos concretos em que possibilidades juridicamente realizáveis efetivem uma liberdade de agir ou não, ainda que esta possa expressar um poder da vontade ou um interesse, *desde que partilháveis e exercitáveis por outrem*.

4. PERSPECTIVAS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 Perspectiva funcional-utilitarista de Savigny

⁷⁰“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (art. 187)

À Ciência do Direito coube o distanciamento entre indivíduo humano e pessoa, sendo este compreendido a partir de uma perspectiva técnico-normativa que atribuía ao conceito de pessoa o significado de *sujeito de direito*. Foi a partir da Escola de Savigny que, segundo Melchiorre Roberti (1935), a personalidade foi isolada do homem e passou a designar *sujeito de direito*, deflagrando o distanciamento dos conceitos de indivíduo humano e sujeito de direito⁷¹.

No Direito Romano não havia preocupações com a tutela da pessoa enquanto ser integrante de uma espécie animal determinada. O aspecto prático-social das relações interpessoais prevalecia. Deste modo, o foco do embasamento teórico de Savigny acerca da personalidade jurídica assenta-se no reconhecimento da possibilidade de haver no Direito pessoas não humanas capazes de serem *sujeitos de propriedade*, por ele denominadas de *fictícias*.

Nesta perspectiva, as pessoas fictícias são aquelas que existem tão somente para *fins jurídicos*, que aparecem ao lado do indivíduo humano como sujeitos de relações de direito. Para Savigny, é a *capacidade de possuir propriedade* que determina a personalidade jurídica, pois:

Os bens, [...], são por sua natureza uma extensão do poder, um meio de garantia e de desenvolvimento para a atividade livre, relação que pode afetar à pessoa jurídica como ao indivíduo e os *fins* para que foi criada a pessoa jurídica merecem ser atendidos pelos mesmos meios que os do indivíduo. (SAVIGNY, [19-] p. 59, tradução e grifos nossos)⁷²

É esta idéia de fim jurídico que determina a formulação teórico-funcional da proposta de Savigny acerca da personalidade jurídica. Embora não teça maiores considerações acerca da pessoa humana enquanto sujeito de direitos, ele utiliza o termo *pessoa natural* para distinguir o indivíduo humano da *pessoa fictícia* cuja

⁷¹ “Presso tutti i popoli, nella fase iniziale del diritto, con singolare affinità che si riscontra anche nella storia dei diversi istituti giuridici, la persona à soltanto l’essere umano, dotato di una maggiore o minore capacità, secondo speciali requisiti. Più tardi accanto alla persona naturale sorge e si afferma il concetto di persona giuridica, concezione astratta, che, como più innanzi vedremo, a fatica si viene svolgendo e formando; e che mano mano si plasma por il bisogno della vita pratica e si affina per l’assudua opera del giurista e del legislatore.” (ROBERTI, 1935, p. 110-111).

⁷² “Los bienes, [...], son por su naturaleza una extensión del poder, un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre, relación que puede afectar á la persona jurídica como al individuo y los fines para que ha sido creada la persona jurídica merecen atenderse por los mismos medios que los del individuo.” (SAVIGNY, [19-], p. 59).

existência é meramente funcional. Como ressaltou Savigny: “emprego a palavra pessoa jurídica em oposição à pessoa natural, é dizer, ao indivíduo, para indicar que os primeiros não existem como pessoas, senão para o cumprimento de um fim jurídico [...]” (SAVIGNY, [19-], p. 59, tradução nossa)⁷³

Para Lúcio Antônio Chamon Júnior, é a garantia da ordem econômica vigente no século XIX que marca esta argumentação altamente funcionalizada adotada por Savigny, ao mesmo tempo que possibilita o exercício de liberdades individuais (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 120).

Não obstante admita ser a pessoa jurídica uma *ficção jurídica*, Savigny afirma haver *peças jurídicas com existência natural ou necessária*, como é o caso das cidades e comunidades anteriores em sua maior parte ao Estado, e *peças jurídicas com existência artificial ou contingente*, o que seria o caso das fundações e associações cuja existência está condicionada à união de vontade de dois ou mais indivíduos.

Perante este diferencial, Savigny sustenta que nem sempre as condições para o estabelecimento das pessoas jurídicas estariam fixadas por regras jurídicas positivas, posto que a maior parte das pessoas jurídicas com existência natural ou necessária são tão antigas que antecedem o próprio Estado, portanto o direito positivo, ou, ainda que constituídas depois do surgimento do Estado, decorrem de um ato político, que independe de regra de direito privado (SAVIGNY, [19-] p. 80).

Já em relação às pessoas jurídicas contingentes, faz-se necessário que o *Estado* conceda a elas autorização para que tenham personalidade jurídica e assim possam exercer os poderes e faculdades reconhecidas pelo Direito. Como bem asseverou Savigny:

Para as demais pessoas jurídicas [cuja existência é contingente], é princípio seguido o de que não basta o acordo de muitos indivíduos ou a vontade do fundador, senão que ademais é requisito necessário a autorização de poder supremo do Estado, autorização tácita ou expressa, resultado de um reconhecimento formal ou de uma tolerância manifesta [...]. (SAVIGNY, [19-], p. 80, tradução nossa)⁷⁴

⁷³ “Empleo la palabra persona jurídica en oposición á persona natural, es decir, al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico [...]” (SAVIGNY, [19-], p. 59).

⁷⁴ “Para las restantes personas jurídicas, es principio seguido el de que no basta el acuerdo de muchos individuos ó la voluntad del fundador, sino que además es requisito necesario la autorización de poder supremo del Estado, autorización tácito ó expresa, resultado de un reconocimiento formal ó de una tolerancia manifiesta, [...]” (SAVIGNY, [19-], p. 80).

As razões para esta autorização são, de acordo com Savigny, políticas e jurídicas. São políticas porque a autorização do Estado permite maior fiscalização das ações das pessoas fictícias, com o intuito de manter a segurança estrutural do próprio Estado. Já, em se tratando das razões jurídicas, o que é posto em debate é a certeza e a segurança das relações jurídicas, pois segundo Savigny a extensão da capacidade natural do homem aos seres ideais, sem o devido resguardo estatal, poderia instaurar grande incerteza sobre o Estado de Direito, além dos abusos que tal abstinência poderia gerar.

Desta forma, em Savigny a formulação do conceito de personalidade jurídica decorre da pré-concepção moralizante e antagônica existente entre os conceitos de indivíduo humano, dito pessoa natural, e a pessoa coletiva, dita fictícia, além de haver forte influência funcional e utilitarista do conceito de sujeito de direito, na medida em que se reconhece a personalidade à pessoa fictícia tão somente pelo fato de realizar fins jurídicos, dentre os quais ressalta-se a capacidade de possuir propriedade. Tal concepção funcionalizante foi mantida pelos códigos que sobrevieram à sistematização proposta por Savigny, de modo que atualmente o Código Civil em vigor no Brasil mantém tal distinção ao dispor expressamente em seu Livro I, Título I disposições normativas sobre as pessoas *naturais* e no Título II sobre as pessoas jurídicas.

4.2 Perspectiva positivista de Hans Kelsen

Para Hans Kelsen, o conceito jurídico de pessoa decorre do Direito positivo e relaciona-se com os conceitos de dever jurídico e direito subjetivo. Deste modo, a pessoa é tratada como uma *unidade personificada de normas jurídicas* (direitos e deveres), que pressupõe uma titularidade e uma qualidade normativa, permitindo-lhe ser sujeito de deveres e direitos jurídicos. Neste sentido, afirma Hans Kelsen que a pessoa “não é uma entidade separada dos seus deveres e direitos, mas apenas a sua unidade personificada ou – já que deveres e direitos são normas jurídicas – a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas.” (KELSEN, 2005, p. 136).

A qualidade de ser homem e a conceituação de pessoa no sentido jurídico para Kelsen não se confundem. Muito pelo contrário, ele as delimita de forma pontual, afirmando que enquanto o “homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais.”, a “pessoa é conceito da jurisprudência, da análise de normas jurídicas.” (KELSEN, 2005, p. 137). E no estudo da Teoria Pura do Direito, diz que os indivíduos enquanto tais não são tomados em consideração, “mas apenas as ações e omissões dos mesmos, pela ordem jurídica determinadas, que formam o conteúdo das normas jurídicas.” (KELSEN, 2006, p. 189).

Neste particular, tomar um homem enquanto pessoa (no sentido jurídico) é reconhecer sua ação ou omissão dentro de uma esfera de relações nas quais os efeitos da sua manifestação preenchem os conteúdos das normas jurídicas.

Dizer que um ser humano A é o sujeito de certo dever, ou tem certo dever, significa apenas que certa conduta do indivíduo A é conteúdo de um dever jurídico. Dizer que um ser humano A é o sujeito de certo direito, ou tem certo direito, significa apenas que certa conduta do indivíduo A é o objeto de um direito jurídico. (KELSEN, 2005, p. 136-137).

Diferentemente da teoria tradicionalista que atrelava o conceito de homem ao de pessoa, afirmando ser pessoa o homem enquanto sujeito de direitos e deveres, Kelsen critica tal compreensão afirmando haver outras entidades que também se apresentam juridicamente como pessoas e que não são homens (KELSEN, 2006, p. 191).

Kelsen afirma, ainda, haver dois critérios para a análise da pessoa no sentido jurídico: a pessoa física (natural) e a pessoa jurídica. Usualmente, afirma-se que a distinção entre ambas é dada a partir do critério da humanidade atrelado ao conceito de pessoa física, sendo que a pessoa jurídica não detém este qualitativo. Porém, tal critério para Kelsen é errôneo, haja vista que o conceito de pessoa física não pode se atrelar ao conceito de homem, pois além de tais conceitos serem diversos, eles são resultados de dois tipos diversos de considerações.

Fica claro em Kelsen, portanto, o objetivo de manter a juridicidade do conceito de pessoa e personalidade jurídica, ainda quando se refira ao ser humano, pois “‘ser pessoa’ ou ‘ter personalidade jurídica’ é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos” (KELSEN, 2006, p. 192). Assim, diz Kelsen que o ser humano não é a pessoa física, mas o âmbito de uma pessoa física, posto ser ele quem age e da sua ação surgir a tutela normativa. É através do reconhecimento jurídico desta ação e

pela atribuição de direitos e deveres que a personalidade jurídica se faz presente, permitindo que um ser humano seja tratado de pessoa (no sentido jurídico). Como exemplifica Kelsen,

Que um escravo não seja juridicamente uma pessoa, que não tenha personalidade jurídica alguma, significa que não existem quaisquer normas qualificando qualquer conduta desse indivíduo como um dever ou um direito. Que um homem A seja uma pessoa jurídica ou que tenha uma personalidade jurídica significa, ao contrário, que existem tais normas. (KELSEN, 2005, p. 138)

Na perspectiva kelseaniana tanto a pessoa coletiva (comumente dita jurídica) quanto a pessoa física ou natural *são jurídicas*, pois sendo o conceito de pessoa física uma elaboração normativa e, portanto, diferente do conceito de homem, não há razões para não reconhecê-la como, também, pessoa no sentido jurídico do termo: “como o conceito da chamada ‘pessoa’ física (natural) é apenas uma elaboração jurídica e, como tal, totalmente diferente do conceito de ‘homem’, a chamada pessoa ‘física’ (natural) é, na verdade, uma pessoa ‘jurídica’.” (KELSEN, 2005, p. 139).

Se a pessoa dita natural é também jurídica na proposta positivista de Kelsen, é evidente que a tentativa doutrinária de justificar a “realidade” da pessoa jurídica, comumente tratada como pessoa artificial, se torna uma tautologia jurídica, uma vez que o fundamento do conceito de pessoa funda-se, pois, na idéia de titularidade e qualidade normativa de *algo* ou *alguém* a quem o Direito reconhece a possibilidade de ação dentro de um contexto normativo:

Se, no caso da pessoa jurídica, os direitos e deveres jurídicos podem “ter por suporte” algo que não seja o indivíduo, também no caso da chamada pessoa física o que “serve de suporte” aos direitos e deveres jurídicos e que essas pessoas físicas tem de ter em comum com pessoa jurídica, já que, na verdade, ambas são pessoas enquanto “portadoras” de direitos e deveres jurídicos, pode não ser o indivíduo, pode não ser este o portador em questão, mas algo que o indivíduo possua e que as comunidades a que nos referimos como pessoas jurídicas igualmente possuam. (KELSEN, 2006, p. 192)

Há em toda esta proposta positivista de pessoa e personalidade um suporte funcional do Direito que foi abertamente assumido por Kelsen na medida em que afirma que “os conceitos personalísticos ‘sujeito jurídicos’ e ‘órgão jurídico’ não são conceitos necessários para a descrição do Direito. São simplesmente conceitos

auxiliares que, como o conceito e direito reflexo, facilitam a exposição.” (KELSEN, 2006, p. 189). Se o critério de funcionalidade é essencial neste sentido, a descrição do conceito de pessoa cabe à Ciência do Direito, na medida em que articula a funcionalidade do sistema.

Ao Direito cabe a determinação de deveres jurídicos e direitos subjetivos que são pressupostos para a definição da pessoa *no Direito*. É da unidade destes deveres e direitos que se forma uma pessoa, na medida em que o ordenamento reconhece na conduta dos indivíduos o conteúdo destes deveres e direitos.

Respaldo na compreensão de Kelsen acerca da personalidade jurídica, Eduardo García Maynez (1956) reconhece que no Direito dá-se o nome de sujeito ou pessoa a todo aquele capaz de ter faculdades e deveres. Assim, afirma que as pessoas jurídicas se dividem em dois grupos: a *pessoa jurídica individual* e a *pessoa jurídica coletiva* (MAYNEZ, 1956, p. 271). Independentemente de se referir ao indivíduo humano, a personalidade atribuída a ele pelo ordenamento jurídico como capacidade de ter faculdades e deveres é jurídica e não natural, como proposto por Savigny.

Neste aspecto é preciso recorrer à formulação teórica de Kelsen e concordar com Maynez com o propósito de admitir que no Direito a pessoa, seja ela individual ou coletiva, é sempre jurídica, uma vez que afastada de qualquer referência normativa a mesma não existiria como portadora de uma personalidade jurídica. Entretanto, na busca pela pureza do Direito e respaldado em um pragmatismo positivista, Kelsen dissociou a idéia do subjetivo e do objetivo pondo-os como realizações estanques, de modo que a verificação do conteúdo do dever jurídico e do direito subjetivo parte da norma (objetivo) para a ação humana (subjetivo). Neste sentido, afirma que “não é o indivíduo que tem direitos e deveres mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo.” (KELSEN, 2006, p. 193)

Do mesmo modo que a pessoalidade (pessoa para o Direito) é uma realidade relacional-processual, a personalidade jurídica (pessoa no e pelo Direito) também o é. Portanto, a efetivação da personalidade jurídica em uma relação normativa não decorre da pré-compreensão de deveres jurídicos e direitos subjetivos, como postos de antemão, mas se abre a um universo de possibilidades jurídicas em que deveres e direitos, correlatos ou não, são construídos, argumentativamente, em cada caso

concreto a partir da ação do indivíduo. É uma constante relação que se desdobra em cada caso concreto.

4.3 Perspectiva crítica de Lúcio Antônio Chamon Júnior

De acordo com Lúcio Chamon, a noção de personalidade jurídica no discurso da práxis jurídica, e de sua problematização teórica, sempre esteve atrelada à idéia de capacidade de direito (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 143). E isto pode ser percebido com bastante clareza na tese defendida por Savigny na medida em que sustenta que a possibilidade de a pessoa jurídica ter personalidade jurídica assenta-se no fato dela ser dotada de capacidade de possuir bens.

Savigny dá maior ênfase a uma perspectiva moralizante da personalidade jurídica ao compreender que a pessoa coletiva trata-se, na verdade, de uma pessoa fictícia com capacidade também fictícia. E a razão desta ficção jurídica da pessoa coletiva está no fato desta não existir naturalmente como o indivíduo humano existe e não ter uma capacidade jurídica natural como este tem. “A artificialidade da ‘capacidade jurídica’ da pessoa jurídica se centraria mais, e acima de tudo, no fato de o homem, enquanto dotado de uma autonomia moral, ser reconhecido como pessoa natural.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 144)

Tradicionalmente, a concepção de personalidade jurídica sempre esteve respaldada em uma perspectiva positivista-funcional. Comumente se afirma que a personalidade jurídica é determinada pelo Estado todas as vezes que estabelece quem são os entes capazes de direito. Em Savigny, mais uma vez, tal fato é posto em evidência quando afirma que a razão desta autorização estatal assenta no fato de haver maior controle sobre os atos da pessoa coletiva, evitando assim abusos.

Criticando tal perspectiva, Lúcio Chamon (2006) questiona se realmente seria o Estado quem determinaria o Direito na Modernidade, e se seria ele capaz de fazer referência a toda a práxis jurídica. Para Chamon, a personalidade jurídica não pode ser pensada fora da argumentação jurídica.

Não se trata de um simples conceito estabelecido em um preceito normativo adequável apenas aos casos específicos determinados pela Lei. Atualmente, o que se vê é que a concepção de personalidade jurídica “está por demais carregada de

argumentos morais/ontológicos que, por força da tradição, vem se perpetuando na *práxis jurídica*.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 145)

O que pretende Lúcio Chamon é afirmar que se não há qualquer personalidade fora da argumentação, a personalidade jurídica é um *centro de imputação de direitos e deveres*, pois se a noção de personalidade jurídica foi construída na argumentação, o fundamento de tal conceito é encontrado na própria argumentação enquanto *referenciais para imputação de direitos e deveres* (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 145).

Assim:

O fato de interpretarmos a noção de “personalidade” como referencial para a *imputação problematizada argumentativamente, em face de uma situação jurídica também recortada na argumentação*, descarrega toda e qualquer pretensa argumentação moral e também meramente funcional em seu reconhecimento. Tal referência para a imputação há que ser problematizada e enfrentado tanto em termos funcionais – e de sua relevância na argumentação – quanto também em termos de validade – argumentativamente construída! (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 145)

A partir desta perspectiva, Lúcio Chamon assume que o conceito de pessoa – e aqui certamente refere-se ao conceito de pessoa a partir da Teoria do Direito – não pode ser jogado para fora do Direito nem tampouco ser compreendido como uma realidade *ex ante*. Desta forma,

[...] a noção de pessoa é determinada no interior da própria *práxis*; a *praxis* é quem mesmo constrói os seus referenciais de imputação de direitos e deveres formando, assim, juízos de imputação problematizáveis não só no que tange ao seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades, ou não liberdades, envolvidas. Isto nos leva a concluir que o Direito trata-se de um sistema operacionalmente aberto e fechado: enquanto construção de uma *práxis* o Direito, ao mesmo tempo que funda a si mesmo, mantém-se aberto ao pano-de-fundo que nosso mundo-da-vida moderno constitui. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 146)

A reviravolta argumentativa pela qual passou a Teoria Geral do Direito serviu para colocar em questionamento vários institutos jurídicos que há muito tempo vem sendo aplicados de forma aproblemática. A partir de novas compreensões de direito subjetivo, de relação e situações jurídicas, fica evidente que a noção clássica de personalidade jurídica a ele ligada apresenta importantes mudanças interpretativas. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves apresentam esta mudança conceitual ao afirmarem que

A noção naturalizante da personalidade perpassou o fundamento jusnaturalista ao juspositivista, chegando ao nosso tempo com força respeitável. O Estado Democrático de Direito reconhece que o ordenamento jurídico só ganha sentido num contexto lingüístico; descrições adquirem sentido tão-somente na argumentação, mas parece que nossa Ciência do Direito disso têm se esquecido. Afirmações de que a personalidade é inerente, natural ou consentânea à própria realidade humana reduzem o Direito à esfera moral. (SÁ; NAVES, 2006, p. 26)

Neste aspecto, o estudo da personalidade jurídica não deve restar-se adstrito a uma análise meramente descritiva ou objetiva dos fatos que se perfazem na *práxis jurídica*. Foi-se o tempo em que a postura do estudioso do Direito restringia-se apenas a uma análise empírico-descritiva dos fenômenos sociais que reclamavam respostas normativas. Hoje, ao contrário, o estudioso do Direito deve assumir postura ativa no processo argumentativo de reconstrução do Direito a partir da necessidade de conjugação entre teoria e prática. O estudo do Direito deve ser, pois, crítico-discursivo.

Na Teoria Geral do Direito, o apego a vários conceitos rigidamente formulados fez com que a racionalidade normativa de alguns institutos jurídicos ficasse perdida. E um destes institutos é a personalidade jurídica.

Poder-se-ia fixar um “procedimento adequado” para a constatação da personalidade jurídica? Estaria a construção da personalidade jurídica subordinada meramente ao arbítrio do legislador?

O Direito enquanto Ciência Social aplicada não se realiza a partir de uma perspectiva abstrativa, de situações “*ex ante*”, mas sim sobre situacionalidades concretas que se fazem e refazem nos contextos de partilha e convivência intersubjetiva. A realização do Direito se dá em situações concretas, em que problemas são argumentativamente revolvidos e categorias jurídicas reinterpretadas e reaplicadas de acordo com o contexto social de operacionalidade da norma jurídica.

Neste sentido, a posição assumida pela pessoa no e para o Direito como titular e executora de uma personalidade jurídica deve ser compreendida como participante operacional do propósito social desenvolvido pela norma jurídica.

Lúcio Antônio Chamon Júnior defende a tese de que a personalidade jurídica deve ser compreendida como um “centro de imputação de direitos e deveres”

(CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 145), que não pode ser fixada como categoria *a priori*, mas sim buscada na *práxis*, em cada situação jurídica.

Trata-se da construção do referencial subjetivo da situação jurídica a partir de cada caso concreto, que não se confunde com a perspectiva da personalidade aqui exposta. A personalidade jurídica é, pois a qualificação construída e reconstruída na *práxis* do Direito, como um centro referencial para a imputação de direitos e deveres.

Estando a identificação da personalidade jurídica aberta a situações jurídicas possíveis, várias indagações decorrem da análise de casos concretos em que determinados seres, não necessariamente humanos, muitas vezes humanos não nascidos, podem ser referencial de imputação normativa e deter personalidade jurídica, ainda que a Lei assim não determine. Deste modo, a primeira conclusão a que se pode chegar a respeito do assunto ora tratado é que a personalidade jurídica não pode ser analisada de modo *aproblemático*.

E não podia ser outra a primeira problematização a ser feita sobre o tema senão a que se refere à personalidade jurídica do nascituro. Seria ele portador de personalidade jurídica?

Primeiramente, é preciso esclarecer que *nascituro* se refere a todos aqueles entes não-nascidos, mas que estão em processo vital de desenvolvimento em local propício: o útero feminino. Assim, exclui-se da presente discussão os embriões não implantados no útero, cuja fertilização tenha se dado *in vitro* e que, portanto, precisam de um *ato médico* para potencializar o desenvolvimento.

Dispõe o art. 2º do Código Civil brasileiro que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Estaria a Lei civil condicionando a concessão da personalidade jurídica ao nascituro apenas se este nascer com vida?

Pelos dizeres do Código Civil, vê-se claramente que a personalidade civil começa do nascimento com vida, mas direitos do nascituro são resguardados desde a sua concepção. Não diz o Código claramente se o nascituro tem ou não personalidade jurídica.

Visando resolver esta pendência, a teoria civilista dividiu-se. Para os adeptos da *teoria natalista*, a personalidade civil é concedida apenas ao ente que nasceu vivo. Antes disto, o nascituro não tem personalidade jurídica, pois não é pessoa. Neste sentido, segundo Pontes de Miranda: “no útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter

sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa) [...] Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 162).

Para os defensores da *teoria concepcionista*, a lei protege o nascituro, atribuindo-lhe o *status* de sujeito de direito. Neste sentido, Limongi França assevera que “juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’ [...]. Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade” (FRANÇA, 1996, p. 50).

Será que a resposta para saber se o nascituro tem ou não personalidade jurídica está nos extremos nos quais repousaram as teorias concepcionista e natalista?

Se a personalidade jurídica implica em um centro de imputação normativo, o nascituro *pode*, a princípio, ter personalidade jurídica a partir do momento em que, na práxis jurídica, se configure como um referencial de imputação normativo. E o Código Civil brasileiro favorece tal possibilidade, uma vez que o nascituro pode receber doações (art. 543 CC), tem a capacidade de adquirir por testamento (art. 1798 CC), e pode ser responsabilizado ao cumprimento de determinadas obrigações. Nas ponderações de Lúcio Antônio Chamon Júnior:

Bem como também quaisquer deveres que tenham por referencial situações jurídicas em que o nascituro se apresenta como central na argumentação de imputação – tal como um tributo incidente sobre os bens a ele destinados – jamais haverão que ser interpretados como deveres imputados (referenciados) aos pais – ainda que, enquanto representantes legais, tenham o dever de proceder ao cumprimento daquele. Isto porque o nascituro pode, pois, se configurar como um centro, um referencial de imputação não só de direito mas também de deveres. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 146)

Não diferentemente, acerca da personalidade jurídica do nascituro, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato concluem que,

[...] a personalidade não é algo natural ao homem, como aptidão inerente ao ser humano para ser sujeito de direitos e deveres, mas um referencial de imputação construído na práxis jurídico-discursiva (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 149). Ninguém é ontologicamente pessoa; não há uma essência do ser que o torne pessoa no mundo jurídico, mas uma construção histórico-argumentativa a partir de uma situação jurídica concreta. [...] Se o direito subjetivo não paira sobre nós, mas é alcançado argumentativamente, não precisamos recorrer àquelas teorias (natalista, personalidade condicional ou concepcionista) para atribuir personalidade ao nascituro. Este, como

referencial de imputação, pode participar de situações jurídicas, e é isso que lhe confere personalidade. (SÁ; NAVES, 2006, p. 31)

Outra questão problematizada que poderia ser discutida é a (im)possibilidade de a pessoa jurídica *não registrada* ter personalidade jurídica. Como indagou Lúcio Chamon, “será que o registro da pessoa jurídica *transforma* a argumentação?” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 146)

A personalidade jurídica não é fruto do registro civil, mas sim da sua manifestação enquanto pessoa nas situações jurídicas na qual se apresenta como ser passível de direitos e deveres. Ainda que não registrada, a pessoa jurídica pode integrar quaisquer pólos de situações jurídicas relacionais, além de se estabelecer em situações jurídicas uniposicionais. Neste aspecto, conclui Chamon Júnior que:

Obviamente que o registro insere à sociedade situações jurídicas capazes de, concretamente, gerar direito e deveres: mas isto não implica no reconhecimento de uma “capacidade abstrata”; antes no preenchimento de certos requisitos configuradores de determinadas posições legítima e concretamente problematizáveis. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 147)

Em determinados casos, até mesmo as universalidades de fato podem ter personalidade jurídica, apresentando-se como referencial de imputação normativa. Em recente julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais enfrentou questão interessante, que pode ajudar a compreensão da problemática aqui referida.

Em uma determinada universidade no Estado de Minas Gerais, os formandos se reuniram e instituíram uma Comissão de Formatura. Por razão litigiosa qualquer, as alunas integrantes da Comissão de Formatura propuseram, em nome próprio, ação com pedido de rescisão contratual em desfavor da empresa contratada para o cerimonial. Em primeira instância, o processo foi extinto sem resolução de mérito face à constatação de ilegitimidade ativa, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

Levada a questão ao TJMG, as alunas recorrentes defenderam ser legítimas para integrarem o pólo ativo da demanda, uma vez que a Comissão de Formatura foi instituída sem qualquer formalidade, não apresentando qualquer ato constitutivo. Se isto não bastasse, disseram que no Contrato que pretendiam rescindir havia direitos e obrigações impostas às recorrentes e não à Comissão de Formatura.

Diante da situação, o Relator do recurso manteve a sentença de primeira instância, respaldando os seus argumentos na existência da capacidade postulatória

da Comissão de Formatura e na impossibilidade das recorrentes pleitearem direito alheio em nome próprio (art. 6º, CPC). Diz o Relator do recurso que ficou evidente que o negócio jurídico objeto da contenda foi celebrado entre a empresa responsável pelo Cerimonial e a Turma de formandos, naquele ato, representada pela Comissão de Formatura, ficando as recorrentes responsáveis subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações assumidas pela Comissão de Formatura. Deste modo, asseverou o julgador que “se o próprio contrato contém distinção formal de responsabilidades para a ‘Comissão’ e as Recorrentes, conferindo à primeira o status principal, cabendo às últimas responder na sua omissão, está nítida eleição contratual do titular dos direitos e deveres convencionados” (MINAS GERAIS, 2008).

Embora possível e com razões jurídicas para tanto, o Relator não assumiu a possibilidade de a Comissão de Formatura ter personalidade jurídica, mas apenas deu à mesma a possibilidade de deter a capacidade postulatória atribuída às sociedades de fato, nos termos do art. 12, VII do Código de Processo Civil, além de considerá-la uma universalidade de fato, capaz de integrar situações jurídicas relacionais:

Não se perca de vista que, em relação ao conjunto dos estudantes que deliberaram por sua criação fática, a "Comissão de Formatura" passa a integrar relações jurídico-materiais como uma universalidade de fato, sendo que o conjunto de seu acervo (formado pela contribuição pecuniária dos instituidores) pode ser objeto de relações jurídicas próprias, nos termos do art. 90 do NCC. (MINAS GERAIS, 2008)

Diante de todos qualitativos jurídicos que foram reconhecidos à Comissão de Formatura poder-se-ia atribuir a ela neste caso específico *personalidade jurídica*? Se ela foi reconhecida como uma universalidade de fato com capacidade postulatória, capaz de integrar situações jurídicas relacionais, será que faltaria um registro – um ato formal qualquer – ou algo semelhante para o reconhecimento da personalidade?

Por fim, pode-se concluir que na perspectiva de Lúcio Chamon, ora tomada em consideração, todos os referenciais para imputação dos direitos e deveres não que ser tomados a sério na argumentação jurídica. Isto porque a argumentação é constitutiva tanto da própria práxis jurídica como também da personalidade jurídica. Não é em toda e qualquer situação jurídica que o nascituro, a pessoa jurídica não registrada ou a comissão de formatura será referencial para a imputação de direitos e deveres e assim terá personalidade jurídica.

Destarte, se os referenciais de imputação normativa são construídos na argumentação jurídica, a análise particularizada do caso concreto é fundamental para a constatação da personalidade jurídica, razão pela qual o capítulo que se segue é dedicado a uma proposta hermenêutica para melhor compreensão da personalidade jurídica como referencial de imputação de direitos e deveres.

PESSOAS:

**A CO-RELAÇÃO ENTRE AS COORDENADAS DA PESSOALIDADE E AS
COORDENADAS OPERACIONAIS DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

1. A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL ENTRE A PESSOALIDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA

O Direito Civil enquanto produto de uma constante prática dialética, histórico-social e cultural partilha de forma imediata problemas decorrentes das possibilidades conceituais do termo pessoa.

Foi com o propósito de melhor compreender tais possibilidades que no presente trabalho se utilizou a diferenciação metodológica e interpretativa entre as *dimensões reflexivas da racionalidade* que pressupõe um conceito de pessoa para o Direito, isto é, a condição de ser pessoa e construir uma *peçoalidade* juridicamente tutelada - efetivada, e as *dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito*, o que pressupõe um atributo normativo de construção de uma *personalidade jurídica*, que não fica adstrita tão somente ao indivíduo humano, mas estende, na medida em que compreende todo alguém ou algo que assume a posição de sujeito jurídico, Trata-se, portanto de uma qualificação conferida pelo Direito.

Ser pessoa em um contexto jurídico, pois, pode refletir tanto os atributos de uma *peçoalidade* livre e intersubjetivamente construída por *alguém*, quanto os atributos normativos de *algo* ou *alguém* a quem o Direito concede a possibilidade de *agir* em situações jurídicas e, assim, também, ter *personalidade jurídica*.

A *peçoalidade* é uma construção interdependente ao Direito, uma vez que a partir da relação entre o eu e o não-eu, o Direito desempenha papel constitutivo da *peçoalidade*, pois o seu propósito neste particular é garantir a efetividade da liberdade na qual se centra a construção da *peçoalidade*. Por outro lado, a *personalidade jurídica* está estritamente vinculada a situações jurídicas determinadas ou determináveis, razão pela qual é dimensão operacional existente a partir da Teoria do Direito, dela construída e dependente.

Seja nas dimensões da *peçoalidade*, seja nas dimensões operacionais da *personalidade jurídica*, o indivíduo humano é tido como *elemento referencial*, pois é ele o responsável pela afirmação e pelo reconhecimento dos outros com quem age em contextos intersubjetivos.

As normas jurídicas visam efetivar as possibilidades da pessoa em ambos aspectos aqui apresentados e realizar os objetivos por ela assumidos em suas

experiências subjetivas e intersubjetivas. Assim, tem-se, por exemplo, que antes mesmo do nascimento biológico da pessoa humana o Direito estende a ela uma série de situações jurídicas possíveis. Não no sentido de haver uma pessoa futura com expectativas de direitos, mas uma subjetividade jurídica que se faz presente na argumentação enquanto titular de personalidade jurídica⁷⁵.

Nascida a pessoa, continua o Direito a percorrer toda a sua existência, assegurando a sua inserção em vínculos relacionais como é o caso da função sócio-integrativa promovida pelo negócio jurídico, a afirmação sócio-econômica proporcionada pelo desenvolvimento da atividade empresária, o estabelecimento da família como fruto de uma relação sócio-afetiva, até culminar na morte, quando então o Direito “termina” o seu dever para com ela destinando o seu patrimônio, conforme assegura a lei civil.

O mesmo ocorre com os entes os quais, embora não sejam indivíduos humanos, o Direito reconhece como pessoa, capaz de construir uma identidade com quase todas as manifestações sócio-jurídicas da pessoa humana.

Assim, é preciso compreender o Direito como um sistema coerente que reconhece estas duas formas de manifestações de pessoa, sem ter a pretensão de humanizar o sistema a partir de uma perspectiva preponderantemente relativista e axiológica. Compreender o sistema de Direito a partir de uma perspectiva relativista é estancar possibilidades efetivas do Direito, e restringi-lo a uma determinada situação engessada que impede o reconhecimento e a realização de todas as suas possibilidades enquanto um sistema aberto, em constante processo de construção e reconstrução.

O que se pretende com tais refutações é assumir uma coerência do sistema de Direito e reconhecer a realidade na qual as normas jurídicas são aplicadas como fruto de uma história social incorporada e também realizada pelo sistema, mas que não está acabada – é uma constante! Assim, nada melhor, pois, que começar pela análise da pessoa a partir do Código Civil.

A lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916 instituiu o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil que vigeu até princípio de 2003, quando entrou em vigor a lei

⁷⁵ É o que ocorre, por exemplo, quando ao nascituro se permite seja feita qualquer doação, desde que aceite pelo seu representante legal – art. 542 do CC/02: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”; ou quando pode o nascituro ser representado por um curador na defesa dos seus interesses em casos de conflito com os da mãe ou em caso de incapacidade desta, o pai estiver falecido ou não ser conhecido – art. 1779 do CC: “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

10.406 de janeiro de 2002 que instituiu o atual Código Civil brasileiro. Dispunha o artigo 1º do Código Civil de 1916 (CC/16) que o seu objeto de regulação eram os direitos e obrigações de ordem privada, concernentes às *peessoas*, aos bens e às suas relações.

O substantivo pessoa mencionado no referido art. 1º do CC/16 referia-se a todos os seres relacionáveis a quem o Direito Civil possibilitava a atribuição normativa de ser capaz de direitos e obrigações. Tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas estavam incluídas nesta regulamentação, posto que o título I do Livro I (Das Pessoas) do referido Código, relativo à “divisão das pessoas” compreendia dois capítulos: capítulo I: das pessoas naturais e capítulo II: das pessoas jurídicas. Outra não foi a conclusão a que chegou Clóvis Bevilacqua ao afirmar que o primeiro livro da parte geral do Código Civil ocupou-se das pessoas, conceituando-as como seres “[...] *a que se atribui direitos e obrigações*. Equivale, assim, a *sujeito de direitos*.” (BEVILAQUA, 1959, p. 138).

Não diferente é o entendimento dado ao tema pelo tratadista Pontes de Miranda (1954), o qual assegura que para se tratar rigorosamente do conceito de pessoa no Direito é preciso tratar antes do conceito de sujeito de direito, pois “ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito.” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 153). Neste aspecto, o ser pessoa é um fato jurídico possibilitado pelo nascimento do homem que é inserido em uma realidade jurídica.

Tais argumentos, porém, devem ser atualmente compreendidos com certas ponderações pelo fato de, em uma perspectiva jurídica, ser pessoa não é apenas ter a possibilidade de ser sujeitos de direito, mas é *também* ter a possibilidade de se tornar sujeito de direito. O conceito de pessoa não é uma exclusividade da Ciência do Direito e não é desta única e exclusivamente proveniente, mas, ao contrário, é um conceito realizável também pelo Direito, na medida em que exprime tanto as coordenadas de uma personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico, quanto as coordenadas operacionais de uma personalidade jurídica que se move enquanto referencial de imputação normativa, neste aspecto, sujeito de direitos e deveres.

O capítulo I do Código Civil de 1916 foi inteiramente dedicado às pessoas ditas naturais, estabelecendo, de imediato, o art. 2º ser todo *homem* capaz de direitos e obrigações, na ordem civil (BRASIL, 1916). Assim, o que, a princípio, pode-se perceber é que se no art. 1º havia referência à pessoa como uma realidade ampla – natural e jurídica, o art. 2º aparentemente reduziu a abertura daquele

substantivo ao indivíduo humano, enquanto ser integrante de uma espécie determinada: *homo sapiens*.

Porém, segundo Clóvis Bevilacqua o Código denominou o homem *pessoa natural* pelo fato de o indivíduo da espécie “hominal” ser o agente primário e comum do Direito (BEVILAQUA, 1959, p. 138). Não há, neste aspecto, confusão da “naturalidade” legal do homem com a sua “individualidade humana”, pois o fundamento da ligação entre o conceito de homem e o conceito de pessoa natural decorre do reconhecimento da *personalidade* como sendo, puramente, *a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a todos os indivíduos humanos, indistintamente, para poderem exercer direitos e contrair obrigações*. Neste aspecto, afirma Clóvis Bevilacqua que “todo ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos.” (BEVILAQUA, 1959, p. 138)

Para Clóvis Bevilacqua, na abrangência do art. 2º do Código Civil, compreende-se por personalidade jurídica a “concessão” de um *status jurídico* ao indivíduo humano na medida em que a ele é dada a *capacidade* de agir em situações jurídicas. Tanto é que a capacidade jurídica é tida por ele como a “extensão dada aos poderes de ação, *contidos na personalidade*.” (BEVILAQUA, 1959, p. 139, grifos nossos)

Faz-se necessário refutar a concepção de que a personalidade jurídica trata-se de uma *concessão* da ordem jurídica. Ao contrário, como anteriormente trabalhado, *a personalidade jurídica é uma possibilidade exercitável na argumentação por aqueles a quem é permitida a imputação de direitos e deveres*. Sendo assim, não há que se falar em concessão, mas em *possibilidade de construção* na argumentação jurídica.

Na concepção defendida por Clóvis Bevilacqua, o adjetivo *natural* que acompanha o termo pessoa apresenta fundamento *igualitário*, na medida em que se faz impossível não reconhecer personalidade a qualquer homem que seja. Todos, indistintamente, devem ser inseridos no contexto jurídico de realidade compartilhada. E o aspecto positivo deste reconhecimento amplo (*todo homem*) está no fato de se possibilitar a todos os seres humanos a faculdade de ingresso na “cidadela do direito, e oferecer as seguranças da ordem jurídica.” (BEVILAQUA, 1959, p. 139).

Neste sentido, diz Pontes de Miranda que na civilização contemporânea é assegurado a todos os homens que nela nascerem a possibilidade de serem

peças, de modo que ao fato jurídico do nascimento são atribuídos efeitos jurídicos da mais alta significação (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 153). E um destes efeitos é a concessão de personalidade, pois por personalidade tem-se “a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito.” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 153)

Igualmente, Caio Mário da Silva Pereira entende que a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, na medida em que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres (PEREIRA, 2005, p. 213). Assim, a personalidade é a faculdade reconhecida a *todos os indivíduos humanos* como sujeitos das relações jurídicas, independentemente deles terem consciência ou vontade (PEREIRA, 2005, p. 214). Todos, indistintamente, são pessoas e têm personalidade:

A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável. (PEREIRA, 2005, p. 214)

A personalidade possibilitada a todos os homens, segundo Caio Mário, exprime uma conquista da civilização jurídica, já que não se admite a negação da personalidade a qualquer homem que seja, como ocorreu nos tempos em que a escravidão era legitimada pelo próprio Direito (PEREIRA, 2005, p. 213).

Mais uma vez os conceitos de pessoa e sujeito de direito se integram, de modo que se referir a alguém como sujeito de direito é reconhecer-lhe personalidade. Assim, para Pontes de Miranda, a personalidade equivale à capacidade de direito, uma vez que se refere à “capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções.” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 155).

Pelo que foi até aqui exposto, pode-se afirmar que, via de regra, tanto a concepção de uma “*personalidade natural*” (não há homem que não seja pessoa) quanto à concepção de uma “*capacidade de direito*” demonstram a preocupação em se resguardar ao indivíduo humano certas garantias jurídicas tão somente pelo fato deles serem indivíduos humanos. Reconhecer-lhes um atributo de pessoa como

natural e uma capacidade que é de direito significa assegurar-lhes a certa e inabalável participação em uma realidade jurídica, a partir da sua condição *humana*.

Neste sentido, por exemplo, afirma-se que a “capacidade de direito” é atribuída a todo e qualquer indivíduo humano que nasça com vida, uma vez que capacidade surge junto com a personalidade (GOMES, 2006, p. 141). Para Paulo Nader, o simples fato de o indivíduo pertencer à espécie humana basta para reconhecer-lhe capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, de modo que, para ele, a capacidade é atributo essencial da personalidade humana (NADER, 2006, p. 12).

É inegável que na atualidade não se pode admitir que juridicamente haja indivíduos humanos que não tenham capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Como disse Clóvis Bevilacqua, trata-se de reconhecer ao indivíduo humano a possibilidade de participar da cidadela do Direito através da “concessão” da personalidade jurídica. Entretanto, reduzir a idéia de capacidade de direito a uma possibilidade da espécie humana, e assim reconhecê-la como “de direito”, como se supra-legal fosse, é restringir sobremaneira todos os efeitos que o reconhecimento jurídico da capacidade produz na *práxis argumentativa*, inclusive pela possibilidade prática de se reconhecer a capacidade “de direito” a entes e entidades não humanas. E se assim o é, vincular a capacidade jurídica à espécie humana, ainda que em uma simples denominação – “de direito” – é errônea.

Pessoalidade não se confunde com capacidade de direito, pois enquanto a personalidade é interdependente ao Direito (para efetivação), a capacidade de direito e a personalidade jurídica são dele totalmente dependente (para construção). A partir deste argumento, uma série de argumentações doutrinárias merecem ser comentadas.

Afirmou José Jairo Gomes que para que a personalidade civil e a capacidade de direito se perfeçam é necessária a existência de dois requisitos: o *nascimento* e a *vida*. Conseqüentemente, disse ser desnecessária a afirmação de que tanto a personalidade quanto a capacidade de direito são atributos exclusivos dos indivíduos da espécie humana (GOMES, 2006, p. 141). No entanto, não se pode concordar com tal assertiva.

Ora, se a capacidade de direito estaria a necessitar de dois requisitos: nascimento e vida, como reconhecer a capacidade do nascituro em receber doação, por exemplo? Seria uma capacidade sem personalidade?

Como já visto na proposição crítica de Lúcio Chamon acerca da personalidade jurídica⁷⁶, o nascituro pode ter personalidade jurídica na medida em que na práxis argumentativa torna-se referencial de imputação normativa. E assim o é com todos os indivíduos, humanos ou não, a quem a práxis possibilitar ser referencial de imputação normativo. Tanto o conceito de personalidade jurídica quanto de capacidade, e se quiser “de direito”, são realidades jurídicas construídas e reconstruídas na práxis, não estando a pairar sobre as cabeças dos indivíduos humanos.

A pessoa do Código refere-se, sobretudo, ao indivíduo humano, mas não apenas a ele, uma vez que há outras pessoas previstas na lei civil que têm personalidade jurídica, mas não são homens, como é o caso da pessoa jurídica. Para os defensores de uma capacidade de direito e de uma personalidade vinculada à espécie humana, a personalidade e a capacidade da pessoa jurídica são tidas como concessões do Direito. Não naturais, mas proporcionadas. Pedro Pais de Vasconcelos, por exemplo, defende a tese de que tanto a pessoa singular quanto a pessoa, dita por ele, coletiva possuem capacidade de gozo, porém, enquanto a capacidade de gozo da primeira é genérica, a da pessoa coletiva é específica, isto é, limitada pela “natureza das coisas” (VASCONCELOS, 2005, p. 153). Tanto a pessoa singular quanto a pessoa coletiva possuem capacidades limitadas por alguma circunstância jurídica. Não há plenitude da capacidade da pessoa singular tão somente pelo fato dela ser humana.

Como disse Pontes de Miranda, respaldado em uma concepção kelseaniana já exposta no capítulo anterior⁷⁷, o adjetivo “jurídica” empregado para diferenciar a pessoa “coletiva” da pessoa “individual” é usado em sentido estrito, uma vez que tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas são igualmente jurídicas (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 155). Não há uma personalidade natural humana e uma capacidade de direito, tão somente humana. Há uma capacidade e uma personalidade jurídica possíveis de serem efetivadas na práxis jurídica.

Não apenas aos indivíduos humanos o Direito reconhece personalidade, mas inclusive aos demais entes e entidades, seja em se tratando daqueles constituídos por agrupamentos de indivíduos com propósitos econômicos ou sociais (sociedades

⁷⁶ Vide pág. 133 e seguintes.

⁷⁷ Vide item 4.2 sobre a perspectiva positivista de Hans Kelsen sobre a personalidade jurídica.

e associações), seja em razão da destinação de um patrimônio para um determinado fim (fundações) (PEREIRA, 2005, p. 213-214).

Com a vigência do Código Civil de 2002 – lei 10.406/02 – o tratamento legal dispensado às pessoas e a personalidade civil em nada modificou substancialmente. Diferentemente do art. 2º do CC/16 que previa ser *todo homem* capaz de direito e *obrigações* na ordem civil, o art. 1º do CC/02 previu ser *toda pessoa* capaz de direitos e *deveres* na ordem civil. Igualmente, o art. 4º do Código Civil de 1916 que previa que a personalidade civil do *homem* começava do nascimento com vida, também foi parcialmente modificado pelo art. 2º na medida em que passou a constar que a personalidade civil da *pessoa* começa do nascimento com vida, mantendo, no mais, a redação anterior.

Se não fosse pela manutenção da designação “Das pessoas *naturais*” no Título I do Livro I da divisão do Código Civil de 2002 poderia afirmar que se preferiu utilizar o substantivo *pessoa* no lugar de *homem* para melhor aprimoramento técnico do termo utilizado e da abrangência do mesmo às duas categorias de pessoas previstas na lei civil – naturais e jurídicas, uma vez que no Título II dedicado às pessoas jurídicas nada foi dito a respeito da capacidade destas em direitos e deveres na ordem civil. O mais certo, porém, é que a substituição do termo *homem* pelo termo *pessoa* seja uma resposta ao paternalismo incorporado no Código Civil de 1916 (*pater familiae*) como reflexo da realidade social no qual foi elaborado.

Longe de qualquer alteração terminológica pela qual passou a lei civil, o que mudou com bastante ênfase foi o modo como compreender o conceito de personalidade no Direito, notadamente a personalidade das pessoas ditas naturais.

Para além da concepção de personalidade como atributo jurídico “concedido” às pessoas – naturais ou coletivas – que as tornam titulares de direitos e deveres nas relações e situações jurídicas, hoje o que se vê é um fenômeno que pode ser denominado de *humanização* da personalidade jurídica. Não no sentido de que a personalidade seja atribuída ao indivíduo humano pelo fato dele ser agente primário e comum do Direito, como sustentou Clóvis Bevilacqua. Ao contrário, a concepção de personalidade passou a ser enraizada na natureza da espécie humana, como forma de preservação de um *valor jurídico*. *Tal concepção, porém, deve ser revisada.*

Na primeira parte do presente trabalho – dedicado à pessoalidade – ficou registrada uma breve exposição histórico-filosófica demonstrando como a Modernidade enfrentou a valorização da pessoa humana enquanto ser livre, capaz

de pensar, agir, escolher, e assim estabelecer as coordenadas da própria vida. Em um primeiro momento, para a lei civil esta realização pessoal pouco importava de forma imediata, haja vista que embora a pessoa pudesse se realizar através de institutos do Direito, como é o caso da possibilidade de se tornar proprietário e ter assegurado o gozo, uso e fruição da coisa, não era a sua natureza humana que estava sendo resguardada pela lei civil, mas as suas possibilidades enquanto *pessoa de relações sócio-jurídicas*.

Ocorre, porém, que em meados do século XX o Direito foi influenciado por uma revalorização da pessoa humana, que teve como ponto de partida as reviravoltas políticas e econômicas ocorridas no cenário internacional. Após a Segunda Guerra Mundial muitas mazelas sociais ganharam publicidade, apresentando a degradação a que vários indivíduos humanos estavam submetidos, notadamente pelas atrocidades cometidas pelos alemães contra os judeus nos campos de concentração nazista. Tal realidade, além de gerar grande perplexidade social, demonstrou “as insuficiências do positivismo dominante e os perigos dum poder estatal sem limites, ainda que fundado na vontade ou no consentimento das maiorias.” (ASCENÇÃO, 2006, p. 43)

Assim, era necessário garantir a realização plena de cada pessoa assegurando-lhe conteúdos mínimos de *dignidade* que fossem impostos ao próprio Estado e à maioria. E a partir desta realidade o Direito passou a se fundamentar em um conteúdo material central representado pela pessoa humana e todas as suas manifestações existenciais, passível de tutela jurídica para efetivação de uma dignidade estritamente *humana*.

Se os conteúdos mínimos de dignidade da pessoa humana deveriam ser impostos, em um primeiro plano, ao Estado e à maioria, foram as Constituições dos Estados Nacionais que primeiro sofreram as influências desta onda de valorização humana. E a consequência disto foi a exaltação da dignidade do homem como princípio fundamental ou fundamento dos Estados democráticos.

Do âmbito dos Direitos Fundamentais, há tempos previstos nas Cartas Políticas, mas agora revigorados, a valorização da pessoa e sua dignidade influenciaram os demais campos do Direito, chegando com força notável no Direito Privado, sobretudo no que diz respeito à forma de se interpretar o Código Civil e os seus institutos normativos, dentre os quais se destaca a personalidade jurídica.

As pessoas do código passaram a ser vistas não apenas como aquela manifestação de uma *persona* em uma situação jurídica determinada. Agora, a personalidade desenvolvida dentro do sistema de Direito Civil abria espaço para o indivíduo humano e sua dignidade. Mas será que este modo de compreender a pessoa no Direito é adequada?

Sob este enfoque interpretativo e com o propósito de comprovar algumas problemáticas acerca do conceito de pessoa no Direito Civil, destaca-se a conceituação assumida por Paulo Nader (2006) sobre o modo que, segundo ele, deve ser compreendida a pessoa natural do Código. Para o referido autor, a pessoa física ou natural representa *o ser racional que é todo ser humano*, e exterioriza a sua inclinação a viver e participar da sociedade – sociabilidade. Assim, a pessoa “por sua constituição corpórea integra o reino da natureza e se sujeita às leis físicas em geral. O que o distingue, todavia, é a *espiritualidade* – dom divino que o singulariza no conjunto da escala animal.” (NADER, 2006, p. 182)

A partir de sua inclinação pela sociabilidade o homem realiza sua natureza através da ação, conhecendo-se a si próprio e o mundo que o envolve. Portanto, cada ente humano possui a sua personalidade sendo esta expressa pelo “modo individual de ser da pessoa, suas características, seus valores e atitudes.” (NADER, 2006, p. 183)

A partir deste contexto interpretativo de valorização da pessoa humana e da sua dignidade, instaurou-se no Direito Civil uma nova postura argumentativa influenciada pelo *humanismo personalista* do século XX, através do qual se buscou reconstruir o conceito de pessoa e, conseqüentemente, de personalidade jurídica, que será adiante exposto.

2. AS INTERFACES DO HUMANISMO PERSONALISTA DO SÉCULO XX

2.1 Edgar de Godoi da Mata-Machado e o *personalismo jurídico analógico*

No ano de 1953, próximo à comemoração dos cinco (05) anos de existência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Prof. Edgar de Godoi da Mata-

Machado apresentou no concurso de Livre Docência da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas a tese denominada *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, a qual vem sendo reiteradamente aclamada pelos estudiosos dos direitos da pessoa em virtude da preocupação assumida pelo autor em restabelecer a *presença concreta da pessoa humana no dinamismo jurídico*.

Influenciado pelo personalismo-comunitário e pelo tomismo de Jacques Maritain, a tese de Edgar de Godoi pressupõe a existência de uma pessoa que se insere no mundo do Direito e é por este, integralmente, tutelada. A princípio, poder-se-ia afirmar que o *personalismo jurídico* então defendido por Edgar de Godói seria melhor adequado na primeira parte do presente trabalho em que se tratou o conceito de *personalidade*.

De fato, isto seria bem verdade se a proposta do personalismo defendido por Mata-Machado não fosse estendida, *analogicamente*, ao conceito de personalidade jurídica. E isto é posto por ele em relevo no momento em que destaca um “*conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica*” (1954).

De acordo com Mata-Machado, a personalidade civil do homem⁷⁸ é ínsita à qualidade de ser humano, de modo que “*a pessoa natural dos códigos não é simplesmente construção do pensamento jurídico*”, mas “*reflexo da imagem e semelhança de Deus, analogado supremo, Ato puro, em que se realiza, plena e absolutamente, a noção de Pessoa.*” (MATA-MACHADO, 1954, p. 59).

Vê-se, portanto, que a partir desta concepção o conceito de pessoa natural referida tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002 não se trata da pessoa como sendo o agente primário e comum do Direito, enquanto capaz de titularizar direitos e deveres na ordem civil. Compreender a pessoa como reflexo da imagem e semelhança de Deus é atribuir-lhe significado teológico e, sobretudo, naturalizante.

É certo que o conceito de pessoa foi também trabalhado pela tradição cristã de modo a ser utilizado para se referir à realidade de Deus enquanto *persona*, sendo tal conceito posteriormente aplicado à realidade do ser humano e influenciado o estudo acerca da personalidade. Neste sentido, diz Luño Peña que

⁷⁸ O uso do termo “homem” utilizado neste ponto por Edgar de Godói da Mata-Machado se deu em decorrência do então vigente artigo 2º do Código Civil de 1916 que previa que “todo *homem* é capaz de direito e obrigações na ordem civil”. Atente-se que o Código Civil de 2002 foi alterado neste particular, passando a prever que “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”.

o Cristianismo representa e constitui a mais solene proclamação dos direitos da personalidade humana, mediante a idéia de uma fraternidade universal que implica a igualdade de direitos e a inviolabilidade da pessoa com todas as suas prerrogativas, individuais e sociais. (PEÑA *apud* TOBEÑAS, 1952, p. 10, tradução nossa)⁷⁹

Mata-Machado assume abertamente esta postura cristã em sua proposta teórica, a ponto, inclusive, de recorrer à Encíclica Papal *Mystici Corporis Christi*, escrita pelo Papa Pio XII, e afirmar que “sôbre o nosso tema, o documento pontifício projeta esplêndida luz” e que “muito lucrariam os juristas se se detivessem mais em seu exame.” (MATA-MACHADO, 1954, p. 53).

É evidente que a proposta personalista de Edgar de Godoi da Mata-Machado expressou com bastante ênfase o modo como a pessoa humana deveria ser tratada pelo Direito, a partir de um novo contexto sócio-jurídico que repelia qualquer forma de barbaridade cometida contra a espécie humana. Entretanto, aplicar esta perspectiva interpretativa ao Código Civil e atribuir novo significado ao conceito de personalidade jurídica é algo que merece ser cuidadosamente compreendido e com a qual não se pode concordar.

A pessoa referida no Código Civil como passível de ter personalidade jurídica não é àquela “imagem e semelhança de Deus”, mas uma personalidade operacional capaz de agir na persecução de determinadas finalidade sócio-jurídicas.

2.2 O personalismo constitucional de Pietro Perlingieri

Para Pietro Perlingieri (1997) os conceitos de *pessoa humana* e *sujeito de direito* são tratados por duas posições doutrinárias diferenciadas. Uma que os compreende indistintamente, de modo que cada ser humano é pessoa e então sujeito de direito, e outra que os separa na medida em que o sujeito e a pessoa têm âmbitos de aplicabilidade diferenciados.

⁷⁹ “El Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas, individuales y sociales.” (TOBEÑAS, 1952, p. 10)

A disputa existente entre a confluência ou subdivisão dos conceitos de pessoa e sujeito, de acordo com Perlingieri, não marca qualquer progresso perseguido pelo ordenamento jurídico que é a *valorização plena do homem no seu ser e nas manifestações do seu agir*. Porém, esta discussão fortalece a afirmação de que todas as pessoas humanas são sujeitos de direito (PERLINGIERI, 1997, p. 115-116)⁸⁰.

Dispõe o art. 1º do Código Civil Italiano que a capacidade de direito se adquire no momento do nascimento, de forma que, para Perlingieri (1997), isto marca o ingresso do indivíduo no ordenamento jurídico, uma vez que o homem é acolhido em sua plenitude física e psíquica no mundo do Direito e então se torna sujeito de direito.

Contudo, para Perlingieri a capacidade jurídica concebida no nascimento e que torna o homem sujeito de direito não se confunde com a personalidade, uma vez que esta é o aspecto dinâmico garantido ao homem no seu pleno e livre desenvolvimento⁸¹. Fica evidente em Perlingieri a tendência em pontuar a diferença existente entre o aspecto objetivo da pessoa no Direito que se refere à possibilidade de concessão da capacidade jurídica, e o seu aspecto subjetivo que é a pulsão existencial da pessoa humana. Por que não dizer que o sujeito de direito – aquele a quem o direito confere capacidade – tem personalidade?

Respalado em uma perspectiva de “transcendentalização” da personalidade, Pietro Perlingieri (2002) afirma ser a personalidade “não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento)” que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.” (PERLINGIERI, 2002, p. 155-156)

⁸⁰ “Le dispute sulla confluenza o sulla precisa suddivisione delle sfere d'influenza tra soggetto e persona non segnano alcun progresso rispetto al fine, perseguito dall'ordinamento, di valorizzare a pieno l'uomo nel suo essere e nelle manifestazioni del suo agire. In tal modo, però, si ridimensiona l'affermazione che tutte le persone umane sono soggetti di diritto: lo sviluppo storico e lo studio comparatistico degli ordinamenti giuridici dimostrano che il dato non è immutabile e la dottrina ricorre al termine soggetto (anziché a quello di persona), là dove si occupa del fenomeno soggettività in termini di struttura, mentre alla persona riserva un significato più contenutistico”. (PERLINGIERI, 1997, p. 115-116)

⁸¹ “Piú di recente, sulla base di una attenta valutazione del dato costituzionale non soltanto non è lecito confondere la capacità con la personalità (che della persona è l'aspetto dinamico garantito nel suo pieno e libero svolgimento), ma si delinea l'impossibilità di riconoscere all'uomo l'astratta potenziale titolarità senza l'effettiva attuazione dei valori dei quali egli è portatore.” (PERLINGIERI, 1997, p. 121)

Sem ter a pretensão de justificar a posição assumida por Perlingieri, o certo é que a sua postura argumentativa diante de um “Direito Civil Constitucional” levou-o a repensar o instituto da personalidade civil a partir de um *personalismo constitucional* que inflama os ordenamentos jurídicos pós-guerras mundiais, inclusive o italiano. Neste sentido, previu o art. 2º da Constituição Italiana que:

A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social. (ITÁLIA, 2003, tradução nossa)⁸².

Assim, revolvendo tal dispositivo constitucional sob uma ótica civilista, Perlingieri assume a tarefa de reconstruir o conceito de pessoa e aplicar o “valor” daí decorrente à personalidade, criticando-a na medida em que não se trata de um direito, mas sim um valor. Deste modo, afirma que:

Nos conceitos de “direitos invioláveis do homem”, de “pessoa”, de “deveres inderrogáveis de solidariedade”, aos quais o art. 2 Const. faz referência, verifica-se a influência do personalismo e do solidarismo de tipo católico e, em tal perspectiva, tenta-se reconstruir o conceito de “pessoa”, ou melhor, de “valor” da pessoa. (PERLINGIERI, 2002, p. 35)

Realmente, após as grandes guerras mundiais as ciências em geral se voltaram com mais vigor para a proteção do ser humano, visto não somente como um dado ontológico, mas, sobretudo, axiológico. A preocupação em se tutelar integralmente a espécie humana invadiu a Ciência do Direito, fazendo com que aqueles conceitos estritamente jurídicos de pessoa e personalidade fossem reinterpretados a partir de uma idéia apriorística e complexa de pessoa humana. Todavia, este modo interpretativo deve ser detidamente analisado, buscando-se manter a integridade e a coerência do sistema normativo, enquanto um sistema que está em constante processo de releitura de si mesmo.

Se há uma pessoa que se move no Direito, reconstruindo-o e reinterpretando-o a partir de relações sociais das quais é autora, é preciso superar qualquer distinção que tenda a reconhecer um aspecto objeto (capacidade) e um aspecto subjetivo (personalidade) da pessoa, posto ser ela um todo que se faz tanto no

⁸² “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” (ITÁLIA, 2003)

momento em que constrói a sua personalidade com o outro, quanto em suas relações sócio-jurídicas momento em que se apresenta como titular de direitos e sujeita a deveres.

3. OS “DIREITOS DA PERSONALIDADE”: A CONSUMAÇÃO DO PERSONALISMO NO CÓDIGO CIVIL?

A previsão no Código Civil de direitos denominados de “Direitos da Personalidade” representa a consolidação do personalismo na lei civil? Esta é uma pergunta que proporciona uma série de controvérsias entre os estudiosos que se dedicam à análise da pessoa, da personalidade jurídica e dos Direitos da Personalidade.

Da mesma forma que o estudo do conceito de pessoa é uma das matérias mais árduas da Ciência do Direito, o estudo dos Direitos da Personalidade percorreu o mesmo caminho controverso, haja vista que, como afirmou José Castan Tobeñas, apesar da literatura sobre o tema ser muito extensa, “[...] a elaboração doutrinal desta teoria é todavia muito imperfeita, e reina grande disparidade de opiniões sobre os caracteres, conteúdo e mesmo a admissão desta classe de direitos.” (TOBEÑAS, 1952, p. 12, tradução nossa)⁸³.

De acordo com José de Oliveira Ascensão, os Direitos da Personalidade surgiram com respaldo teórico-filosófico na concepção oitocentista de Direitos do Homem, apresentando-se como derivação destes. Entretanto, foi no humanismo personalista advindo das mazelas sociais originadas da Segunda Guerra Mundial que teve o seu ponto mais alto (ASCENÇÃO, 2006, p. 51). Neste aspecto, diz César Fiuza que “a porta de entrada dos direitos da personalidade foi o Direito Público, procurando dar proteção ao homem, principalmente diante do Poder.” (FIUZA, 2007, p. 170)

Assim, o que se afirma é que a fundamentação histórica dos Direitos da Personalidade é a mesma dos Direitos Fundamentais consagrados nas

⁸³ “[...] la elaboración doctrinal de esta teoría es todavía muy imperfecta, y reina gran disparidad de opiniones en cuanto a los caracteres, contenido y admisión misma de esta clase de derechos.” (TOBEÑAS, 1952, p. 12)

Constituições democráticas do pós-segunda guerra, pois foi no período posterior à Segunda Guerra Mundial que se encontravam em voga os ideais de construção de um núcleo de Direitos Humanos e Fundamentais (GOMES, 2006, p. 182-183). Luiz Edson Fachin afirma que

O estabelecimento e a previsão legal dos direitos tidos como da personalidade se deram, essencialmente, nas constituições do pós-guerra, que passaram a adotar uma perspectiva de proteção integral da pessoa humana e que, por consequência, abrange a personalidade. (FACHIN, 2006, p. 45)

Pelo fato de terem sido compreendidos como uma derivação dos Direitos do Homem, os Direitos da Personalidade passaram a ser estudados a partir de uma compreensão compartilhada com os Direitos Fundamentais assegurados nas Constituições dos Estados democráticos. E a razão disto, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, reflete um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira que perde as características essencialmente patrimonialistas do Código Civil de 1916 para se ocupar substancialmente do indivíduo humano, em sintonia com o “espírito” da Constituição da República de 1988 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 143).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, os fundamentos do Estado brasileiro foram redefinidos, sendo que os Direitos Fundamentais receberam grande notoriedade no cenário social, político, econômico e jurídico do país. Grande importância foi dada ao fundamento republicano da dignidade humana erigido no art. 1º, III da Constituição, uma vez que nele se concentrou toda uma gama de possibilidades de proteção integral da pessoa humana.

No cenário jurídico, o Direito foi direcionado a *efetivar* a tutela exigida pela pessoa humana no resguardo dos seus direitos e garantias. A partir de então, o que estava em jogo não era apenas o resguardo de direitos e garantias individuais na relação horizontal existente entre o indivíduo humano e o Estado, mas a efetivação destes direitos e garantias em qualquer relação que indivíduo humano pudesse estabelecer, inclusive aquela com os seus pares, denominada de relação vertical. O Direito Civil, neste aspecto, foi imediatamente influenciado por esta perspectiva, uma vez que a dignidade humana constitucional passou a refletir sobre ele forte influência normativa, o que foi compreendida a partir de uma perspectiva preponderantemente axiológica, como sustentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2004).

O foco desta influência foi para muitos o estabelecimento dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. Neste sentido, assegura Eroulths Cortiano Júnior que “a tábua sistemática de proteção à dignidade humana, dentro do direito privado, configura-se justamente nos chamados direitos da personalidade.” (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 42). Não diferentemente, Judith Martins-Costa, com base na concepção de Pietro Perlingieri de que a personalidade não é um direito mas um valor, defende que os Direitos da Personalidade revelam para o Direito Civil o núcleo da sua dimensão existencial, uma vez que “são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a *persona humana*, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 69)

Indo além, Fachin (2007) assume que a previsão normativa dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002 foi uma opção do legislador ordinário, o que parecia ser dispensável, uma vez que a Constituição de 1988 já resguardava e protegia integralmente a pessoa humana, o que pressupõe, por consequência, o resguardo dos seus correlatos Direitos de Personalidade por meio do exame sistemático da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais.

Todavia, diz Fachin, que se o legislador optou pela previsão dos Direitos da Personalidade no Código Civil, evidentemente, não é possível fazer uma análise de tais direitos desvinculada do exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos. Assim, afirma ser impossível uma visão puramente privatística de Direitos da Personalidade, desvinculada dos Direitos do Homem, de modo a ser imprescindível “um exame acurado da fundamentação da dignidade da pessoa humana que subjaz aos direitos da personalidade.” (FACHIN, 2007, p. 46)

J. J. Gomes Canotilho, por outro lado, restringe a correlação entre os Direitos da Personalidade face aos Direitos Fundamentais, assegurando que muitos Direitos Fundamentais são Direitos da Personalidade, mas nem todos os Direitos Fundamentais são Direitos da Personalidade (CANOTILHO, 2003, p. 396).

É inegável reconhecer que o Código Civil de 2002, embora tenha passado por uma longa tramitação no Congresso Nacional – desde 1975, trouxe para o Direito Civil uma contextualização histórica, política e social da realidade brasileira, em comparação com o vigente Código Civil de 1916 que irremediavelmente expressava valores de uma sociedade na qual foi estabelecido.

Ter a Constituição de 1988 instituído a dignidade humana como fundamento republicano é algo de notável reconhecimento jurídico, inclusive sendo ponto de partida para a releitura de vários institutos do Direito que não comungavam, e muitos ainda continuam a não comungar, com a abertura existencial que a dignidade humana proporciona.

Não se trata, porém de reconhecer a dignidade a partir de uma perspectiva axiológica que consagra na Constituição republicana a sacralidade da natureza da espécie humana. Ao contrário, a dignidade humana só se efetiva em um processo democrático que permita a sua realização. É, antes de qualquer coisa, favorecer meios para que o indivíduo humano, sujeito de relações sócio-jurídicas, afirme a sua autonomia e implemente as suas escolhas enquanto ser livre. A relevância da escolha do indivíduo, neste aspecto, é essencial.

Trazer a dignidade humana para o Código Civil é exigir e efetivar uma interpretação constitucionalizada das normas vigentes no Direito Civil a partir de uma compreensão compartilhada de direitos, sobretudo no que diz respeito aos Direitos Fundamentais. Trata-se de reconhecer e efetivar uma autonomia privada plena, que possibilita que o indivíduo assuma, ele próprio, as coordenadas da própria vida, seja em se tratando da personalidade, seja da personalidade jurídica.

Não obstante, o estudo sistematizado do Direito Civil, qual seja, a dogmática civil busca uma coerência de pretensões interpretativas que deve ser resguardada, razão pela qual a análise dos Direitos da Personalidade deve ser feita na medida em que seja mantida esta coerência. O que se pretende afirmar com tal resguardo é que se apresentam de todo apressadas afirmações no sentido de que “*a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem.*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 143)

O Código Civil de 2002 dedicou inteiramente o capítulo II do título I (Das pessoas naturais) do Livro I (Das pessoas) aos chamados “*Direitos da personalidade*”. Tal capítulo compreende os artigos 11 ao 21 do Código nos quais, resumidamente, destaca-se a tutela do corpo, do nome, da imagem e da vida privada.

É simplória a pretensão de que tais dispositivos normativos promovam integralmente a pessoa humana no Direito Civil, haja vista que a efetivação da pessoa é algo que extravasa qualquer restrição posta pela norma jurídica. E para

tanto basta compreender o caráter construtivo da personalidade tratado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Para aqueles que defendem que os Direitos da Personalidade derivam do fundamento constitucional da dignidade humana conclusão outra não se chegou senão a de que tais direitos elencados no Código Civil não são taxativos, mas apenas exemplificativos, haja vista ser impossível resumir em tais dispositivos as várias situações existenciais nas quais se manifesta a pessoa humana. Neste aspecto, afirma Judith Martins-Costa que esta compreensão não-taxativa mantém aberta a possibilidade de se alcançar a idéia de personalidade como um todo, isto é, “um complexo multifacetado, singular e unitário [...] merecedor de garantia e tutela no seu particular modo de ser e em todos os variados aspectos que a singularizam.” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 78). Assim é que se fala atualmente em um Direito Geral de Personalidade.

Para Eroulths Cortiano Júnior, a necessidade de uma proteção genérica da personalidade humana advém do período pós-guerra, quando se buscou efetivar a tutela jurídica de um “direito geral de personalidade” (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 47). Conceber a existência de um direito geral de personalidade implica afirmar a existência da pessoa enquanto princípio, meio e fim do Direito, e não apenas do Direito Civil. Neste sentido, conforme afirma Rabindranath Capelo de Sousa:

Dir-se-á que a pessoa é o homem, que este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da tutela geral de personalidade e que, mesmo de um ponto de vista jurídico, é *dele* que deve partir o pensar jurídico da tutela geral de personalidade, é *nele* que se deverá basear a juridicidade e o sentido de uma tal tutela e será *para ele* que se preordenará a regulamentação jurídica da tutela geral de personalidade. (SOUSA, 1995, p. 15)

O presente trabalho foi dividido inicialmente em duas posições introdutórias nas quais se buscou trabalhar detidamente os conceitos de personalidade e personalidade jurídica. Em ambas as posições viu-se que a pessoa humana ocupa lugar central na conceituação proposta, muito embora possa não estar tão somente restrita a ela.

Deste modo, o que se buscou demonstrar foi que o conceito de pessoa, de um modo geral, pode ser estudado no Direito a partir de duas perspectivas diferentes. A primeira diz respeito à pessoa enquanto uma realidade relacional-processual construída livremente pelo indivíduo humano em um contexto social de

intersubjetividade. Trata-se da construção da *personalidade* aqui compreendida como produto da ação do homem na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Por outro lado, a segunda perspectiva diz respeito à pessoa enquanto uma realidade relacional-processual a quem é possível conferir *personalidade jurídica* em determinada situação jurídica. É uma dimensão operacional gerada através da própria Teoria do Direito.

Com esta proposição não se pode afirmar que a pessoa se realiza de forma divergente em situações diferenciadas. Não há uma realidade subjetiva (*personalidade*) e outra objetiva (*personalidade jurídica*). Há um todo no qual a pessoa se realiza com os outros com quem se relaciona na efetivação das suas relações intersubjetivas, seja na autoafirmação da *personalidade*, seja na *personalidade jurídica*.

A pessoa humana está inserida nestas duas perspectivas, porém, não é apenas ela que o está. Não é só a pessoa humana que pode construir uma *personalidade* nem é apenas ela que pode ter *personalidade jurídica*, razão pela qual os Direitos da *Personalidade* previstos no Código Civil não podem estar intimamente ligados à sua natureza como se fosse algo imanente à sua condição humana.

Que a pessoa humana ocupa lugar central na Ciência Jurídica e que a sua efetivação é dever primordial do Direito é algo que não se pode negar, porém, vincular os Direitos da *Personalidade* à pessoa humana, do modo como foi feito, é algo que deve ser discutido.

Voltando aos aspectos da proposta argumentativa que foram aqui apresentados, não se pode concordar com argumentos de que a *personalidade* é um valor. Tanto a *personalidade* quanto a *personalidade jurídica* são produtos de uma ação em um contexto de sociabilidade, seja a partir de um aspecto eminentemente jurídico, quando se trata da *personalidade jurídica*, ou não, quando se trata da *personalidade*. Se há algum valor no produto desta ação, ele não pode ser compreendido como parte da realidade, mas apenas uma projeção individual que não gera reflexos jurídicos imediatos para os outros.

Tratar de *personalidade jurídica* da pessoa dita pelo Código natural e jurídica é referir a uma *persona*, isto é, um *status* construído por ela na realização dos seus propósitos enquanto ser ativo em relações intersubjetivas.

Apesar de muitos estudiosos do Direito Civil terem compreendido que os Direitos da Personalidade consumaram o humanismo personalista no Código Civil, não se pode entendê-la como verdadeira, como será adiante analisado com maior acuidade quando se tratar dos Direitos da Personalidade e a pessoa jurídica.

4. OS EFEITOS PROBLEMÁTICOS DO PERSONALISMO

Não se pode negar que a dignidade da pessoa humana é o centro de gravitação de todo o Direito. Do mesmo modo, não se pode negar que é dever do Direito efetivá-la de forma plena enquanto manifestação das configurações biográficas de um ser livre, capaz de pensar, agir e escolher as coordenadas da própria vida.

Porém, a integridade do Direito enquanto um sistema histórico e social, construído e reconstruído a partir de normas que mantêm a sua funcionalidade prática é algo que deve ser preservado. O fim prático desta construção, porém, não é estabelecer categorias dogmáticas que engessam o sistema normativo, como o fez o positivismo. Ao contrário, o seu propósito é permitir que o sistema produza e se auto-produza de forma coerente.

Assim, para compreender os efeitos ora denominados de problemáticos que o personalismo provocou no Direito Civil duas questões serão analisadas: a) a humanização da personalidade jurídica e b) a problemática da personalidade e as pessoas jurídicas.

4.1 A “humanização” da personalidade jurídica

Um dos efeitos problemáticos que o personalismo provocou no Direito Civil é fruto da “humanização” ou “transcendentalização” da *personalidade jurídica*, na medida em que esta foi intimamente ligada à idéia de natureza do ser humano, favorecendo a análise restritiva do instituto jurídico, além da interpretação axiológica e relativista do mesmo.

Pedro Pais de Vasconcelos (2006) assume a *personalidade* como uma *qualidade de ser pessoa*, de modo que a *personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no Direito* (VASCONCELOS, 2006, p. 5). Para o referido autor, a personalidade jurídica se divide em singular e coletiva, sendo a primeira própria da pessoa humana, e a segunda a personalidade dos grupos e entes “que o direito trata como centros de imputação subjectiva de situações jurídicas à imagem e semelhança das pessoas humanas.” (VASCONCELOS, 2006, p. 5).

Dentre estas classificações da personalidade jurídica, Pedro Pais restringe sua proposta teórica à análise da personalidade singular, ou seja, além de se referir tão somente às pessoas humanas, está ele tratando da personalidade *jurídica* destas pessoas humanas *no Direito*. Nos seus dizeres: “está fora do nosso tema [...] a personalidade coletiva, que só será convocada quando se tornar necessário, quer para comparar quer para distinguir.” (VASCONCELOS, 2006, p. 5).

Assim, a começar pela distinção entre as personalidades jurídicas mencionadas, e assumir postura transcendentalizada com relação ao conceito de personalidade jurídica, ainda que restrito à pessoa singular, Pedro Pais de Vasconcelos afirma ser a personalidade singular uma realidade *supra legal*, enquanto que a personalidade coletiva seria *legal*. Neste sentido, afirma que “o Direito e a Lei não têm o poder de conceder ou recusar a personalidade às pessoas humanas, mas são o Direito e a Lei que constituem e excluem a personalidade colectiva.” (VASCONCELOS, 2006, p. 5).

Ora, se a personalidade jurídica foi assumida por Pedro Pais como a qualidade de *ser pessoa no Direito*, como pode a personalidade jurídica singular ser uma realidade *supra legal*, se ela se realizaria no próprio Direito? Será mesmo que a personalidade singular (*jurídica*) pode ser qualificada como uma realidade *supra legal*? Ou melhor, haveria uma personalidade, ainda que não jurídica, *supra legal*? Um deus? Uma realidade metafísica?

Ao que tudo indica não! Estas indagações já foram amplamente debatidas na discussão dedicada à análise da personalidade, e não necessitam ser revolidas neste momento, posto ser pelas mesmas razões aptas a refutar argumentos generalizantes que colocam a pessoa ou a personalidade como realidades que estejam a pairar em um campo metafísico, alheias à práxis jurídica. É evidente que a posição assumida por Pedro Pais de Vasconcelos ao mesmo tempo em que

aproxima os conceitos jurídicos de pessoa e sujeito de direito, afasta-os, na medida em que diz ser a personalidade jurídica singular uma realidade supra legal.

E a premissa desta confusão conceitual está no fato de se reconhecer a personalidade jurídica da entidade jurídica como um centro de imputação subjetiva de situações jurídicas à *imagem e semelhança* das pessoas humanas.

Se há uma personalidade legal esta é construída na argumentação jurídica como produto da imputação de direitos e deveres pelo ordenamento jurídico, seja às pessoas ditas naturais, seja às pessoas jurídicas. Não há personalidade supra legal como se fosse algo que estivesse a pairar sobre as cabeças dos indivíduos humanos. Se hoje não se pode admitir que não haja ser humano que não tenha personalidade legal é porque a história social edificada pela sociedade Moderna não admite o contrário. É um reconhecimento efetivo e realizável pelo Direito e que, a princípio, não se admite interpretação contrária.

Destarte, é com acerto que afirma Hans Kelsen que tanto a pessoa dita natural quanto a pessoa jurídica são *jurídicas*. Ambas decorrem da práxis jurídica na medida em que elas se enquadram em situações jurídicas determinadas como referencial para imputação de direitos e deveres.

Sob outro enfoque, mas também nesta contrariedade interpretativa da “humanização” da personalidade jurídica, Paulo Otero (1999) convoca seus leitores a *repensar* a personalidade do seu início, a começar pela *relativização do dogma da personalidade jurídica*, como ele próprio diz (OTERO, 1999, p. 31). A posição assumida por Otero, apesar de ser passível de críticas, é interessante e define com precisão a controvérsia que comumente se enfrenta com a influência do humanismo personalista no conceito de *personalidade jurídica*.

Já no início das suas ponderações, Paulo Otero deixa transparecer a sua preocupação em vincular a personalidade *jurídica* com a tutela do *ser humano*, afirmando que

a *personalidade jurídica*, isto é, o reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é susceptível de ser titular de direitos e estar adstrita a obrigações, *traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa* – isto no que respeita às pessoas físicas, sem se tomar em consideração as pessoas colectivas – *levaria, numa primeira observação, a pensar que o Direito somente tutelaria o ser humano após o seu nascimento*. (OTERO, 1999, p. 31, grifos nosos)

Neste aspecto, a crítica apresentada por Otero acerca do início da personalidade jurídica parte do art. 66, nº 1 do Código Civil português que prevê que *a personalidade jurídica do ser humano é adquirida no momento do seu nascimento completo com vida*. A este respeito, diz Otero que “nada existe, porém, de mais falso”, uma vez que “o Direito não faz depender a tutela do ser humano da aquisição de *personalidade jurídica*.” (OTERO, 1999, p. 32, grifos nossos). Segundo ele, o Direito não pode restringir a tutela do ser humano à aquisição da personalidade jurídica, pois antes mesmo do nascimento “o Direito pode e deve intervir na tutela do ser humano, circunstância esta que é independente do reconhecimento da personalidade jurídica” (OTERO, 1999, p. 32).

Assim, afirma categoricamente que a tutela jurídica do ser humano antes do nascimento não pode ser resolvida pelas disposições normativas do Código Civil, de forma que não é a personalidade jurídica que justifica a tutela dispensada ao ser humano, mas “é a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça personalidade jurídica” (OTERO, 1999, p. 33).

Em linhas conclusivas, Paulo Otero aduz que “a personalidade jurídica é um conceito que se move no âmbito dos valores constitucionais inerentes à vida humana e não estes últimos que têm a sua tutela dependente das regras de direito ordinário referentes à personalidade jurídica.” (OTERO, 1999, p. 44).

Entretanto, será que a previsão do Código Civil português de que a personalidade jurídica do ser humano se adquire no momento do nascimento completo com vida implica em não tutela jurídica do ser humano antes do nascimento? Não haveria na proposta de Otero uma confusão conceitual entre personalidade jurídica e qualidade de ser homem (e aqui poder afirmar a existência da dignidade da vida humana, juridicamente tutelada)? E mais, será que antes do nascimento o nascituro não teria a personalidade jurídica referida no art. 66, n. 1 do Código Civil Português?

Há em todo este ímpeto interpretativo a tendência em se estabelecer dois conceitos distintos: um de pessoa humana enquanto portadora de uma personalidade psicofísica e outro de personalidade jurídica. Porém, a busca pela *humanização* do Direito, sobretudo no princípio do século XX, proporcionou uma recontextualização deste diferencial, sendo que o conceito de pessoa ou foi isolado do conceito de ser humano e lançado a situações fático-jurídicas estanques (podendo até ser atribuído a animais não humanos), ou foi atrelado ao de ser

humano e mais uma vez lançado a um patamar superior, metafísico, inerente a todo ser humano, incondicionalmente.

Apesar de em determinados momentos as coordenadas da personalidade se co-relacionarem com as coordenadas da personalidade jurídica na efetivação plena da pessoa, a partir de uma perspectiva jurídica, elas nem sempre terão este ponto de contato. Ainda que a princípio impensável, suponha-se que uma mudança na legislação impeça determinada categoria de pessoa de se auto-afirmar em situações jurídicas como referencial de imputação normativa. Seria, por exemplo, a volta da escravidão com o reconhecimento da incapacidade de determinados homens de possuir um *status sócio-jurídico* de pessoa (tal possibilidade é tida apenas como exemplo de algo que existiu e não se sustentaria em uma sociedade democrática, posto desvencilhar de uma legitimidade constitucional).

Tal fato por si só impediria que referidos indivíduos humanos tivessem personalidade jurídica, porém não impediria que eles construíssem a sua personalidade na medida em que, na qualidade de seres capazes de pensar, escolher e agir, poderiam se autodeterminar e assumir as configurações incontornáveis da própria vida dentro de um *fluxo comunicativo*.

Uma vez mais, enquanto a personalidade trata das dimensões da pessoa para o Direito, já que é construída fora deste e deve ser por ele proporcionada e tutelada, a personalidade jurídica trata das dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito.

4.2 Os direitos da personalidade e as pessoas jurídicas⁸⁴

Como já mencionado, em um contexto jurídico o ser pessoa pode refletir tanto os atributos de uma *personalidade* construída de forma livre e intersubjetiva por alguém, quanto os atributos de algo ou alguém a quem o Direito concede a possibilidade de *agir* em situações jurídicas. Neste último caso, como já ressaltado –

⁸⁴ Pelo que foi até aqui exposto, ficou evidente que a posição defendida no presente trabalho assemelha-se à tese defendida por Hans Kelsen no sentido de que tanto a pessoa dita física ou natural quanto a pessoa dita jurídica, coletiva ou moral, são jurídicas. Entretanto, no presente tópico, o conceito de pessoa jurídica refere-se preponderantemente às pessoas jurídicas distintas da pessoa “natural” ou “física”.

coordenadas da personalidade jurídica – não apenas os indivíduos humanos podem ser considerados pessoa, mas também outros seres ou entidades – algo – que se apresentam como elemento subjetivo de situações jurídicas.

O reconhecimento pelo Direito da capacidade de algo ou alguém agir em situações jurídicas representa a possibilidade de uma personalidade estritamente jurídica. É o reconhecimento do *status persona* instituído no Código Civil, como fruto da construção, na argumentação jurídica, da capacidade de direitos e deveres na ordem civil. Indo além, pode revelar o reconhecimento de uma *individualidade* que se move no âmbito da sociedade e do Direito como sujeito único, irrepetível, capaz de estabelecer vínculos na defesa de interesses da sua unidade, que difere dos interesses únicos e exclusivos de um ou uns que a constituíram.

Desta forma, ao Direito cabe possibilitar a construção de uma personalidade jurídica às pessoas jurídicas, seja em se tratando daquelas constituídas por agrupamentos de indivíduos com propósitos econômicos ou sociais (sociedades e associações), seja em razão da destinação de um patrimônio para um determinado fim (fundações) (PEREIRA, 2005, p. 213-214). Há ali uma personalidade jurídica e que como já tratado no capítulo anterior não decorre da vontade estrita do legislador ou dos limites impostos pela lei, mas é fruto da realização cultural e social do Direito, própria da argumentação jurídica. É o reconhecimento do centro de imputação de direitos e deveres que não se limita ao humano.

Neste caso, se na argumentação é possível reconhecer personalidade jurídica a algo que não seja propriamente humano e que, por conseguinte não possui uma natureza humana, será possível atribuir-lhe Direitos da Personalidade?

Pela análise do Código Civil, vê-se que os Direitos da Personalidade encontram-se inseridos no título I dedicado às pessoas naturais. No título II, dedicado às pessoas jurídicas, dispõe o art. 52 que se aplica a elas, no que couber, a proteção dos Direitos da Personalidade.

Pietro Perlingieri (2002) defende que a pessoa jurídica não tem Direitos de Personalidade, pois considerando que a sua proposta interpretativa de personalidade respalda-se em uma visão de personalismo constitucional, seria um equívoco estender os direitos da pessoa humana à pessoa jurídica, pois para ele o valor do sujeito pessoa física é diverso daquele do sujeito pessoa jurídica.

A tese de Perlingieri sobre personalidade respalda-se no art. 2º da Constituição Italiana que reconhece e garante direitos invioláveis do homem nas

formações sociais onde desenvolve a sua personalidade. Esta personalidade constitucional foi aplicada por Perlingieri ao estudo dos Direitos da Personalidade previstos no Código Civil, de modo que ele chega a afirmar que

Para as pessoas jurídicas o recurso à cláusula geral de tutela dos “direitos invioláveis” do homem constituiria uma referência totalmente injustificada, expressão de uma mistificante interpretação extensiva fundada em um silogismo: a pessoa física é sujeito que tem tutela; a pessoa jurídica é sujeito; *ergo*, à pessoa jurídica deve-se aplicar a mesma tutela. (PERLINGIERI, 2002, p. 157-158)

Igualmente, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que os Direitos da Personalidade estão indissolavelmente ligados à *dignidade da pessoa humana* de forma que são inseparáveis da personalidade singular (pessoa humana) e a ela restritos. “O seu alargamento às pessoas colectivas é um equívoco positivista que nasce da errada comparação e confusão entre as pessoas singulares e coletivas num macro-conceito geral-abstracto de personalidade jurídica.” (VASCONCELOS, 2006, p. 123).

A tutela da personalidade jurídica da pessoa coletiva se daria, segundo Pedro Pais, por via analógica, pois “ao contrário dos verdadeiros direitos de personalidade, direitos análogos de que sejam titulares pessoas colectivas não são supra-legais, são concedidos por lei e por lei podem ser retirados.” (VASCONCELOS, 2006, p. 123).

Evidente está a ligação feita entre os Direitos da Personalidade e a natureza humana. É como se esta fosse condição *sine qua non* para a imputação daqueles. E isto fica claro também no momento em que Mata-Machado, apesar de reconhecer que as pessoas jurídicas são pessoas quanto ao modo de agir, na ordem da operação e do exercício, afirma que elas não são pessoas *entitativamente*, ou na ordem da essência (MATA-MACHADO, 1954, p. 58).

E de fato isto não ocorre. Porém, o que é preciso questionar é se a reserva dos Direitos da Personalidade está a depender da existência de uma natureza humana ou se da auto-afirmação de uma individualidade sócio-jurídica em determinadas situações concretas.

Embora possa não existir como uma entidade humana, em princípio, as pessoas jurídicas têm *nomes* cujo propósito é individualizá-las em qualquer relação sócio-jurídica. O nome é, certamente, o primeiro caminho para a determinação da

identidade individual. É por ele que a pessoa jurídica é *reconhecida* e por ele que pode interagir social e juridicamente com quem quer que seja. Se, por exemplo, um contrato de trabalho é celebrado entre o empregador e uma fundação empregadora, a identificação desta não é como sendo um amontoado de bens, mas sim através de um nome.

Quando um indivíduo humano nasce e começa a interagir em seus círculos de convivência social – em regra a família – ele é identificado e se auto-identifica por um nome. Na medida em que vai crescendo, o nome continua a identificá-lo e permite que ele se auto-identifique.

O mesmo ocorre com as pessoas jurídicas, pois quando elas são criadas a primeira coisa que as identifica é o nome. Ainda que não registradas, elas são identificadas por um nome que as individualizam em seus vínculos intersubjetivos. E mesmo neste caso de ausência de registro há uma personalidade jurídica reconhecida na argumentação jurídica e possíveis direitos desta personalidade também reconhecidos na argumentação.

A determinação do nome nos vínculos sociais e jurídicos estabelecidos tanto pelo indivíduo humano quanto pelo ente a quem o Direito confere personalidade jurídica corresponde à auto-afirmação da pessoa perante os seus pares, como um ser com personalidade jurídica própria. Tanto os indivíduos humanos quanto as pessoas jurídicas só possuem um nome porque é preciso que eles sejam chamados por outros com quem estabelecem estes vínculos sociais e jurídicos. O mesmo ocorre quando se fala em direito à imagem, à identidade, ao segredo/intimidade, à vida privada, à honra, à liberdade de pensamento, ao direito de autor e inventor, etc.

O que há de intrínseco à natureza humana neste aspecto? Tudo é construído no discurso pelos agentes sociais através das suas co-vivências proporcionadas pelo uso da linguagem. É uma constante social que em cada caso concreto pode demonstrar a necessidade da tutela de um determinado Direito da Personalidade a personalidades distintas, seja se decorrente do indivíduo humano ou não.

O limite desta possibilidade é a dimensão psicofísica do indivíduo humano que falta a algumas pessoas jurídicas. No mais, tudo, a princípio, lhe é possibilitado. Até mesmo quando se trata de Direitos Fundamentais é possível reconhecer, em determinadas situações específicas, a extensão destes direitos à pessoa jurídica como é o caso da inviolabilidade da honra e da imagem (art. 5º, X), o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras autorais (art. 5º,

XXVII), o resguardo de inventos industriais, proteção às criações industriais, à propriedade e uso exclusivo de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (art. 5º, XXIX), dentre outras possibilidades.

Ainda que o próprio Código Civil reconheça ser possível aplicar às pessoas jurídicas Direitos da Personalidade, no que couber, há quem diga que a pessoa jurídica não tem Direito de Personalidade. No ano de 2006, por exemplo, ficou registrado no enunciado 286 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que “os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”. Não haveria aqui uma confusão entre pessoalidade e personalidade jurídica?

Diferentemente dos posicionamentos doutrinários até então apresentados, Adriano De Cupis (2004) revolve a tese de que a personalidade é a *susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações*, de modo que ela “não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.” (DE CUPIS, 2004, p. 19).

Para De Cupis, a personalidade é atribuída pelo ordenamento jurídico que pode não estendê-la a todos os homens, como foi o caso da limitação da liberdade sócio-jurídica dos escravos, ou pode estendê-la a seres que não são homens (empresas, por exemplo), ou, pode-se acrescentar, que estão em processo natural de sê-lo (nascituro):

Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e que se limite a registrar tal como encontra. A susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações não está, no entanto, menos vinculada ao ordenamento positivo do que estão os direitos e as obrigações. (DE CUPIS, 2004, p. 19).

A compreensão da personalidade como susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações tem preponderantemente o escopo de proporcionar a *funcionalização* do Direito, e De Cupis deixa claro que o papel desempenhado pelo Direito na atribuição da personalidade encontra-se na impossibilidade dele funcionar prescindindo totalmente da atribuição da personalidade para o exercício de *direitos subjetivos*. Portanto, “não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’”. (DE CUPIS,

2004, p. 21). *É a personalidade jurídica, segundo De Cupis, o fundamento e o pressuposto para os direitos e obrigações jurídicas.*

Interessante notar, ainda, que para Adriano De Cupis todos os direitos que se destinariam a dar conteúdo à personalidade poderiam ser denominados Direitos da Personalidade. “No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.” (DE CUPIS, 2004, p. 23-24). Isto quer dizer que dentre os Direitos da Personalidade há certos direitos sem os quais “a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privado de todo valor concreto” (DE CUPIS, 2004, p. 24). A tais direitos, De Cupis atribuiu a denominação de “*direitos essenciais*”, cujo escopo é possibilitar a identificação dos Direitos da Personalidade.

Outrossim, José Catan Tobeñas (1952) salienta que a existência de Direitos da Personalidade se baseia em direitos que estão indissoluvelmente ligados à personalidade do homem, de modo que enquanto esta personalidade revela a possibilidade abstrata de ter direitos, os Direitos da Personalidade são faculdades concretas de que está investido todo aquele que tem personalidade. Portanto, impõe-se a afirmação de que há direitos essenciais da pessoa que o Direito não pode declinar em reconhecer. A partir desta ponderação, conclui Tobeñas que:

Como muito bem observa Battaglia, por mais sujeito que esteja o Direito objetivo a condições circunstanciais ou históricas; por mais que se ampliem ou restrinjam as situações jurídicas perfiladas por ele, “não pode destruir as exigências perenes do homem nem deixar de recorrer um núcleo essencial de motivações iniludíveis e primárias, as que fazem o homem ser homem.” (TOBEÑAS, 1952, p. 16)

Ainda que se refira a determinados direitos como *essenciais*, De Cupis refuta qualquer possibilidade de se qualificar os Direitos da Personalidade como inatos, já que na sua proposta teórica

[...] quando os direitos se revestem da referida essencialidade, não só tomam o lugar próprio no sistema do ordenamento positivo, mas adquirem, além disso, uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que se referem. (DE CUPIS, 2004, p. 24)

Neste aspecto, José Castan Tobeñas (1952) afirma que nem todos os direitos atribuíveis à pessoa e que dão conteúdo à sua personalidade são Direitos da

Personalidade, mas o são apenas aqueles que constituem o núcleo fundamental da personalidade, que permitem que a pessoa, investida da personalidade, tenha *faculdades concretas* para usufruir de bens pessoais que se traduzem nos Direitos da Personalidade.

Ora, será que dentre os direitos atribuíveis à pessoa há direitos que podem ser classificados como *essenciais* tão somente pelo fato de se poder realizar os direitos tidos como *subjetivos*? Não seria esta idéia de *essência* um resquício naturalizante da concepção clássica de Direitos do Homem que agora são aplicáveis aos Direitos da Personalidade?

Embora De Cupis reconheça a impossibilidade de se falar em direitos inatos⁸⁵, esta concepção ainda lhe é presente, pelo fato de o ordenamento jurídico atribuir aos indivíduos determinados direitos subjetivos que podem ser ditos inatos. Para De Cupis, todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento jurídico (2004, p. 27), entretanto, enquanto alguns requerem, além do pressuposto da personalidade, a verificação de determinados requisitos, outros se bastam com o simples requisito da personalidade. E estes são, pois, inatos:

Os direitos da personalidade, pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, no sentido em que presentemente se pode empregar esta expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas não pode verificar-se a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade. (DE CUPIS, 2004, p. 27)

O estudo sistematizado do Direito Civil é preciso ser mantido! Direitos da Personalidade não são direitos inerentes à espécie humana, mas direitos que se concretizam tanto pela manifestação da personalidade quanto pela manifestação da personalidade jurídica.

Se a personalidade jurídica possibilita a identificação de uma individualidade em uma determinada situação jurídica há ali uma pessoa com quem é possível se relacionar e que todos a reconhecem em reciprocidade de direitos e deveres, inclusive sendo possível a ela imputar responsabilidades civis pela sua ação. E

⁸⁵ “Não pode hoje se falar mais de direitos inatos como de direitos respeitantes racionalmente ao homem, devido à sua simples qualidade humana; considerados do ângulo visual do direito positivo, eles não podem constituir mais do que uma simples exigência de ordem ética.” (DE CUPIS, 2004, p. 26).

deste modo, Direitos da Personalidade são possíveis de serem exercidos e não serem exercidos.

Tratando-se das pessoas jurídicas, elas são sim titulares de Direitos da Personalidade na medida em que constroem uma individualidade jurídica em meio aos demais seres com quem se relacionam. Bens pessoais são por ela exercidos, como é o caso do nome, da imagem, da honra, etc.

Ainda que isto possa ser admitido, há sempre algumas peculiaridades jurídicas tendentes a pontuar incisivamente os limites dos Direitos da Personalidade da pessoa jurídica. Tratando-se da honra, por exemplo, costuma-se afirmar que no Direito Privado ela se manifesta de duas formas: a) honra subjetiva que é aquela existente no íntimo de cada pessoa e que, caso afrontada, pode atingir a sua dignidade; e b) honra objetiva que é aquela externa, projetada no convívio social, na admiração e respeito que as outras pessoas lhe dispensam.

A partir de tal distinção, afirma-se que enquanto a pessoa física possui a honra em seu aspecto subjetivo e objetivo, a pessoa jurídica possui apenas a honra objetiva. E foi respaldado neste argumento que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu pela improcedência do pedido de indenização por danos morais formulado por uma Sociedade de Advogados em desfavor de uma empresa de venda de ar condicionado⁸⁶.

O pedido formulado pela Sociedade de Advogados decorreu do fato desta ter sido intimada através do Tabelionato de Protestos a efetuar o pagamento do débito da primeira parcela da compra de um aparelho de ar-condicionado da empresa que o vendia, antes de vencida a data estipulada entre os contratantes. Sem adentrar nas causas jurídicas que poderiam refutar a pretensão da requerente, o Relator buscou na diferença existente entre honra objetiva e honra subjetiva para formular a sua concepção sobre o caso.

Já no início do seu voto afirmou que a pessoa jurídica, como mera criação do Direito, por não existir no mundo real, exceto como universalidade de bens e de interesses com fins econômicos, sociais ou filantrópicos, não possui honra subjetiva (MINAS GERAIS, 2008). Assim, voltando-se ao caso concreto em análise afirmou o Relator que não constava dos autos prova indicadora de violação da *honra objetiva*

⁸⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0525.07.111792-9/001. Indenização, danos morais, pessoa jurídica, inexistência de afronta à honra objetiva. Apelante: Resende Ramos ar-condicionado Ltda. Apelado: Vasconcellos Advogados Associados. Relator: Des. José Amancio, Minas Gerais, 06 jun. 2008.

da Sociedade de Advogados, uma vez que o título não foi protestado, não havendo, portanto, abalo à sua reputação perante terceiros, nem tampouco restrição ao seu crédito. Assim, a sentença proferida pelo Juiz de primeira instância foi modificada e a Sociedade de Advogados não recebeu a indenização pleiteada.

Sem adentrar as razões jurídicas de ter havido ou não ilícito civil pela conduta da empresa de ar-condicionado, a distinção entre honra subjetiva e honra objetiva da pessoa jurídica e da pessoa física não encontra espaço diante de argumentos que defendem a concepção de uma pessoa como um todo no Direito.

Tanto a honra subjetiva quanto a honra objetiva apenas podem ser valorizadas quando projetadas no convívio social. Se a honra subjetiva é aquela que está no íntimo de cada pessoa humana nenhum valor haveria se ela não abrisse este íntimo para os outros com quem convive. Sustentar esta bipartição da honra é reconhecer a essencialidade humana que desde o início do presente trabalho buscou refutar.

A busca por uma coerência do estudo da dogmática do Direito Civil pressupõe a compreensão do mesmo como um sistema aberto de princípios que não se encerra na pessoa humana, mas dela é interdependente. É preciso analisar criticamente a concepção de uma “*desumanização*” dos Direitos da Personalidade⁸⁷, na medida em que não apenas a pessoa humana é titular dos referidos direitos, mas sim todas as personalidades reconhecidas e proporcionadas pelo Direito.

Se há Direitos da Personalidade e eles são tuteláveis pelo Direito, tais direitos se referem às personalidades que se fazem e refazem na práxis argumentativa. Trata-se de direitos construídos e reconstruídos em todas as manifestações da pessoa para e a partir da Teoria do Direito.

5. CRÍTICAS ÀS CARACTERÍSTICAS CLÁSSICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

⁸⁷ Esta idéia de “desumanização” do Direito de Personalidade me foi lançada nas aulas do Mestrado em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais pelo Prof. Leonardo Poli, que me propôs este desafio e que pretendo então discutir.

Se os Direitos da Personalidade são direitos construídos e reconstruídos em todas as manifestações das pessoas, de modo a serem produzidos no interior da práxis argumentativa, é evidente que diante deste modo de compreensão as características clássicas atribuídas aos Direitos da Personalidade (originários, absolutos, necessários, vitalícios, indisponíveis, intransmissíveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis e impenhoráveis) são de todo criticáveis.

Os Direitos da Personalidade são tratados como *originários* pelo fato de serem compreendidos por muitos como *direitos inatos*, isto é, estão inseridos na natureza humana de tal modo que ao Estado cabe apenas reconhecê-los e oferecer meios necessários de tutela. Entretanto, nada há de mais falso, pois compreender um direito como inato, apesar de ser útil para argumentos falaciosos, significa admitir a existência de direitos que independem da construção histórico-social dos indivíduos humanos. Direitos são liberdades históricas, socialmente construídos. Dizer que um direito é inato é reconhecer que ele existe antes da sociabilidade que o gerou. Uma vez mais, é vinculá-lo à natureza humana e retirar da própria pessoa humana a possibilidade de exercê-lo com liberdade, pois se inato o exercício independe da sua vontade. É uma aceitação!

Os Direitos da Personalidade, ao contrário, são vinculados ao ordenamento jurídico, do mesmo modo que outros direitos subjetivos o são.

Caracterizam-se os Direitos da Personalidade de *absolutos* pelo fato de serem oponíveis *erga omnes*, impondo uma obrigação negativa a todos que vierem a se relacionar com a pessoa. Em regra esta característica é interpretada de forma tão acentuada que impõe uma obrigação negativa ao próprio titular do Direito da Personalidade. Ao tratar de tal absoluteidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseguram que tal característica guarda íntima correlação com a *indisponibilidade*, afirmando que:

[...] mesmo reconhecendo que o suicídio não é considerado crime, ninguém tem o direito de dispor da própria vida, sendo indicativo de tal condição, inclusive, o fato de o *induzimento*, a *instigação* ou *auxílio ao suicídio* ser previsto como conduta tipificada criminalmente. Por força dessa indisponibilidade necessária, impõe-se, pois, a sua observância *erga omnes*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 152).

Agora só resta voltar aos tempos medievais e revolver a prática de chicotear os restos mortais dos indivíduos humanos que se suicidaram! Por expressar uma

liberdade construída socialmente, nenhum direito pode ser classificado como absoluto. Ademais, o próprio ordenamento veda o abuso do exercício do direito, tipificando tal ato como ilícito civil (art. 187 CC). Também não podem os Direitos da Personalidade ser tratados como *erga omnes*, pois estudar pessoas e seus direitos é adentrar em uma realidade de relações, que pressupõe seres que se constroem dentro de uma *linguagem*.

Os Direitos da Personalidade são tradicionalmente caracterizados de *vitalícios* e *necessários* pelo fato de não ser possível sua ausência no indivíduo, salvo quando o mesmo vier a morrer. A crítica a ser formulada sobre esta característica assemelha-se à crítica a ser lançada sobre a característica da intransmissibilidade, haja vista que a vitaliciedade é que proporciona a intransmissibilidade.

A *indisponibilidade* se dá pelo fato dos Direitos da Personalidade não serem tratados como direitos que permanecem na esfera de disponibilidade do seu titular. São, pois, *irrenunciáveis*, permanecendo com o seu titular independentemente da sua vontade. Na medida em que a imposição jurídica de deveres determina a indisponibilidade de determinados direitos, como a venda de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo (art. 13 do Código Civil e art. 9º da Lei 9.434/97) é possível admitir, em parte, a validade de tal característica. Todavia, o que não se pode perder de vista é que a *renúncia a um direito* é diferente do *não exercício de um direito*, sendo a vontade do titular do direito o requisito diferenciador de tais possibilidades.

Sendo concebidos a partir de uma perspectiva de essencialidade humana, os Direitos da Personalidade se tornam *intransmissíveis*, uma vez que não podem ser transmitidos ainda que por *causa mortis*. Sendo vitalícios e intransmissíveis os Direitos da Personalidade conseguem ser encravados de tal forma na natureza humana que até mesmo após a morte admite-se haver direitos que se projetam para além da própria morte.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves apresentam críticas contundentes a tal característica dos Direitos da Personalidade ao tratar da situação jurídica em relação ao morto (SÁ; NAVES, 2007). Para tanto indagam se há possibilidade de atribuir ao morto direitos subjetivos e se há reflexos de direitos a justificar a tutela jurídica quando lesada a honra ou a imagem do indivíduo que ele foi.

O Código Civil brasileiro estabelece que a personalidade da pessoa extingue com a morte (art. 6º, CC), de modo que terminada a personalidade extingue-se a imputação de direitos e deveres à pessoa. Todavia, a tendência de se humanizar a personalidade culminou na possibilidade de existir Direitos da Personalidade para além da morte e, conseqüentemente, a continuidade da personalidade também para além da morte.

Previu o art. 12 do Código Civil que o titular do Direito da Personalidade pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão a tal direito, além de neste caso ser possível a reclamação pelas perdas e danos. Em se tratando de morto, a legitimidade para requerer a medida prevista no mencionado artigo é do cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral, até o quarto grau.

O artigo 20 do Código Civil, ao seu turno, estabeleceu que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, caso tal fato lhe atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou ainda se destinarem a fins comerciais. Ressalva-se, porém, os casos de autorização legítima, ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Em se tratando de morto, tal requerimento de proteção pode ser intentado pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes.

Ora, se apenas a pessoa pode ser titular de direitos que guarnecem seus atributos físicos e psíquicos, como explicar a situação normativa que supostamente protege esses aspectos no morto? (SÁ; NAVES, 2007)

Haveria Direitos da Personalidade de algo que não é mais pessoa?

Geralmente em se tratando do morto costuma-se afirmar que embora não haja um Direito da Personalidade, há um direito da família na proteção da personalidade do *de cuius* ou apenas a transferência da legitimação para as medidas protetivas. Outros dizem que há reflexos *post mortem* dos Direitos da Personalidade, muito embora reconheça que personalidade não há, ou que com a morte os Direitos da Personalidade passam à titularidade da coletividade, já que haveria um interesse público no impedimento de ofensas ao indivíduo enquanto ser da espécie humana.

Em desconformidade com tal perspectiva, Maria de Fátima e Bruno Torquato (2007) asseguram que não se precisa ver reconhecido ao morto, ou à sua família, Direitos de Personalidade, para se reconhecer uma esfera de não-liberdade

infringida por alguém. O morto pode ser o referencial de uma posição jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém. Dessa forma, não faz sentido se avaliar a personalidade do morto, seja na sua integralidade, seja como mero reflexo. Se alguém lesiona a “honra ou a imagem do morto”, não ofende direitos – até porque esses não existem –, mas viola deveres.

O morto não tem personalidade, não é detentor de direitos, não se insere em uma relação jurídica intersubjetiva, e os Direitos da Personalidade que um dia teve não são transferidos aos seus familiares, não obstante seja possível a imputação de responsabilidade àquele que infringir uma esfera de não-liberdade (dever) em relação ao morto, sendo dos familiares a legitimidade para o exercício de tal ação, nos termos do Código Civil.

Com a morte os Direitos da Personalidade não mais subsistem e não se transmitem.

Por fim, os Direitos da Personalidade são caracterizados de *extrapatrimoniais* pelo fato de não serem passíveis de avaliação econômica, muito embora a expressão de um Direito da Personalidade possa o ser, como, por exemplo, os aspectos econômicos proporcionados pelo direito à imagem. Além disso, são *imprescritíveis*, pois não existe um prazo para o seu exercício, e *impenhoráveis* já que não podem ser constrictos coercitivamente por meio de execução forçada.

Quanto a estas características, a princípio, críticas não há uma vez que são construídos na argumentação jurídica a partir do próprio Direito. Isto é possível desde que interpretados longe da concepção humanista de direitos inatos, absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis.

Para finalizar com uma conclusão crítica acerca dos Direitos da Personalidade, Bruno Torquato de Oliveira Naves assevera que Direitos da Personalidade são construídos em situações jurídicas da personalidade (NAVES, 2007, p. 104). Assim, não podem mais ser tratados única e exclusivamente como direitos subjetivos, mas como situações jurídicas intersubjetivas, podendo ser argumentativamente compreendidos como Direito Potestativo (direito de revogar o consentimento às pesquisas genéticas; direito de recusar aconselhamento genético), ora como Faculdade (a cessão de uso de dados genéticos do titular a institutos de pesquisa), ora como ônus (dados genéticos servirem de prova em processos judiciais) ou ora como dever jurídico (o morto não é referencial de dever jurídico em caso de lesão à honra ou à imagem do ser que foi).

6. PESSOAS: ENTRE A PESSOALIDADE E A PERSONALIDADE JURÍDICA, UM CONCEITO SEMPRE ABERTO...

Pelo que foi trabalhado nos capítulos anteriores pode-se afirmar que tanto o conceito de pessoalidade quanto o de personalidade jurídica são construídos a partir de alguém ou de algo que move em uma realidade social compartilhada. Seja em se tratando da pessoa a partir de dimensões reflexivas da racionalidade ou da pessoa a partir das dimensões operacionais para a Teoria do Direito, como dividido no presente trabalho. Em ambos os casos, o contexto social de realidade compartilhada é indispensável, haja vista ser ele o meio e o modo no qual o conceito de pessoa, em qualquer um dos aspectos propostos, se concretiza.

Muito embora tenham se posicionado de formas diferentes, os estudiosos do Direito Civil sempre dedicaram uma grande parcela dos seus esforços acadêmicos para compreender e possibilitar a efetivação da pessoa no Direito, haja vista que *entre a personalidade jurídica e a pessoalidade está a pessoa humana e todas as suas possibilidades existenciais*. Não apenas ela, mas principalmente ela.

Da máscara à substância, o conceito de pessoa perpassou a história da humanidade adequando-se e configurando-se conforme as necessidades de uma realidade sócio-jurídica.

Na formulação originária do conceito de pessoa este expressava tão somente um *status social*, era propriamente a *máscara* vestida pelos personagens humanos nos palcos da vida social. Por ser um produto social, nem todos os indivíduos integrantes da espécie humana eram considerados pessoas, pois o ser pessoa representava a posse de um *status* determinado, que alguns homens careciam, como é o caso do *status* de liberdade.

Por outro lado, começou-se a descobrir que debaixo desta máscara havia uma substância humana e que todos os indivíduos da espécie humana a tinham. Tratava-se de algo natural, não construído, mas originado na própria pessoa – inato.

A partir destas perspectivas, a compreensão do conceito pessoa oscila entre duas possibilidades interpretativas que ainda permanecem abertas. No Direito a pessoa pode ser compreendida tanto como alguém ou algo a quem é possível

atribuir um *status sócio-jurídico* – uma personalidade que difere da personalidade – na argumentação, ou como alguém a quem deve ser possibilitada a efetivação dos traços biográficos da própria vida.

Quando se tratou da personalidade jurídica no presente trabalho⁸⁸, ficou claro não ser possível definir de antemão a atribuição do *status sócio-jurídico* a algo ou a alguém, como pretendeu, por exemplo, o positivismo jurídico. É na argumentação jurídica que a personalidade jurídica é construída, de modo que o conceito de pessoa, neste sentido, permanece aberto, oscilante entre seres concretos já existentes ou não, e universalidades de fato que o direito reconhece como *centro de imputação normativa*.

Não se trata do reconhecimento de uma mera capacidade de direito ou de fato, mas sim do reconhecimento de uma personalidade através da qual o Direito encontra espaço para imputar direitos e deveres, correlatos ou não. E nesta realidade jurídica poder exercer capacidades possibilitadas pelo próprio Direito. O elemento subjetivo das situações jurídicas é *pessoa*, independentemente de ser humano ou não. Trata-se de um *status* específico, possibilitado para um fim jurídico.

Direitos e deveres apenas podem ser exercitados efetivamente no discurso de aplicação da norma, fato que pressupõe uma *referência subjetiva* de uma situacionalidade jurídica da qual surgem inúmeras possibilidades. O conceito de pessoa a partir de uma dimensão operacional do Direito não permite que se pense em uma personalidade jurídica existente “em tese” ou uma capacidade jurídica “natural”, mas ao contrário, é uma construção argumentativa que parte do caso concreto, determinada no interior da própria *práxis* jurídica.

Fechar esta abertura jurídica ao indivíduo humano ou aos seres a quem a Lei Civil diz expressamente conceder personalidade jurídica é restritivo e representa a falta de amadurecimento de uma concepção de Direito enquanto sistema aberto, em constante processo de construção a partir da *práxis* e através da linguagem. Muito embora atualmente, juridicamente, não possa ser reconhecida a personalidade jurídica a um animal não humano nada impede que um dia isto possa ocorrer, se a argumentação *jurídica* assim o possibilitar.

Afirmar que atualmente a personalidade jurídica não pode ser concedida a um animal não humano é reconhecer que nas situações jurídicas construídas na *práxis*

⁸⁸ Vide “Personalidade Jurídica” a partir da p. 101.

argumentativa não há como lhes imputar direitos e deveres. Se atualmente os animais são defendidos para viverem em liberdade e não sofrer inutilmente isto, por si só, não é suficiente para reconhecer-lhes personalidade jurídica. O que há neste caso é a imposição de um dever ao homem de preservá-los livre e não fazê-los sofrer inutilmente.

Na argumentação jurídica não é dado ao animal a capacidade de agir em situações jurídicas como portador de personalidade jurídica. Diferentemente do animal não humano, o nascituro – que comumente é comparado ao animal não para fins de reconhecimento de personalidade – é inserido ativa e passivamente em situações jurídicas nas quais age como titular de direitos e deveres, razão pela qual a ele é reconhecida personalidade jurídica, em determinado caso concreto.

Atente-se para o fato de não se estar tratando da possibilidade de construção de uma personalidade, mas da construção da personalidade jurídica, pois em se tratando de personalidade, o animal não humano pode ser comparado ao nascituro, uma vez que nenhum dos dois tem a possibilidade de construí-la (lingüística e intersubjetivamente partilhada).

Deste modo, a personalidade jurídica não é uma concessão ou uma benevolência da lei, mas a construção, a partir de cada caso concreto, do elemento subjetivo que se move e se auto-afirma em situacionalidades jurídicas. *A personalidade jurídica, portanto, é a posição do sujeito jurídico construída e reconstruída argumentativamente a partir das especificidades de cada caso concreto e que não pode ser compreendida como algo transcendentalizado, sobre humano ou supra normativo.* Um conceito, pois, sempre aberto...

Já em se tratando da *personalidade*, que não se confunde com a personalidade jurídica nem com a capacidade de direito, mas pode com ele se relacionar, o se fazer pessoa pela construção de uma personalidade é um processo constante que não depende estritamente do Direito, mas é dele interdependente. É um exercício de liberdade através do qual o indivíduo humano constrói a sua *personalidade* a partir das suas escolhas (ações e omissões), enquanto seres livres, agentes da própria vida e, portanto, capazes de se autodeterminarem como sujeitos de sua individualidade.

Se ao nascituro é resguardado um direito à vida, como a um animal não humano pode o ser, trata-se da imposição de um dever de preservação do mesmo, que é imposto aos demais indivíduos, humanos ou não, que se apresentam em um

cenário social. Tanto é que o Código Penal prevê como crime a prática do aborto, seja ele praticado pela própria gestante, seja por terceiros (artigos 124 a 128).

Não é pelo fato do nascituro pertencer à espécie humana que ele tem uma personalidade. Porém, é pelo fato dele pertencer a esta mesma espécie que a ele é assegurado um rol de direitos que são garantidos por deveres a outros impostos, como é o caso do direito à vida.

O desenvolvimento da personalidade é algo que se dá apenas em um contexto de convívio social. É o acolhimento do recém-nascido e o desenvolvimento da sua interação com os outros que possibilitarão que ele desenvolva traços característicos daquilo que se denominará pessoa. Isto vai além da mera pertença à espécie humana.

O próprio Habermas admite tal fato ao assegurar que o ser geneticamente individualizado no ventre materno não é uma pessoa, mas apenas a partir da sua integração da esfera pública de uma comunidade lingüística é que ao mesmo será proporcionada a sua transformação em indivíduo e em pessoa dotada de razão (HABERMAS, 2004, p. 49). A idéia de pessoa pressupõe uma existência compartilhada.

Sendo assim, se a personalidade é fruto de um processo comunicativo no qual, a princípio, apenas a pessoa humana tem a capacidade de assumir os traços biográficos da própria vida, os avanços das biotecnologias tornam esta afirmação duvidosa. A técnica biotecnológica de manipulação genética avançou de forma expressiva a partir do final do século XX. Hoje vários centros de pesquisas genéticas estudam meios de se criar seres que mesclam material genético de distintas espécies animais. Iñigo de Miguel Beriain (2007) apresenta alguns resultados práticos destes estudos, como é o caso da possibilidade de produzir frangos com a capacidade de cacarejar como as codornas. Para tanto, afirma que basta introduzir segmentos neurais de codornas em embriões ou fetos de frangos para gerar uma mutação suficientemente importante para alterar o funcionamento do cérebro das criaturas resultantes (BERIAIN, 2007, p. 2).

Tais pesquisas, porém, não se restringem aos frangos e codornas. Relata Iñigo que estas técnicas genéticas estão sendo utilizadas em experimentos nos quais se introduz neurônios humanos em macacos, alterando as suas características naturais. Assim, tal técnica apesar de estar em fase de experimentação pode proporcionar o surgimento de chipanzés capazes, por exemplo, de raciocinar

(BERIAIN, 2007, p. 2) e assim serem capazes de assumir uma individualidade racional e autoconsciente.

Os avanços tecnológicos aplicados às ciências da vida revelam que entre os dados concretos da realidade e as pretensões científicas existe um imenso vazio de situações possíveis e obscuras. Tal vazio instiga a comunidade política e jurídica a questionar e apresentar respostas possíveis às situações concretas que se revelam no cenário científico, e às situações que, a princípio abstratas, podem a qualquer momento se tornar realidade. Fato é que, atualmente, a criação e manipulação do ser humano que outrora eram atribuídas unicamente às forças divinas ou da natureza passaram a ser objeto de investigação e intervenção do próprio ser humano, o que fez com que a criação fosse, também, fruto da criatura.

E a ciência está aí demonstrando que muita coisa é possível, inclusive a produção de seres que não são naturalmente humanos, mas têm a mesma capacidade destes em se comunicar ativamente e se autodeterminar em contextos sociais de convivência. Deste modo, além dos reflexos antropológicos, políticos e sociais que estes produtos científicos produzirão na realidade, o Direito não poderá ficar aquém desta realidade, como se fosse algo que estivesse fora da sua alçada. Se há uma personalidade possível de ser construída em um contexto de partilha intersubjetiva através da qual indivíduos humanos reconhecem em outros seres a mesma capacidade de autodeterminação, o Direito certamente deverá mudar de postura diante de tal fato. Iñigo Miguel Beriain suscita uma questão interessante ao afirmar que

[...] o Direito terá que decidir se deseja manter as velhas categorias, tratando como um mero objeto um ser com uma capacidade superior a de muitos seres humanos (pense-se, por exemplo, em fetos, enfermos avançados de Alzheimer ou pessoas em estado vegetativo), pelo mero fato de não ser humano, ou se terá de reformular toda a estrutura sobre a qual se sustenta, introduzindo novos parâmetros na equação do jurídico que permitam elevar a certos animais submetidos a melhora genética a classe de sujeito de direitos. (BERIAIN, 2007, p. 2, tradução nossa)⁸⁹

⁸⁹ “[...] el Derecho tendrá que decidir si desea mantener las viejas categorías, tratando como un mero objeto a un ser con una capacidad superior a la de muchos seres humanos (piénsese, por ejemplo, en fetos, enfermos avanzados de Alzheimer o personas en estado vegetativo), por el mero hecho de no ser humano, o si habrá de replantearse toda la estructura sobre la que se sustenta, introduciendo nuevos parámetros en la ecuación de lo jurídico que permitan elevar a ciertos animales sometidos a mejora genética al rango de sujeto de derechos.” (BERIAIN, 2007, p. 2)

A realidade está aí. As mudanças são evidentes e o conceito de pessoa mutável. Apesar de não ter adentrado na problemática das biotecnologias como o fez Iñigo Beriain, Robert Spaemann termina o seu livro dedicado às pessoas com uma frase interessante e que deve ser destacada:

Os direitos da pessoa são direitos do homem, e se no universo humano houver outras espécies naturais de viventes que possuam uma interioridade capaz de sentir e cujos exemplares maduros dispuserem comumente de racionalidade e autoconsciência, deveríamos reconhecer como pessoas a todos os exemplares desta espécie, não apenas aos que dispuserem dessas qualidades, ou seja, por exemplo, ponhamos por caso, a todos os golfinhos. (SPAEMANN, 2000, p. 236, tradução nossa)⁹⁰

De modo algum se pode afirmar que os golfinhos ou os chimpanzés são pessoas, do modo como atualmente conhecidos. Não é pelo fato do chimpanzé possuir 99,4% de carga genética semelhante ao humano, ou pelo fato do golfinho responder a determinados ações humanas que eles são chamados de pessoas.

O conceito de pessoa trabalhado no presente trabalho não é a assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a ação de alguém na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Veja que na hipótese suscitada por Iñigo Beriain não há menção a carga genética do chimpanzé que faz dele pessoa, mas a possibilidade da alteração desta carga genética permitindo que este animal seja capaz de se inserir em um contexto social de co-vivência intersubjetiva e assim construir uma individualidade racional e autoconsciente.

Assim, o conceito de pessoa está sempre aberto porque todo alguém que tiver a capacidade de vincular-se a uma justificativa racional e a uma norma cuja elaboração ele participa não há dúvida que ele seja pessoa.

REFERÊNCIAS

⁹⁰ “Los derechos de la persona son derechos del hombre, y si en el universo hubiera otras especies naturales de vivientes que poseyeran una interioridad capaz de sentir y cuyos ejemplares maduros dispusieran comúnmente de racionalidad y autoconciencia, deberíamos reconocer como personas a todos los ejemplares de esta especie, no sólo a los que dispusieran de esas cualidades, o sea, por ejemplo, pongamos por caso, a todos los delfines.” (SPAEMANN, 2000, p. 236)

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGOSTINHO, Santo. **O Livre-arbítrio**, 2ª ed. São Paulo: Paulus, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMATO, Salvatore. **Il Soggetto e Il Soggetto di Diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História da vida privada**: volume 2: Da Europa Feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História da vida privada**: volume 3: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. **A Política**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Edipro, 2006.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Vol. I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro , v.7, n.5 , p.43-66, abr.2006.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, Louis Joseph et al. **Trattato teorico pratico di diritto civile**. Milano: F. Vallardi, [19-].

BARBOZA, Heloisa Helena. A Clonagem Humana para fins Reprodutivos: um debate não concluído, *in* ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

BERIAIN, Iñigo de Miguel. Un nuevo desafío para el Derecho: la cuestión de las quimeras y los híbridos. **Perspectivas en Derecho y Genoma Humano**. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Espanha, n. 10, p. 1-2, dic. 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 12. ed. atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959.

BOÉCIO, Severino. **Escritos** (Opuscula Sacra). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 7 fev. 2008.

BRASIL. **Lei de Biossegurança**. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 5 fev. 2008.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSIRER, Ernst. **Individuo y Cosmos en la Filosofía del Renacimiento**. Buenos Aires: Emecé Editores, 1951.

CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In* FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Storia della Filosofia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1950.

DELUMEAU, Jean. **A civilização do Renascimento**. Lisboa: Estampa, 1994.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária [Porto Alegre: 1953]**, Porto Alegre, RS, ano 55, n. 362, p.43-60, dez. 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo, 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORTIN, Ernest L. Santo Tomás de Aquino. *In*. STRAUS, Leo; CROPSEY, Joseph. **História de la filosofía política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

FRANÇA (1789). Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. I, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, José Jairo. **Direito Civil**: Introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GÊNESIS. Português. *In*: Bíblia Sagrada. Tradução do Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRACIE, Ellen. Voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0. Supremo Tribunal Federal: Brasil, 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**, 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boietux, 2007.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa que necessita a Teoria do Discurso do Direito? Reflexões sobre a conexão externa entre pessoa deliberativa, cidadão e

pessoa de direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-239 jan-jun 2006.

HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Princípios da Filosofia do Direito**, 2ª ed. São Paulo: Ícone, 2005.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Singular, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del Derecho Romano**. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Madrid: Bailly-Baillieri, [19-].

ITÁLIA. Costituzione (1947). **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Senato della Repubblica, 2003.

ITÁLIA. Suprema Corte di Cassazione – Sezione I Civile. Caso Eluana Englaro. Sentenza 16 outubro de 2007, n. 21748.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1960.

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

LE GOFF, Jacques. **O imaginário medieval**. Lisboa: Estampa, 1994.

LEVÍTICO. Português. In: Bíblia Sagrada. Tradução do Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Conceito Analógico de Pessoa aplicado à Personalidade Jurídica**. Belo Horizonte: Sociedade Mineira de Cultura, 1954.

MATEUS. Português. In: Bíblia Sagrada. Tradução do Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1998.

MAYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del Derecho**. 7ª ed. México: Editorial Porrúa, 1956.

MILÃO, Corte D'Appello di Milano. Caso Eluana Englaro. Decreto in 16 dezembro de 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0216.05.031426-1/001. Processual Civil, rescisão contratual, ilegitimidade ativa, art. 6º CPC, comissão de formatura, sociedade de fato. Apelante: Fernanda Ribeiro Rosa e outros. Apelado: Format Brasil Produções Ltda. Relator: Des. Fernando Botelho, Minas Gerais, 15 fev. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0525.07.111792-9/001. Indenização, danos morais, pessoa jurídica, inexistência de afronta à honra objetiva. Apelante: Resende Ramos ar-condicionado Ltda. Apelado: Vasconcellos Advogados Associados. Relator: Des. José Amancio, Minas Gerais, 06 jun. 2008.

MIRANDA, Custódio da Piedade U. **Teoria Geral do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1954.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da Pessoaalidade no Direito Privado. In FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Atualidades III: Princípios Jurídicos no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Investigaciones com células troncales embrionárias en Brasil y la (in)constitucionalidad del artículo 5º de la Ley de Biosseguridad (Parte II). **Revista de Derecho y Genoma Humano**, Bilbao, núm. 29, p. 151-166 jul-dec 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: volume 1: parte geral. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade**. 2007. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Práxis Histórica**. São Paulo: Ática, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da Modernidade**, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1995.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PAINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis: Vozes, 1989.

PALAZZANI, Laura. **Il concetto di persona tra bioetica e diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 1 : introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atual. / por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Ed. 70, 1989.

PINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**: uma resposta ao ataque do Sr. Burke a Revolução Francesa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Santa Catarina: Momento Atual, 2004.

ROBERTI, Melchiorre. **Svolgimento Storico del Diritto Privato in Italia**. Vol. I, 2ª ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1935.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da personalidade jurídica do nascituro: uma discussão sobre ontologias jurídicas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 23-32, 1º sem. 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. In FIUZA, César (coord). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [19-].

SCHMAUS, Michael. **A Fé da Igreja**. Vol. II, 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1982.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SOLARI, Gioele. **Filosofia del Derecho Privado**. Buenos Aires: Depalma, 1946.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SPAEMANN, Robert. **Personas**: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”. Pamplona: EUNSA, 2000.

TARNAS, Richard. **A Epopéia do Pensamento Ocidental**: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

TOBEÑAS, José Castan. **Los Derechos de La Personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus: 1952.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía Del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1991.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens Medievais da Democracia Moderna**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, vol. I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902.