

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

PAULA ROESSING

**PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA:
DA DIMENSÃO FILOSÓFICA À PROTEÇÃO JURÍDICA**

ORIENTADOR: DR. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

CURITIBA

2001

PAULA ROESSING

**PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA:
DA DIMENSÃO FILOSÓFICA À PROTEÇÃO JURÍDICA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção de grau de Bacharel em
Direito, Curso de Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Professor Dr. José Antônio
Peres Gediel**

**CURITIBA
2001**

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA ROESSING

**PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA:
DA DIMENSÃO FILOSÓFICA À PROTEÇÃO JURÍDICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná

Professor Membro da banca
Universidade Federal do Paraná

Professor Membro da banca
Universidade Federal do Paraná

Curitiba,.....de.....de 2001.

Dedico este trabalho à Universidade Federal do
Paraná por proporcionar-me anos já saudosos de
aprendizado sobre o Direito e a Vida.

Agradeço a todos que auxiliaram na concretização deste trabalho, em especial a minha família pela “benção” do silêncio e pelo “auxílio técnico” nas intermináveis impressões. Também ao Delano, por sua compreensão e pelo “apoio motor” nas “últimas horas”.

Cada um de nós compõe a sua história. Cada ser
em si carrega o dom de ser capaz de ser feliz.
Tocando em frente. Almir Sater/Renato Teixeira

SUMÁRIO

| | |
|---|------|
| RESUMO | viii |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1) A NOÇÃO FILOSÓFICA DE PESSOA | 3 |
| 1.1) A noção filosófica de pessoa na atualidade | 7 |
| 1.1.1) A tendência unitária: o homem como substância..... | 8 |
| 1.1.1.1) A influência da teoria das hipóstases | 8 |
| 1.1.1.2) A noção de pessoa humana pelo pensamento unitário..... | 11 |
| 1.1.2) A tendência reducionista: o homem como relação..... | 13 |
| 1.1.2.1) A influência do racionalismo | 14 |
| 1.1.2.2) A noção de pessoa humana pelo pensamento reducionista..... | 16 |
| 1.1.3) Em busca de um conceito filosófico de pessoa..... | 17 |
| 2) DA PESSOA À PERSONALIDADE JURÍDICA | 23 |
| 2.1) O papel do romanismo para a formação das categorias do direitos..... | 24 |
| 2.2) A incidência do jusnaturalismo cristão sobre a <i>res</i> e o domínio..... | 26 |
| 2.3) Do <i>status</i> ao o sujeito..... | 29 |
| 2.4) O jusnaturalismo racionalista e o sujeito no direito moderno..... | 30 |
| 2.5) A pessoa como elemento da relação jurídica..... | 33 |
| 2.6) A personalidade jurídica..... | 34 |
| 2.7) Os direitos da personalidade..... | 36 |
| 2.8) Os direitos da personalidade e os direitos subjetivos..... | 42 |
| 3) O CONCEITO DE PESSOA NO CÓDIGO CIVIL | 47 |
| 3.1) A pessoa natural..... | 47 |
| 3.2) A pessoa jurídica..... | 50 |
| 3.3) O nascituro..... | 51 |
| 3.3.1) O nascituro pela teoria natalista..... | 52 |
| 3.3.2) O nascituro pela teoria conceptualista..... | 54 |

| | |
|---|-----------|
| 3.4) A prole eventual..... | 57 |
| 3.5) o embrião concebido e mantido <i>in vitro</i> | 57 |
| 4) A PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988..... | 61 |
| 4.1) A “constitucionalização” do Direito Civil | 61 |
| 4.2) O direito à dignidade..... | 63 |
| 4.3) Os demais direitos fundamentais : o direito à vida | 66 |
| CONCLUSÃO..... | 71 |
| REFERÊNCIAS..... | 78 |

RESUMO

Esta monografia, intitulada “ Pessoa Humana e Personalidade Jurídica: da dimensão filosófica à proteção jurídica”, busca traçar um perfil acerca da proteção que o Direito Civil concede ao ser humano sob a forma de personalidade jurídica, desde a ideologia que culminou com a edição do Código Civil de 1916, ainda vigente, até a atualidade, onde a Constituição Federal de 1988 desempenha papel fundamental na consolidação da dignidade humana. Para tanto, abordamos a discussão atual acerca da noção filosófica de pessoa humana e a forma como o Direito absorveu essa definição, equiparando-a ao sujeito de direitos e obrigações, na sua inserção como um dos elementos da relação jurídica, num enfoque eminentemente patrimonialista. Para evidenciar esta constatação, partimos do termo inicial de aquisição de personalidade para o nosso Direito, que corresponde tradicionalmente ao nascimento com vida para a maior parte da doutrina. Registramos contudo, um novo caminho que começa a ser traçado a partir do texto constitucional, que ao fazer da dignidade da pessoa humana um fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III, amplia consideravelmente a tutela da pessoa, considerando sua dimensão integral. A principal conclusão a que chegamos, é a de que o Direito concede a todo ser humano, em qualquer estado de seu desenvolvimento, tutela de sua esfera pessoal, seja sob a forma da ampliação da personalidade jurídica, considerando a concepção o marco a partir do qual torna-se exigível esta tutela, seja na forma da titularidade difusa, a partir da consideração de que a vida humana interessa a toda Humanidade por representar o seu futuro.

INTRODUÇÃO

O modelo clássico de Direito Civil teve sua construção teórica calcada na idéia de relação jurídica, pois opera procurando identificar, no caso concreto, uma pessoa titular de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição. O termo “pessoa” no âmbito jurídico corresponde, portanto, ao sujeito de direito.

Dessa forma, o termo inicial de existência da pessoa humana para o Direito, na visão civilística tradicional constante em nosso Código em vigor, corresponde ao início da personalidade jurídica, pois é ela que lhe reconhece a capacidade para agir nesse universo, adquirindo direitos e contraindo obrigações, conforme a disposição constante em seu artigo 2º. Então, para que o ser humano tenha a seu favor a tutela do Direito deve existir nesse universo como um sujeito.

O presente trabalho visa abordar a dimensão desta proteção, tecendo considerações acerca da noção de “pessoa” para o Direito Civil mediante a análise do termo inicial para aquisição de personalidade, que, por sua vez, vem definido no artigo 4º do referido Código, correspondendo nos dizeres legais, ao nascimento com vida, ressalvados, no entanto, os direitos do nascituro desde a concepção.¹ Tal redação deixar nebuloso o alcance da proteção jurídica da pessoa humana.²

Dentro dessa orientação, as considerações que a reflexão filosófica e jurídica podem trazer acerca da pessoa humana e da personalidade estão estruturadas em quatro capítulos.

O primeiro capítulo visa discutir a noção filosófica atual de pessoa, concentrada em dois pólos fundamentais de discussão: a tendência reducionista e a

¹ “Art. 2º- Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”

“Art. 4º- A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.”

² A vigência do novo Código Civil não afetará esse entendimento, pois a redação nesse sentido, é praticamente a mesma:

“Art. 1º Todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

unitária. A reflexão é importante, pois na delimitação do termo “pessoa humana”, busca-se definir qual seria o ente que o Direito deveria tutelar.

O segundo capítulo pretende demonstrar como essa noção filosófica foi apanhada pelo Direito em sua evolução histórica, refletindo na noção da personalidade e seus direitos, que em seu início confundiram-se com os direitos subjetivos, estando condicionados, portanto, à tipificação legal. Será demonstrado como a teorização desses direitos subjetivos mostrou-se ineficaz para abarcar toda a abrangência e complexidade dos direitos decorrentes da personalidade humana, que são tantos quanto as infinitas potencialidades da pessoa.

O terceiro capítulo visa especificar a noção de pessoa absorvida pelo nosso Código Civil, que guiou-se por uma concepção extremamente patrimonialista do homem e da vida. Quer-se demonstrar a insuficiência em responder à nova realidade social com o enclausuramento da noção de pessoa humana ao Diploma Civil. Para tanto, aborda as três principais teorias acerca do início da personalidade jurídica da pessoa humana, qual sejam, a natalista, a conceptualista e a da personalidade condicional, tentando definir como ficariam as categorias civilísticas de pessoa natural, nascituro e prole eventual, mencionando ainda o embrião *in vitro* e a sua inadequação a esses parâmetros.

O quarto e último capítulo tratará de observar essa problemática à luz da Constituição, seguindo o movimento de “repersonalização” e de “constitucionalização” do Direito Civil, apontado por nossa melhor doutrina. Através da análise do direito à dignidade e dos demais direitos fundamentais, centrando-nos no direito à vida, pretendemos demonstrar que o ser humano pode ter uma proteção mais abrangente ao captar-se o termo “pessoa” como dado pré-jurídico, ontológico pela própria realidade e axiológico, por eleição constitucional. Nesse sentido, o início da personalidade pode corresponder a um momento anterior ao nascimento, ou a vida não nascida pode ser preservada independente disso, através da titularidade difusa no interesse de preservação das futuras gerações.

1) A NOÇÃO FILOSÓFICA DE PESSOA

Podemos dizer que a Filosofia constitui um verdadeiro fundamento para as demais ciências, na medida em que percebemos o seu desenvolvimento no momento em que as definições que o homem tinha a respeito de si e do mundo começaram a tornar-se insuficientes para explicá-los, forçando o aparecimento de uma nova forma de pensar que estabelecesse certezas sobre vários aspectos da vida humana ou que, ao menos, tornasse uniforme o entendimento a este respeito. Daí a peculiaridade da visão filosófica, que, num entendimento que nos parece bastante interessante pode ser assim definida:

“A visão da filosofia é uma visão de conjunto, ou seja, o problema tratado nunca é examinado de modo parcial, mas sempre sob a perspectiva de conjunto, relacionando cada aspecto com os outros do contexto em que está inserido. Se a ciência tende cada vez mais para a especialização, a filosofia, no sentido inverso, quer superar essa fragmentação do real, para que o homem seja resgatado na sua integridade e não sucumba à alienação do saber parcelado.”³

Foi preciso que o homem aprendesse a problematizar seu mundo através da Filosofia para que surgissem as dúvidas que impulsionariam o desenvolvimento de sua racionalidade. O surgimento da Filosofia, ocorrido em Atenas por volta do século V a.C., refletiu a passagem da consciência mítica para a consciência reflexiva, configurando uma verdadeira crise paradigmática.⁴

A concepção mítica de homem está registrada nos poemas homéricos, que constituem um dos primeiros registros narrativos de uma civilização. Esses registros

³ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*, São Paulo: Moderna, 1986, p.45.

⁴ “Em Atenas se trataba del pasaje del mundo mítico al mundo metafísico, el viraje de la experiencia originaria para la fase de la representación. Los sofistas son los representantes más conocidos del tiempo de la crisis. Todo entra en disolución: la política, la ética, la religión, las costumbres. Sócrates, Platón y Aristóteles son los grandes pensadores de la crisis y los constructores de un nuevo orden de pensamiento y de práctica, los idealizadores de un nuevo sentido de la vida que marcaron profundamente el camino del hombre/mujer occidental hasta los días de hoy.” (BOFF, Leonardo. *La posmodernidad y la miseria de la razón liberadora*. In : *Análisis*, p.32-33).

datam dos séculos XII a VII a.C., e traduzem os mitos⁵, que eram recolhidos pela tradição e transmitidos oralmente pelos cantores ambulantes que davam forma poética a esses relatos e os recitavam de cor em praça pública. Não é possível fixar a autoria de tais trabalhos de formalização, pois inicialmente eles não eram escritos, até porque não havia preocupação quanto à autoria numa época onde predominava a consciência mítica, sendo o anonimato uma expressão do coletivismo, donde não se destaca ainda a individualidade⁶.

A consciência mítica pode ser tida como uma consciência comunitária, onde o homem primitivo desempenha papéis que o distanciam da percepção de si como sujeito propriamente dito. Isso porque não é ele quem controla sua ação, já que sua experiência não se separa da experiência da comunidade, mas antes, se faz por meio dela⁷.

De qualquer forma, as apopéias caracterizam uma das primeiras concepções de homem que se tem notícia. As ações heróicas narradas mostram a constante intervenção dos deuses, ora para auxiliar um protegido, ora para perseguir um inimigo.

⁵ *Mythos* significa etimologicamente “palavra” ou “o que se diz.” O mito, embora tido, num primeiro momento, como um modo fantasioso de explicar a realidade que ainda não foi justificada pela razão, demonstra ser mais do que isso para existir ainda em nossos dias. É uma verdade intuída, isto é, percebida de maneira espontânea, sem necessidade de provas. Sua função é, primordialmente acomodar e tranquilizar o homem em um mundo assustador, do qual se oculta, na medida em que não consegue compreendê-lo. O mito assemelha-se à religião, pois também é utilizado pelo homem para fixar modelos exemplares de todos os ritos e gestos com base no comportamento de um ou mais seres superiores.

⁶ Por tudo isso, há controvérsia a respeito da época em que Homero, um desses poetas, teria vivido e até se realmente teria existido. Atribui-se a ele a autoria de dois poemas épicos; *Ilíada*, que trata da guerra de Tróia (Tróia em grego é Ilion) e *Odisséia*, que narra o retorno de Ulisses à Ítaca, após essa guerra (Odísseus é o nome grego de Ulisses).

⁷ Para Gusdorf “a primeira consciência pessoal está, portanto, presa na massa comunitária e nela submergida. Mas essa consciência dependente e relativa não é uma ausência de consciência; é uma consciência em situação extrínseca e não intrínseca. A individualidade aparece então como um nó no tecido complexo das relações sociais. E o eu se afirma pelos outros, isto é, ele não é uma pessoa mas personagem (...)” (GUSDORF, Georges. *Mito e Metafísica*. São Paulo: Convívio, 1979, p.102.).

Nesse sentido, a transgressão de um tabu (proibição envolta em clima de temor e sobrenaturalidade) estigmatiza não só quem o violou, mas também familiares, amigos e até a própria tribo. Daí advém o remédio dos “rituais de purificação”.

O homem homérico é presa do Destino, que é representado pela figura das Moiras⁸, sendo imutável, sem possibilidade de alteração nem pelos próprios deuses. O herói vive na dependência dos deuses e do destino, faltando-lhe a vontade e o livre-arbítrio.

O pensamento humano só começa a libertar-se desse fatalismo por volta do século VIII a. C., através do aparecimento de uma consciência racional, decorrente das novidades que a caracterizaram: a escrita, surgida por influência dos fenícios, a lei e a pólis, num encadeamento lógico. A escrita possibilitou a elaboração de leis, e estas definiram os caracteres necessários para que o indivíduo pudesse ter o direito de atuar na pólis sob a prerrogativa de cidadão⁹.

Tais elementos evidenciaram o surgimento do pensamento reflexivo, e com ele, da filosofia. Os primeiros filósofos viveram por volta do século VI a.C., nas colônias gregas, e foram classificados posteriormente como pré-socráticos. Sua questão central era definir a *arché*: a substância fundante de todas as coisas. As divergências nas respostas que daí derivavam nos mostram que enquanto nos mitos há uma narrativa cujo conteúdo não se questiona, na filosofia há um convite à problematização. Ela rejeita a interferência de agentes divinos, buscando coerência nos conceitos usados na abstratização do pensamento.

⁸ As Moiras são três irmãs que dirigem o movimento das esferas celestes, a harmonia do mundo e a sorte dos mortais. Dividem entre si diversas funções: Cloto, seguindo seu significado, o verbo “fiar” tece os fios dos destinos humanos; Laquéis, cujo significado é “sorte” põe o fio no fuso; Átropos, “inflexível” corta impiedosamente o fio que mede a vida de cada mortal.

⁹ Esta cidade difere das outras existentes até então por estar centralizada na ágora, ou seja, num espaço público onde os cidadãos debatiam os problemas de interesse comum. Então, sobre o valor do sangue, restrito aos grupos privilegiados em função da fortuna herdada pelo nascimento ou adquirida por atitude pessoal, sobrepõe-se a distribuição dos direitos aos cidadãos enquanto representantes dos interesses da pólis. O ideal de justiça ganha uma dimensão política pois corresponde a não mais os interesses da tradição familiar, mas sim da sua atuação frente à comunidade. A pólis se faz pela autonomia da palavra, que tornou-se humana, discutível e debatida, e não mais mágica, ditada pelos deuses. O homem, enquanto cidadão, liberta seu pensamento dos desígnios divinos e passa a ele próprio tecer seu próprio destino na ágora. Mas apesar da aparência democrática, essa oportunidade de interação com o destino não era concedida a todos os homens, mas somente àqueles que possuíam prerrogativas de cidadãos. Tanto que no apogeu da democracia ateniense, a cidade, que possuía meio milhão de habitantes, dos quais 300 mil eram escravos e 50 mil estrangeiros (metecos), conferia a apenas com 10% de seus habitantes o direito de decidir pelos demais, considerando a exclusão das mulheres e crianças do cenário político.

Sócrates funda o período filosófico clássico (do século V ao IV a. C.), caracterizado por centrar o pensamento na busca de uma definição para a natureza humana, visando definir a substância inerente ao ser humano, ao invés de buscar apenas a *arché* da natureza.

A substância seria aquilo que é em si e não em outra coisa, ou seja, aquilo que existe por si e que não necessita de outro fundamento. A essa independência, própria da substância, os gregos denominaram substância: a aptidão para ser sem dependência. Quando a substância for completamente subsistente, ela se chamará suposto, ou *hypóstasis*, como denominavam os gregos. A hipóstase define-se então como a substância singular e perfeitamente subsistente e incomunicável¹⁰. Daí decorre o início de que chamaríamos nos séculos seguintes de hipostasiação da noção filosófica de pessoa, pois muitas serão as mentes que se ocuparão em procurar também uma hipóstase para a noção de pessoa.

Essa substância, para o filósofo é a alma do homem (*psyché*), uma vez que é a alma que o distingue de qualquer outra coisa, dando-lhe, em virtude de sua história, uma personalidade única. Por *psyché*, Sócrates entende nossa sede racional, inteligente e eticamente operante, ou ainda, a consciência e a personalidade intelectual e moral.¹¹

Platão e Aristóteles também concentram-se em estabelecer uma hipóstase para a pessoa. Platão, no que se refere à pessoa, estabelece uma dicotomia entre o corpo físico e aquilo a que chama de alma. Esta teria vivido a contemplação do “mundo das idéias” e com a encarnação teria no corpo uma prisão. Aristóteles, de modo especial, marcará durante séculos a cultura ocidental, devido a seu pensamento organizado e sistematizado em torno da lógica. Nele, o indivíduo é uma substância racional porque criado à imagem de Deus e é, por isso, uma pessoa. O homem é um ser dotado de

¹⁰ MORAES, Walter. A concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 509, p.14.

¹¹ Um dos raciocínios fundamentais desenvolvidos por Sócrates para provar essa tese é o seguinte: uma coisa é o instrumento que se usa e a outra é o sujeito que usa o instrumento. Ora, o homem usa o seu corpo como instrumento, o que significa que a essência humana utiliza o instrumento, que é o corpo, não sendo, pois, o próprio corpo. Assim, à pergunta "o que é o homem?", não seria lógico responder que é o seu corpo, mas sim que é "aquilo que se serve do corpo", que é a *psyché*, a alma. (REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. História da Filosofia. Vol. I, São Paulo: Paulus, 1990).

forma, sentido e um fim¹², mas ao mesmo tempo é um “acidente do cosmos, um composto de matéria e forma, sujeito como tal ao devir e à morte.”¹³

Como é a Filosofia que vai presidir daí para frente as demais formas do pensar humano, dentre elas o Direito, para abordarmos o início da personalidade jurídica do homem e a sua vinculação com as categorias de pessoa natural, nascituro e prole eventual, necessário se faz realizar uma reflexão filosófica sobre o termo “pessoa”, com base no discurso da atualidade.

De modo geral, a partir do início da hipostasiação do termo pessoa, a filosofia terá por objeto a busca da definição dessa substância, ora considerando elementos eleitos como necessários, como a racionalidade e a individualidade, ora considerando-a ontologicamente.

1.1) A noção filosófica de pessoa na atualidade

Atualmente, a polêmica na definição da pessoa humana centra-se na questão de ter ela uma existência por si, sendo um dado concreto indiscutível, ou de depender da demonstração de outros caracteres. Seguindo essa dicotomia, costuma-se agrupar os diversos entendimentos filosóficos acerca da conceituação de pessoa em duas linhas principais, apontadas por Palazzani¹⁴: a reducionista e a unitária.

A tendência reducionista¹⁵ é favorável à separação entre o conceito de pessoa e o de ser humano, pois para ser pessoa deve o homem apresentar um *plus* a mais que a sua própria existência. A tendência unitária, ao contrário, busca a identidade intrínseca entre esses conceitos, unificando-os de modo a atribuir a todo ser humano a

¹² A forma corresponde à alma, que era inerente a todos os organismos, sendo impossível concebê-la fora do corpo.

¹³ MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”). Coimbra: Almedina, 1990, p.185, nota de rodapé nº 359.

¹⁴ PALAZZANI. L. El concepto de persona en el debate bioético y biojurídico actual, en Medicina y Ética, nº 1, 1997, p. 21.

¹⁵ Essa concepção foi rejeitada pelo Comitê Italiano de Bioética pelo fato de, no seu entender, legitimar a discriminação entre os seres humanos. (BIOÉTICA, Comitê Italiano de Identidade e estatuto do embrião. Revista SEDOC, Petrópolis (RJ) p 504-562, 1997. (Tradução de Antônio Angonese)).

designação de “pessoa” em virtude das potencialidades que o distinguem das demais espécies vivas.

Em última análise, o que está sendo colocado em discussão é se um ser humano que não pode demonstrar sua consciência, através da percepção de si e do mundo, como um alienado mental ou uma criança recém-nascida, ou mesmo um embrião, pode ser considerado uma pessoa, tendo direito a ser protegido na dignidade que traz consigo essa terminologia.

1.1.1) A tendência unitária: a pessoa como substância

Tal entendimento parte do entendimento de que a pessoa é um ente que impõe-se pela sua própria existência, independentemente da consideração de qualquer outro valor, sendo portanto uma substância, como na matriz do pensamento socrático. Nesse sentido há coincidência entre o conceito de ser humano e o de pessoa, pois não há distinção capaz de retirar de determinado indivíduo a identidade que possui em relação ao restante da Humanidade. Por operar essa valoração, e também por recorrer à hipostasiação do ser humano, à tendência unitária é atribuída a inspiração decorrente do pensamento cristão, disseminado, principalmente durante a Idade Média, com a leitura dos filósofos gregos à luz do cristianismo.

1.1.1.1) A influência da teoria das hipóstases

Desde a morte de Aristóteles em 322 a.C. até o início da Idade Média, por volta do ano 400 d. C., inaugura-se um novo período filosófico, marcado pelo sincretismo cultural (decorrente da unificação imposta pelas conquistas de Alexandre Magno aos três grandes reinos helênicos, a Macedônia, a Síria e o Egito), e pela ascensão romana a partir do ano 50 a.C. Roma passou a exercer um poderio militar capaz de conquistar todos os reinos helênicos, mesclando sua cultura com a grega e a latina, mantendo essa hegemonia até a Idade Média.

Essa passagem desde Aristóteles até o medievo é denominada helenismo e caracterizou-se pelo mencionado predomínio cultural. Entre as escolas desse período destacam-se a dos cínicos, a dos estóicos e a dos epicuristas. Embora sejam escolas com características bem próprias, todas elas tinham por ponto de partida os ensinamentos gregos desde os pré-socráticos. Mas, sem dúvida alguma, a mais importante das escolas do final da Antigüidade foi inspirada pelo gênio de Platão, chamada por isso de neoplatônica.

O maior expoente do movimento neoplatônico foi Plotino (270 a 205 a. C.), que elaborou sua teoria das hipóstases com um diferencial.

Plotino utiliza Platão, a princípio, na concepção dual que faz do mundo e do homem; de um lado havia a luz divina (o Uno), de outro as trevas, que na verdade são a ausência dessa luminosidade. A luz do Uno ilumina a alma e as trevas no homem correspondem à matéria, que não possui existência real, já que são apenas a ausência temporária do divino. Mas afasta-se no pensamento platônico ao afirmar que na verdade tudo pode ser potencialmente banhado pela luz do Uno.

Para Plotino, o fundamento da hipostasiação dos seres é o uso aplicado sobre a cosmologia platônica-aristotélica, da teoria do Uno, um Princípio Criador que faz com que os seres individuais participem desse Princípio. Nesse sentido, é pela participação necessária dos seres no Eterno, que o homem poder ser inscrito na cosmologia da Criação, e não por sua existência em si mesmo. Então havia algo mais que definia a pessoa: o homem era substantificado por sua relação com o Uno. Esse *plus* a mais exigido além da própria existência física que era atribuído a todos os homens, não ocasionou uma forma de discriminação, mas significou o início da consideração da relação do ser humano com outros critérios para que este seja designado como pessoa. Esta é a inovação trazida por Plotino.

Com a queda do Império Romano , por volta do século V, a cultura greco-romana quase desaparece nos períodos mais turbulentos de implantação do feudalismo, ficando, no entanto, “latente” nos mosteiros. A influência desses pensadores se fez notar na filosofia política medieval, quando a produção grega,

inicialmente temida por ser considerada pagã, foi interpretada e adaptada à luz da fé cristã, através da Escolástica¹⁶.

O advento do cristianismo reforça a concepção metafísica da natureza humana, e novamente falar-se-á na teoria das hipóstases : com São Basílio e São Gregório Niceno, hipóstase é o indivíduo determinado, existente por si. Há uma diferença aí entre o que é próprio de cada ser (a inteligência, a liberdade...) e o que é comum a todos (essência), elemento que hipostasia o humano.

Mas é a definição de Boécio que vai inspirar todo o medievo. Por ela a pessoa é *naturae rationalis individua substantia*, isto é, a substância individual de natureza racional. A racionalidade, enquanto confere a perfeição à pessoa é o pressuposto de sua dignidade, noção que teve origem na concepção cristã de pessoa como uma substância racional, no princípio da imortalidade da alma e na ressurreição do corpo¹⁷.

Para Santo Agostinho, pessoa significava uma substância, em si mesma, e, dessa forma, o Pai é pessoa em relação a si mesmo, e não em relação ao filho, e assim por diante, na problematização da Santíssima Trindade. A hipostasiação consistia somente na experiência anterior da Revelação.

Essa substantificação não será tão simples em Tomás de Aquino, que avança no conceito de Aristóteles inculcando na noção de pessoa o aspecto psicológico e o moral, significando-a como “relação”, tal como em Plotino, e, simultaneamente, como substância da relação *in divinis*. Não havia outra forma de esclarecer o significado das pessoas divinas senão nas relações entre elas, com o mundo e com os homens, Assim, não há distinção em Deus, a não ser em virtude das relações de origem. Contudo, em Deus a relação não é como um acidente inerente ao sujeito, mas é a própria essência divina, de tal modo que a subsiste do mesmo modo como subsiste a essência divina.¹⁸

¹⁶ Desenvolve-se a escolástica a partir do século III d.C.; Santo Agostinho extrai de Platão a base para sua construção teológica (*civitas terrena e civitas Dei*) enquanto que Aristóteles aparece em Santo Tomás de Aquino.

¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

¹⁸ Tal como a divindade é Deus, a paternidade divina é Deus Pai, que é a pessoa divina: portanto, a pessoa divina significa a relação enquanto subsistente, isto é, significa a relação na forma da substância, que é a hipóstase subsistente na natureza divina, embora aquilo que subsiste na natureza divina outra coisa não seja senão a natureza divina.

Tomás de Aquino, analisando a expressão de Boécio, observa que a pessoa é um substância dotada de uma certa dignidade, sendo a dignidade suprema do ser humano a razão.

De qualquer forma, inobstante as divergências quanto à definição de uma hipóstase para o ser humano, o que nos propomos a ressaltar é a intenção da tendência unitária em buscar definir como conteúdo da noção de “pessoa” o ser humano em si mesmo, como substância que por si existe e que detém uma série de potencialidades comuns a toda a Humanidade, advindo daí a atribuição de dignidade e respeito pelos demais.

1.1.1.2) A noção de pessoa humana pelo pensamento unitário

O ser humano teria sua unidade por referência à substância individual, que não pode ser reduzida a soma de todas as suas propriedades. A pessoa é o ser humano não pelo que ele tem, mas pelo que ele é. Sendo a pertença à Humanidade o fator identificador da pessoa, não haveria nenhum tipo de hierarquia, nem gradação quanto aos diversos estados que o ser humano atravessa em seu desenvolvimento. Seriam pessoa o feto, o embrião, o senil, o doente terminal, o alienado mental.

Mas nesta noção de pessoa a partir do aspecto biológico, algumas questões podem ser colocadas de modo a demonstrar que nesse campo não há absoluta clareza nas definições que pretende utilizar.

O homem, enquanto corpo biológico pode ser denominado de indivíduo, conforme faz Lucien Sève¹⁹. Poderíamos defini-lo como o ser humano enquanto individualidade em termos biológicos: nenhuma carga genética será idêntica a de outro da mesma espécie. É o ser um exemplar ao mesmo tempo genérico e singular da sua espécie, pois possui características como todos os outros e como nenhum outro, diferenciando-se dos outros ao infinito por um conjunto de particularidades genéticas, somáticas e temperamentais. Nessa definição não adentram implicações éticas ou jurídicas, sendo utilizada uma linguagem puramente descritiva. Mas mesmo nesse

¹⁹ SÈVE, Lucien. Para uma crítica da razão bioética. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

campo tão exato, surgem controvérsias quanto ao que se considera individualidade, pois diverge a Biologia ao afirmar o momento do surgimento de um indivíduo.

Embora num primeiro momento pareça óbvio que esse início corresponda ao momento da concepção, o conhecimento científico tem refutado esta imagem da fecundação como ponto de partida de um processo a ser finalizado, de modo que o óvulo fecundado é definido como uma célula totipotente apta para evoluções diversas e cuja realização resulta, não da emergência de uma única possível, mas da eliminação de todas as outras²⁰.

Isto porque o desenvolvimento do zigoto humano compreende uma série de fases, não exatamente sucessivas entre si, mas por vezes excludentes uma das outras. Da divisão celular pode resultar um embrião informe, ou mesmo um tumor. E até a terceira semana, o próprio embrião pode dividir-se para formar gêmeos.

Então, a união dos cromossomos do espermatozóide com os do ovócito revela-se apenas o início de um processo complexo. O biólogo católico Charles Thibault²¹ por exemplo, reúne inúmeras razões que fazem da constatação do início da animação humana ocorrer no instante da formação do zigoto uma resposta bastante superficial.

Por exemplo, o óvulo acabado de fecundar não possui de imediato as características próprias do ser humano. Por exemplo, a atividade nervosa superior, critério tão fundamental que sua ausência implica na constatação do resultado morte. Só a partir do décimo quarto dia após a concepção aparece a linha primitiva sobre a qual se desenvolverá o tubo neural. E o sistema nervoso central só aparecerá em definitivo no sétimo mês, quando o cérebro se torna funcional. Questiona-se se haverá, antes disso um ser humano.

Outra característica essencial diz respeito às propriedades imunológicas, consideradas as mais típicas da individualidade no plano biológico; até o fim da segunda semana, estas propriedades não se manifestam, podendo o embrião ser rejeitado pelo ventre materno como um corpo estranho, antes disso.

²⁰ *Idem, ibidem*, p.33.

²¹ Mencionado por SÈVE, Lucien, *idem, ibidem*, p.29 e ss.

Então a ontogênese apresenta-se como um processo onde os eventos constituem-se de forma maciçamente aleatória, pois nas condições naturais de reprodução humana, 50 a 80% dos embriões abortam espontaneamente nos primeiros dias e são evacuados sem o conhecimento das progenitoras; há muitas fecundações que não produzem um ser humano viável.

Dessa forma, se o que seja um indivíduo não é claramente delimitável, mencionar que a pessoa comece desde a concepção, como o faz grande parte da ética biomédica, torna-se uma afirmação incerta. Esse discurso sustenta, mesmo silenciosamente, a representação de uma censura ontológica na qual a pessoa pode ser efeito de um momento, no seu caráter absoluto.²²

1.1.2) A tendência reducionista: o homem como relação

O modo reducionista de pensar já não admite que a pertença ao gênero humano seja fundamento suficiente para reconhecer a todo homem a condição de pessoa e a sua conseqüente proteção pelo Direito. Tal concessão só seria outorgada àqueles seres humanos que possuíssem propriedades e capacidades relevantes, como a consciência do próprio eu, a autonomia e a racionalidade. Só estes seriam pessoas.

Nesse sentido, essa facção da Bioética é tida como funcionalista, justamente por ter como critério fundante da pessoa a funcionalidade das potencialidades humanas tidas como primordiais, tal como definem os bioeticistas Hugo Tristram Engelhardt, Peter Singer, por exemplo.²³

Há resistência em admitir a paridade ontológica entre o homem e a pessoa, isto é, em aceitar que o critério objetivo para determinar quem é pessoa é sua pertença ao espécie *homo sapiens*. O reducionismo repele essa visão proclamando uma definição

²² *Idem, ibidem*, p. 31 e ss.

²³ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. De nuevo sobre el concepto de persona. El reto ante el debate bioético y biojurídico actual. In: *Persona y Derecho*, vol. 41, Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1999, p. 322.

de pessoa com base em um “ter” (consciência, sensibilidade ou outras características) e não no “ser”.

Tal entendimento sugere a superação das reflexões ontológicas sobre o ser, baseada em uma visão secular do homem que lhe concede especial importância à racionalidade como critério que reduz o homem a sujeito moral, reflexo da visão da modernidade, fundada pelo Racionalismo.

O paradigma da modernidade surgiu ao final da Idade Média, quando desmoronam as sínteses dos mestres medievais, deslocam-se as referências políticas e se obscurece o horizonte religioso do cristianismo devido aos abusos dos papas imperiais.²⁴

As definições da Escolástica foram mitigadas juntamente com a hegemonia da Igreja Católica, de modo que ao homem já não mais correspondia uma natureza concreta e ontológica que lhe reconhecesse uma substância individual de natureza racional, suprimindo-lhe, dessa forma, a dignidade como dado anterior e superior à ordem legislada.

1.1.2.1) A influência do racionalismo

O predomínio do pensamento aristotélico adaptado ao Cristianismo, que considerava pessoa o homem existente em função da alma que portava (uma valoração que não pode ser graduada, portanto) lentamente vai sendo mitigado com o advento do racionalismo, a partir do século XVII. Com ele passa-se a exigir algo mais para que um ser humano seja considerado pessoa: já por iniciação de Plotino e Tomás de Aquino o ser humano é pessoa por ser ente em relação aos demais. Com Descartes essa concepção é desenvolvida para afirmar que o que faz do indivíduo uma pessoa é também uma relação, só que da pessoa consigo mesma, através da demonstração de racionalidade.

A conclusão cartesiana advém do questionamento sobre a possibilidade de um método científico seguro de descoberta da realidade, para que a razão humana não

²⁴ BOFF, Leonardo. Op. cit. p. 33.

pudesse ser ludibriada. Descartes concluiu que só teria certeza em relação a existência de dúvida em relação à veracidade de tudo que apreendemos do mundo através dos sentidos. Então a única certeza que possuía é que havia a dúvida e esta era resultado do pensamento, da razão que cogita e daí o elemento fundante da existência da pessoa: *cogito, ergo sum*, penso, logo existo. A *contrario sensu*, aquele que não demonstrasse essa propriedade de pensar, a racionalidade, não existiria enquanto pessoa.

Descartes²⁵, como integrante do movimento renascentista, adotou os preceitos do dogmatismo, contrapondo as distinções de matéria (*res extensa*) e do espírito (*res cogitans*), como duas substâncias separadas e impenetráveis reunidas no ser humano. É o reconhecimento do “eu” enquanto coisa pensante (a consciência do pensamento) que vai dar existência à substância humana.

Passando pelo *cogito, ergo sum* de Descartes, Hume, Locke, Kant²⁶ e Kelsen, essa noção ontológica tem sido diminuída ao ponto de não se pensar na pessoa em si mesma, para se considerar dimensões do ser pessoal, especialmente a questão da demonstração de racionalidade.

²⁵ A existência de Deus era essencial a filosofia cartesiana, embora seus seguidores nos séculos posteriores tentassem por vezes omitir esse fato. É que ele considerava a idéia de um ser perfeito e essa noção não poderia vir de um ser imperfeito. Viria, portanto de um ser perfeito: Deus.

²⁶ Kant vai operar a separação entre direito e moral, tornando comum entre os juristas distinções como legislação externa, sancionada (típica do direito) e legislação interna (típica da moral), ou entre imperativo categórico, ditado pela consciência (lei em sentido ético) e imperativo hipotético (lei em sentido jurídico). Tais definições trouxeram consigo o perigo de um formalismo exacerbado, que refletiu a primazia do direito sobre a moral observada em nossos dias, pela predominância do positivismo jurídico, que sempre tem negado contaminação com a lógica da ética, ao considerar que a juridicidade não está no conteúdo material das normas (que pode ser ético, econômico ou social), mas exclusivamente na sua estrutura formal. O problema fundamental para os positivistas não é o da Justiça (a “Moral do Direito”), mas sim de sua validade formal.

Ao herdar essa problemática, o mundo contemporâneo reflete um anseio de reconciliação à época na qual direito e moral encontravam-se unidos pela eticidade de Hegel, na impressão da conquista de um “real mínimo ético” ou uma tendência ao desaparecimento de ambos, na contradição tão própria da pós-modernidade. Tais observações seguem o pensamento de Domenico Costela, exposto em palestra proferida no Setor de Ciências Jurídicas da UFPR em 25/06/99.

1.1.2.2) A noção de pessoa humana pelo pensamento reducionista

Sobre o fato de o termo pessoa, de clara inspiração jusnaturalista cristã ter-se reduzido a um “ter”, bem observa Ilva Myriam Hoyos Castañeda:

“(…) No deja de ser paradójico que el concepto de persona, elaborado originariamente para caracterizar al individuo de la especie humana, se use hoy, en esta sociedad fragmentaria y fragmentada, contra el hombre mismo. Esse derecho sólo corresponde, se afirma, a aquellos seres humanos que posean propiedades y capacidades relevantes, como la conciencia del próprio yo, la autonomía y la racionalidad. Únicamente los seres así son personas, y sólo la persona, así entendida, es titular del derecho a la vida²⁷. (…).”

Seguindo o raciocínio da autora, afirmar que a pessoa é o homem que tem determinadas características (autoconsciência, autonomia...) supõe dividir os homens em dois grupos antagônicos: aqueles que seriam pessoas por as possuírem e os outros, que não alcançariam tal conceito. E qual o critério para se definir com exatidão quais os caracteres necessários para que um ser humano seja acolhido pelos outros e reconhecido como pessoa? Alguns homens fatalmente acabariam convertendo-se em juizes dos outros. Tal questão conduz a um funcionalismo, na medida em que a demonstração de certas funções tornaria um ser humano uma pessoa.

Por exemplo, para o bioeticista australiano Peter Singer, essas características correspondem à consciência de si mesmo, que faz com que o ser identifique-se como entidade distinta das demais, com um passado e um futuro, de modo que possa ser capaz de ter desejos, exercendo à função sensitiva. E o mais importante desejo que se pode ter, segundo ele é o desejo de direito à vida. Então, para Singer, as características essenciais para tornar-se pessoa são a sensibilidade e a racionalidade decorrente da consciência de si. Nesse caso, haveriam muitos seres capazes de experimentar prazer e dor, mas que, por não possuírem racionalidade não seriam considerados pessoas: muitos animais, e também os fetos humanos e os mentalmente incapazes. E seriam considerados “pessoa” o homem mentalmente saudável e, por

²⁷ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Op. cit., p.322.

incrível que pareça, alguns animais, como os mamíferos, que demonstram uma consciência racional, ainda que instintiva.²⁸

De outra parte, o bioeticista Hugo Tristram Engelhardt, propõe como critério definidor a autoreflexão, a racionalidade e a capacidade de ter uma preocupação moral que permita participação na comunidade a que o ser pertence. Para ele, a pessoa em sentido estrito, é agente moral e titular de direitos e deveres. Em sentido secundário, os senis ou débeis, e todos aqueles que não demonstrassem capacidade de atuar em relações sociais mínimas teriam alguns direitos, mas não obrigatoriamente deveres.²⁹

Então, nesse caso a universalidade dos direitos humanos se perde, pois haveriam pessoas titulares de direitos mais fortes que os atribuídos a outras. Na escolha de algum critério definidor do reconhecimento de humanidade, o Estado teria um poder absoluto para outorgar ou negar direitos, dizendo, em última análise, quem deve nascer e quem pode morrer: a defesa da tese funcionalista estará sobrepondo a qualidade da vida à sacralidade da mesma³⁰.

1.1.3) A busca por um conceito filosófico de pessoa

A tendência unitária também acarreta contradições na conceituação da pessoa humana, já que a idéia de substância é a corresponde a um dado subjacente que subsiste por si mesmo e a pessoa tem uma dimensão construída: não existe por si , mas pelo outro, pela Humanidade. Também sustenta-se que não há um consenso sobre a definição da essência humana e que tal consideração poderia “coisificar” a pessoa.³¹

Aponta-se na tentativa de superação antiga teoria das hipóstases através da consideração do homem como ser relacional, atitude aparentemente mais condizente com a racionalidade atual. Mas a teoria reducionista, ao negar que todo o homem é pessoa, implica nas seguintes conseqüências:

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 325.

²⁹ *Idem, ibidem*, p.325.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 328.

³¹ SÈVE, Lucien. Op. cit., p. 67.

“a) aceptar que hay un salto cualitativo en los diversos estadios de la vida humana, es decir que puede pasarse de ser un algo a ser un alguien. Nadie es persona si no lo es desde el principio. Si lo es, nunca lo será; b) admitir que no hay naturaleza humana, porque unos hombres serían distintos a otros. Esto replantea el problema del ser del hombre, porque si no es persona ni ser humano, entonces, ¿quién es?; c) separa como lo pretendía Descartes, el cuerpo, el espíritu, apartar lo biológico de lo personal. (...); d) defender que las potencialidades son posibles sin el ser, que la potencia existe con independencia del acto.”³²

Essa tendência não parece ser o caminho mais satisfatório pela relativização que oferece³³.

O substancialismo, contudo, traz em seu bojo a noção de pessoa como um valor fixo e inabalável à mudança de mentalidade do sujeito, no que condiz à definição da natureza biológica do ser humano, o que parece conduzir a um critério mais seguro e menos subjetivo.

Na tentativa de não nos prendermos a somente um aspecto da complexidade humana, pertinente se faz a citação da abordagem desenvolvida pelo filósofo Van Riet³⁴, pois ela concentra em si todas as nuances possíveis para o termo, interligando-as.

Segundo ele, o homem possui uma estrutura formada por aspectos distintos, mas ligados entre si: empírico (ou corpóreo), pessoal (ou voluntário) e aperceptivo (ou intelectual).

O aspecto empírico envolve os fenômenos que podem ser constatados pela experiência. Então o homem é um corpo material e, como tal, está sujeito às leis da física (ocupa lugar no espaço, está sujeito à lei da gravidade, por exemplo). No entanto, diferencia-se dos demais entes materiais por ser um corpo biológico, um organismo vivo, que responde às influências do mundo de forma coordenada (busca racionalmente formas de adquirir seu alimento, se reproduz, herda e transmite caracteres segundo leis conhecidas pela genética). Ainda, diferencia-se dos demais animais por ser um ser psicológico, que percebe o mundo e reage emocionalmente,

³² *Idem, ibidem*, p. 332-333.

³³ Por exemplo, ao se afirmar que os embriões são pessoas em virtude da relação que tem com o projeto parental da Humanidade, quando findo esse objetivo, os embriões excedentes perderiam a designação de pessoas.

produzindo suas próprias vivências, e também por ser um ser cultural, que vive no meio humanizado, transformado por sua própria ação.

Quanto ao fato de ser o homem um corpo material, não há, por óbvio, nenhuma controvérsia. Elas aparecem, conforme já demonstrado na consideração no aspecto biológico (vide 1.1.1.2).

Quanto à afirmação de que o homem é *um ser psicológico e cultural*, também não é fácil firmar esse posicionamento em termos incontroversos. É aceito no entanto, o fato de que o que a natureza (o biológico) dá ao homem quando ele nasce não basta para garantir sua vida em sociedade. Os próprios genes se manifestam sob determinadas condições ambientais (físicas e sociais). Ele precisa adquirir várias aptidões, aprender as formas de satisfazer as necessidades, apropriar-se, enfim, do que a sociedade humana criou no decurso de seu desenvolvimento histórico, conforme a herança cultural.

Bastante claro que as características biológicas hereditárias não determinam o desenvolvimento sócio-histórico do homem e da humanidade: dão-lhe sustentação. As condições biológicas permitem ao homem apropriar-se da cultura e formar as capacidades e funções psíquicas. A assimilação pelo homem de sua cultura é um processo de reprodução no indivíduo das propriedades e aptidões historicamente formadas pela espécie humana.

A criança, colocada diante do mundo dos objetos humanos, deve agir adequadamente nesse mundo para apropriar-se da cultura, isto é, deve aprender a utilizar os objetos humanos, a assimilar a linguagem. Torna-se, então, condição fundamental para que isso ocorra, que as relações do indivíduo com o mundo dos objetos sejam mediadas pelas relações com os outros indivíduos. A criança é introduzida no mundo da cultura por outros indivíduos, que nele a guiam.³⁵

Pertinente a citação de H. Piéron, que resume esse pensamento: “ A criança, no momento do nascimento, não passa de um candidato à humanidade, mas não a pode

³⁴ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*, São Paulo: Moderna, 1986, p. 319 e ss.

³⁵ BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170-171.

alcançar no isolamento: deve aprender a ser um homem na relação com os outros homens.”³⁶

O psicólogo Alexis Leontiev desenvolve uma situação que torna ainda mais clara essa posição: se uma catástrofe atingisse o planeta e eliminasse todos os adultos, preservando somente as crianças pequenas, a História seria interrompida: “Os tesouros da cultura continuariam a existir fisicamente, mas não existiria ninguém capaz de revelar às novas gerações o seu uso. As máquinas deixariam de funcionar, os livros ficariam sem leitores, as obras de arte perderiam a sua função estética. A história da humanidade teria de recomeçar”³⁷. Para o autor a única aptidão inata no homem é a aptidão para a formação de outras aptidões³⁸.

Essa aprendizagem do mundo da cultura corresponde ao processo de hominização. Enquanto no animal o passado evolutivo das espécies inscreveu-se no interior dos organismos sob a forma de um equipamento genético a partir do qual foram predefinidos os esboços dos comportamentos individuais (donde a pequena aprendizagem individual que aqui teria espaço deverá ser retomadas do zero por cada geração), no *Homo sapiens* foi possível a produção de mediadores nas suas relações com a natureza e uns com os outros (as ferramentas e o signo) que trouxe a evolução sob a forma lenta e limitada de modificações genéticas para o exterior, sob a forma de um mundo social.

³⁶ LEONTIEV. Alexis N. O desenvolvimento do psiquismo. (Tradução Manuel D. Duarte), Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p.272.

³⁷ *Idem, ibidem*, p.272.

³⁸ Um caso célebre que ilustra essa afirmação é o das irmãs Kamala e Amala, de oito anos e um ano e meio capturadas em 1920 na Índia, numa matilha de lobos e postas no Orfanato de Midnapore sob a responsabilidade do Reverendo Singh. Os relatos do Reverendo revelam a inadaptação das meninas à cultura humana, não apenas no que se refere à educação, à linguagem, à sociabilidade, mas à posição ereta, à alimentação, aos caracteres emocionais e sensoriais. “Elas caminhavam de quatro patas apoiando-se sobre os joelhos e cotovelos para os pequenos trajetos e sobre as mãos e os pés para trajetos longos e rápidos. Eram incapazes de permanecer em pé. Só se alimentavam de carne crua e podre, comiam e bebiam como os animais, lançando a cabeça para a frente e lambendo os líquidos. Na instituição onde foram recolhidas, passavam o dia acobalhadas e prostradas numa sombra; eram ativas e ruidosas durante a noite, procurando fugir e uivando como lobos. Nunca choraram ou riram.” A mais nova, Amala, faleceu menos de um ano depois de ter sido encontrada. Kamala permaneceu viva por mais dez anos, aprendendo a evidenciar poucas emoções, a pronunciar algumas palavras e a permanecer em pé. (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires Martins. Op. cit. p.02.)

A humanidade, enquanto fato histórico é transcendente ao biológico. Com toda razão André Leroi-Gourhan³⁹, ao afirmar que toda a evolução humana concorre no sentido de colocar fora do homem aquilo que, no resto do mundo animal, corresponde à adaptação específica.

O homem hominiza-se sem o ter escolhido, absorvendo a cultura e as condições sociais, sendo responsável, dia-a-dia pelo presente e futuro da humanidade através do desenvolvimento de sua sociedade, desenvolvimento esse que será por sua vez assimilado pelas gerações futuras.

Até aqui abordamos as nuances do aspecto empírico. Este não é, entretanto, determinante de forma absoluta. Podemos constatar que, diante dos determinismos, o homem tem uma reação pessoal, que não se explica só pelo fato de estar ele situado na sua faticidade, mas por ser capaz de transcender, decidir, escolher, e, conseqüentemente ser responsável por seus atos, comprometido neles.

Há um outro aspecto, o volitivo ou pessoal. Esse aspecto justifica a liberdade do homem, que é um caracter intransferível e indisponível.

Ainda segundo Van Riet há o aspecto aperceptivo, que é assim denominado porque procura fazer uma abordagem para além da percepção, que seja portanto, abstrata, conceitual, intelectual. Aqui as afirmações subjetivas aspiram à objetividade, permitindo ao sujeito a superação das contingências da própria experiência e colocando-se no ponto de vista do outro⁴⁰. É a descentralização do sujeito em busca da relação intersubjetiva, possibilitando a comunicação e retirando o indivíduo do seu universo fechado.

Podemos seguir esta noção aperceptiva para encaixar aí o conceito de pessoa. Temos intuitivamente noção do que ela significa, na medida em que a separarmos do conceito de indivíduo. Se todos os indivíduos diferem entre si, enquanto conceitos descritivos (posso características só minhas; o meu mapa genético

³⁹ SÈVE, Lucien. Op. cit., p.24.

⁴⁰ Vamos exemplificar utilizando a linguagem: pelo aspecto empírico, ela é um determinismo, pois a recebemos como herança cultural, pelo aspecto pessoal, transcendemos o determinismo pela elaboração original de um discurso criador e pessoal; é pelo aspecto aperceptivo, no entanto, que nós nos fazemos entender, pois há no discurso o sentido intersubjetivo que supera o pessoal. (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. Op. cit. p.231).

é diverso de qualquer outro indivíduo, inobstante o fato de pertencermos todos à espécie humana), todas as pessoas se equivalem⁴¹. A noção de pessoa corresponde seguindo esse raciocínio, a duas acepções: é um dado ontológico (o ser é) e é também um dado axiológico (o ser vale). Ambas estão ligadas de forma indissociável.⁴²

Dessa forma, o conceito de pessoa não corresponde unicamente ao ser empírico descrito como indivíduo, mas sim a uma abstração, enquanto qualidade indefectilmente ligada a todos aqueles que são, serão, poderiam ser ou foram sujeitos livres. A pessoa humana corresponde a uma construção cultural estranha à ordem natural, sendo um conceito normativo, produto da razão: há nela algo de absoluto, que é expresso igualmente pelo valor categórico do imperativo moral e pelo caráter inalienável dos Direitos do Homem. A caracterização da “pessoa” não é, portanto, um dado meramente biológico, nem depende de informes psicológicos. É uma abstração existencial, por não se ater ao estado de consciência, às condições de saúde ou à idade cronológica; independe de quaisquer pressupostos físicos ou psíquicos.

As palavras de Lucien Sève novamente nos servem: “Uma vez compreendido que o conjunto de socialidade e individualidade humanas são mais uma história que uma natureza, a questão não pode, manifestamente, continuar a encontrar resposta em termos de ser fechado, mas de existência aberta, de agir inacabado, do futuro a decidir.”⁴³

Resta-nos avaliar agora como essa noção foi recepcionada por nosso Direito, ocasião em que nos remeteremos ao capítulo seguinte.

⁴¹ Para Lucien SÈVE “o ser humano é humano porque tem como ponto de partida a humanidade como espécie biológica. A pessoa é humana num sentido completamente diferente: pelo fato de tomar como fim a humanidade como ideal regulador. No ser humano, a humanidade está presente a título de fato. Na pessoa, ela está representada como um valor”. (SÈVE, Lucien. Op. cit., p.21).

⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 19, 1978-1980, p. 231.

⁴³ SÈVE, Lucien . Ob. cit. p.50.

2) DA PESSOA À PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando estendida ao mundo jurídico essa polêmica traz consigo a questão de se reconhecer ou não que todo ser humano que é pessoa em sentido ontológico é pessoa também em sentido jurídico porque ser pessoa implica aceitar a titularidade natural de direitos, ao menos no sistema sobre o qual se alicerça o Direito Civil.

Parte da bioética e do biodireito defende que os direitos não se predicam do ser humano senão da pessoa. Isso significa que o fato de ser pessoa não advém da natureza, mas sim da ordem positiva, porque os homens não tem naturalmente o caráter de pessoa em sentido jurídico. Mas se a competência para determinar quem são pessoas pertence ao direito positivo, o que se impõe é um “darwinismo social”⁴⁴, uma nova forma de discriminação do ser humano, baseada não em aspectos raciais, políticos, socio-econômicos ou religiosos, mas no fato de o ser humano não ter alcançado o desenvolvimento físico e psíquico necessário para ser titular de direitos humanos.

De qualquer forma, desde logo, podemos dizer que a “personalidade” que o ordenamento confere ao conceito abstrato que construiu acerca da pessoa humana corresponde à aptidão para a titularidade dos direitos estabelecidos pelo Direito. Ela reconhece aos homens a sua dignidade como seres humanos, que os distingue das coisas e dos animais, pois a pessoa é um ser biológico, psíquico, sociável e espiritual que concebe idéias e a elas se dedica de modo a torná-las reais a si e aos outros. A imprevisibilidade dessas idéias faz da pessoa o elemento mais importante do desenvolvimento social, estando, portanto, no mais alto grau da escala valorativa. O ordenamento jurídico absorve esses valores e por isso, veda a eliminação de quem considera pessoa.

A incidência da personalidade jurídica criva de imediato a pessoa natural com uma série de direitos oponíveis desde logo, enquanto que a outros torna facultativo seu exercício. Os primeiros têm essa peculiaridade por serem pressupostos básicos de

⁴⁴ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Op. cit., p 329.

existência da pessoa no mundo jurídico, e por isso são absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

Para entendermos a vinculação que se opera hoje entre os conceitos de pessoa natural e personalidade, será interessante abordar o início dessa relação ao longo da história, ocasião em que perceberemos sua ligação com os bens sujeitos à apropriação.

2.1) O papel do romanismo na construção das categorias do Direito

A doutrina clássica atribui aos romanos o início do desenvolvimento da teoria jurídica da personalidade, na evolução do termo *persona*. O sentido original deste vocábulo latino está ligado com o termo *res*, que primitivamente significava as entidades do mundo externo que poderiam ser efetivamente apropriadas, ou seja, somente as coisas corporais. Tem como fonte a expressão *familia pecuniaque* designada pela Lei das XII Tábuas como um conjunto de bens no sentido econômico inscritos na esfera econômico-familiar e submetidos a um poder, denominado *mancipium*, conferido ao chefe da família, o *paterfamilias*, considerado o administrador dos bens e sacerdote de seu grupo. Somente ele possuía capacidade jurídica plena, sendo *sui iuris*, na medida em que exercia poderes sobre os demais membros da família, que eram *alieni iuris*.

A capacidade plena, ou seja, a personalidade era concedida ao ser humano que reunisse os três *status* exigidos: o *libertatis*, o *civitatis* e o *familiae*.

Vale lembrar que o *status libertatis*, numa visão tradicional, é considerado o primeiro dos *status*, pois sem ele não se podia adquirir nenhum dos demais. Sua ausência poderia decorrer do próprio nascimento do ventre escravo, ou da supressão em momento posterior por conduta a qual atribuía-se a *capitis deminutio* máxima, como na hipótese de insolvência de dívida.

A verificação de qualquer uma dessas situações inviabilizava ao indivíduo a aquisição de cidadania (que compreendia basicamente o direito de votar e ser votado, de adquirir propriedade) e a constituição de família por meio de justas núpcias, não sendo, portanto, portador de personalidade.

Quando falecia o *pater familias*, cabia ao seu herdeiro o *mancipium*. O herdeiro passava então a representar (como numa tragédia ou numa comédia) a imagem física do *de cuius* mediante uma máscara contendo a figura do falecido. Essa é a noção primitiva da *personae* (máscara). Também deriva deste radical o verbo *personare*, que corresponde à emissão de voz através da máscara, na atuação do sujeito⁴⁵.

O termo *família pecuniaque* representava um estágio ainda primitivo da economia romana, pois as trocas realizavam-se entre as famílias, num contexto de economia rural e doméstica. Somente adiante as trocas passam a ter como partes indivíduos (*capita*), desconsiderados do contexto familiar, ainda que enquanto representantes do *pater*. Esse momento é importante pois aí começam a aparecer a figura da representação, da máscara utilizada em outro contexto.

Assim, a partir do século III a.C., sobretudo, o processo de trocas expandiu-se, de modo a operar entre indivíduos definidos mais abstratamente. Surgiu a figura do *mercator-negotiator*, que correspondia àqueles em Roma que se dedicavam a qualquer tipo de produção comercial nas cidades, e que representavam o *pater* nas trocas. Mais tarde, o *filius* ou o *servus* podiam prestar-se a esse papel. Aqui, nitidamente, a pessoa passa a ser uma máscara, um papel que os homens assumem na cena jurídica e exercem no contexto das trocas.

Com base nisso, a conceito civilista de que aos escravos não era outorgada personalidade tem sido posto em reflexão. Partindo-se da análise dos textos de Gaio, concluí que os escravos não eram considerados simples objetos de direito em Roma, em face das atribuições que tinham no comércio jurídico enquanto representantes do *pater*. Pela análise dos textos romanos, a doutrina tem constatado que o termo *persona*, para o período romano clássico, podia corresponder simplesmente ao ser humano, livre ou escravo, independente de seu *status*, portanto. O *status* refletia uma maior ou

⁴⁵ Pontes de Miranda assim não entende, pois abomina a aproximação do radical *persona* ao termo *personare*. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Pessoas Físicas*. In: *Tratado de direito privado. Parte geral; Tomo I : Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 161).

menor graduação de direito subjetivo através de outro termo: *caput*.⁴⁶ Havia o homem livre, de *caput liberum* e o escravo, de *caput servile*, sendo ambos considerados *personas* detentoras de um *caput* que, delimitado pelo *status*, atribuía uma medida de direito subjetivo ao ser.⁴⁷

De qualquer forma, a relação entre *persona* e *res* faz com que ocorra a diminuição do significado político-família da pessoa, enquanto noção ontológica, e sua progressiva abstração. A *persona* afasta-se definitivamente do ritual hereditário e passa a ser uma máscara que o indivíduo usa nas trocas patrimoniais. O *pater* passou a poder ceder temporariamente sua máscara de homem livre, na sua qualidade de único titular do *ius commercii*, ao *servus* ou ao *filius*, sem que isso lhe significasse uma *capitis deminutio* em seu estado. Ocorre a despolitização da identidade da pessoa.

Com isso, percebe-se que, originalmente, a par de toda a discussão sobre a noção filosófica de pessoa, sua aceção jurídica nasce para dar conta do contexto patrimonial de apropriação e administração de bens, de modo a facilitar as trocas que se realizavam. Consequentemente, a personalidade jurídica aí atribuída a essa pessoa não traduz mais que uma “permissão” para adquirir ou alienar bens.

2.2) A incidência do jusnaturalismo cristão sobre a *res* e o domínio

A idéia de fazer da personalidade um instrumento de proteção do ser humano só vai surgir bem mais tarde, no contexto da Idade Média, e mais fortemente a partir do século XVII, quando o conceito de pessoa começa a modificar-se em decorrência da disseminação do Cristianismo, inicialmente devido à modificação na consideração do termo domínio.

⁴⁶ Esse termo não se confunde com a capacidade jurídica, pois essa noção era desconhecida dos romanos, cf. observa SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p.20. Esse termo genérico estava disseminado nas diversas capacidades separadamente existentes, como a patrimonial, designada de *commercium*.

⁴⁷ Os escravos eram pessoas e sujeito de direitos, embora com uma capacidade jurídica extremamente limitada. O escravo era responsável pelos atos que praticava, tanto na esfera civil como na criminal. Era comum o escravo administrar bens do *pater*, na forma de pecúlio. Havia, ainda uma tímida proteção pública ao escravo, na forma de punição ao senhor que matasse injustamente seu escravo, conforme apreende-se das Constituições de Antonio. (SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p.18).

Esse fim nos conduz a uma estrada cujo início surge entre os séculos XII-XIII e os séculos XIV-XV, quando a Europa começa a assistir o advento do *ius comune*⁴⁸ e o desenvolvimento interno do sistema da ciência jurídica, obtido pela atividade científica dos comentadores⁴⁹.

Na tradição romana há uma relação de pertinência absoluta da coisa ao *dominus*, dono (o *civis romanus*). Com o surgimento da propriedade germânica (séculos XIII a XIV) articulada com a idéia da *duplex dominium*, começa a sofrer algum abalo essa pertinência, na medida em que se distingue a posição jurídica do proprietário (*dominium directum*) do titular do *ius in re aliena* (*dominium utilis*).

Esse abalo deixa portas abertas para o influxo da mediação ativa do Cristianismo pela Escolástica (por São Paulo, Santo Agostinho...). Faz-se a hipostasiação (a partir da teoria das hipóstases de Plotino) do titular do *dominium*: o *dominus* torna-se pessoa. Ocorre a produção do sujeito pela Teologia Moral e pelo Direito Canônico, que sob a forma de pessoa se torna o fundamento do domínio, no seu plano objetivo.

O mecanismo teológico constitutivo da pessoa como sujeito é a participação em Deus pela semelhança. O modelo que preside a essa constituição, no plano da existência é a idéia de *dominium* da tradição romana.

Pela hipostasiação, há uma substantificação da idéia de máscara, face, *persona*: o indivíduo é uma substância racional, segundo Aristóteles, mas porque é criado à imagem de Deus é, por isso, uma pessoa. Como exposto anteriormente, para a

⁴⁸ Por este termo entende-se o direito romano comum vigente na Europa desde o século XIII até a publicação das codificações pode ser definido como um conjunto de princípios e construções jurídicas desenvolvidas pela doutrina.

⁴⁹ Há diferença metodológica entre os comentadores e os chamados glosadores. Aqueles procuraram extrair “a certeza” das afirmações dos textos jurídicos utilizando o método dialético, que preside à *interpretatio*, na elaboração de uma série de raciocínios capazes de gerar princípios que possam funcionar como premissas de decisão. Nas disputas defendiam-se essas proposições através dos textos, utilizados como argumentos gerais, correspondente aos *Topica* de Aristóteles. Dessa forma o Digesto ou o Codex não eram considerados uma regra geral, mas tão somente base de um argumento. Já os glosadores quiseram dar ao Direito uma dogmática, tal qual a desenvolvida na Teologia. Por dogmática entenda-se o processo cognitivo cujas condições e princípios fundamentais estão pré-determinados por uma autoridade. Essa autoridade, no contexto medieval correspondia à Revelação, lida principalmente através de dois textos: a Sagrada Escritura e o *Corpus Iuris Civiles*. Estes textos traduzem os dois signos fundamentais da época: o signo da religiosidade e o signo do Império. A dialética está subordinada à gramática e à retórica.

Escolástica, hipóstase é o indivíduo determinado, existente por si, havendo diferença somente entre o que é próprio de cada ser (a inteligência, a liberdade...) e o que é comum a todos (essência). E no que no *proprium* (no que é próprio da pessoa) o *dominium* (propriedade) é interiorizado; torna-se por este processo numa qualidade humana da pessoa, e neste sentido, internalizada. Daí surge a radicação teológica da propriedade no composto humano: o *subjectum* (o sujeito). A propriedade torna-se uma qualidade do sujeito. Assim, o homem assemelha-se a Deus, em última análise, pelo senhorio que exerce sobre a natureza⁵⁰.

Assim, vai ocorrendo uma transformação do indivíduo da tradição greco-romana no sujeito, da pessoa, através do trabalho de São Tomás de Aquino, que vem de Santo Agostinho, passa por Boécio e se aprofunda em Ricardo de S. Vitor. Começa-se a buscar a dignidade da pessoa humana, que decorre de não ter com Deus somente a semelhança comum que tem com as outras criaturas; assemelha-se sim porque Deus é Espírito e procede dele tendo por princípio de vida uma alma espiritual. Segundo a *Summa Theologica*, de São Tomás de Aquino, a pessoa é o que há de mais nobre e mais perfeito sobre a natureza ("*persona significat id quod est perfectissimum in tota natura*"), porque participa da natureza de Deus, por sua união hipostática, não apenas por semelhança, mas também por sua vocação: por conhecimento e amor⁵¹. E trata-se de um ente que não apenas age mas domina também os seus atos.

Importante notar o deslocamento que ocorre: a idéia do senhorio da pessoa sobre si (*dominium* interiorizado por semelhança) torna-se por analogia no fundamento da relação de domínio que a pessoa estabelece sobre as coisas do Mundo.

Para que se atribuísse à pessoa uma autonomia, uma dignidade, foi necessário o trabalho teológico⁵² no sentido de fazer o indivíduo existir como pessoa, como composto humano de alma e corpo e que, como tal, necessita de bens. O acesso a esses bens se fará por intermédio da lei, pois são escassos e deve-se assegurar que haja bens

⁵⁰ MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Op. cit., p.192.

⁵¹ *Idem., ibidem*, p. 190.

⁵² A mediação teológica do cristianismo fez do homem um ser diverso de todos os demais, portador de liberdade ou direitos inatos. No final da Idade Média, o significado filosófico do termo direito subjetivo correspondia ao de liberdade, pois ambos referiam-se às qualidades inatas e essenciais ao homem, que o distinguiam dos demais seres vivos.

em quantidade suficiente para que cada homem possa existir com dignidade, já que por definição, pela *Summa Theologica*, todo homem é pessoa⁵³.

No entanto, para que o homem possa ser senhor sobre as coisas do mundo, necessário se faz que tenha *iura, status*⁵⁴.

2.3) Do *status* ao sujeito

Consiste o direito subjetivo num atributo lógico de todos os demais direitos e faculdades, enquanto *facultas moralis*, correspondendo ao especial poder de que o homem é dotado em razão de sua descendência divina para decidir quanto aos rumos de sua existência. Mas, pelo visto, as considerações da Teologia não eliminaram as desigualdades sociais. Sendo todos os homens igualmente escravos diante de Deus, o Direito Canônico considerou a escravidão entre os homens, não como uma sujeição espiritual, mas como uma sujeição corporal. A igualdade perante Deus não atribuía igualdade perante os homens.

No plano da *praxis* medieval, o *status personae* continua a ser configurado pelo *dominium*, que recorta o *status civitatis* de cada indivíduo. Quando a *voluntas* do indivíduo, enquanto reprodução da *voluntas*⁵⁵ divina, se cruza com o seu reconhecimento pela ordem jurídica objetiva, a *potestas* da pessoa transforma-se em *ius*. E assim o *ius* já não é titulado pela pessoa dada pela Teologia, mas por um mecanismo que concretiza as qualidades do indivíduo no plano da existência: o *status civitatis*, que corresponde as qualidades do seu “ter” e não do seu “ser”. A personalidade que a pessoa adquire em virtude de seu *status*, não é substancial, mas social, em virtude do que ela tem de *proprium*.

⁵³ Para São Tomás de Aquino ser pessoa é ser, entre outras coisas, *sui iuris*, mas apenas no plano da lei natural, porque no campo da lei positiva, no plano da *práxis*, a sociedade é orgânico-funcional e estatutária.

⁵⁴ O termo *status* quer significar a situação de um indivíduo relativamente a um conjunto de relações. É a posição que ocupa o indivíduo dentro dos grupos a que pertence.

⁵⁵ O nominalismo, que parte da tese de que só existem indivíduos e as idéias não seriam mais que uma abstração de suas qualidades, teve grande importância na construção do voluntarismo com Guilherme de Occam ao absorver da noção de Deus como *potentia absoluta* a *potestas absoluta* do indivíduo, definida na vontade.

O sujeito que existe no plano dos bens é, claramente, aquele que tem *status*, que tem personalidade (*habet personam*). Com a consideração crescente da vontade, a *potestas* de cada indivíduo passará a tornar-se, mais tarde, na faculdade, no poder (*ius*) de recorrer à sanção criada pelo Direito Público, pelo Estado.

Nos séculos XVI e XVII o sujeito de direito⁵⁶ será “sujeito” e “objeto” de enunciação jurídica: como sujeito é a própria *ratio iuris* e como objeto é o termo que designa o indivíduo, que a *ratio iuris* dá a cada homem, o seu *status* (tido como conjunto de condições de fato e de direito por via das quais a pessoa existe).

2.4) O jusnaturalismo racionalista e o sujeito de direito na modernidade

Com a formação do Estado Moderno, pela passagem do feudalismo para o capitalismo, rompeu-se com o domínio secular da Igreja Católica e conseqüentemente o direito subjetivo perdeu sua matriz cristã para pautar-se na relação existente entre o sujeito e a sociedade politicamente organizada e não mais ente o homem e Deus. Postula-se agora a liberdade de ação no espaço público.

O pensamento político moderno tem como motor a liberdade natural do homem em buscar paz e felicidade individuais dentro dos limites da vida social e também nas demonstrações lógico-formais da racionalidade natural do homem⁵⁷, que ocupou o lugar da fé. Reconheceu-se a capacidade de oposição do sujeito a qualquer ordem que impedisse a concretização desse ideal.

⁵⁶ O conceito de sujeito decorre de uma acepção sociopolítica do indivíduo: com a divisão do trabalho, o mercado e a propriedade, com a organização política, o direito e a cidadania, com a afirmação das identidades étnicas, dissolveram-se os laços de fusão que prendiam o ser puramente gregário. Ocorreu uma nova individualização sob a significação psico-histórica.

Não foi sempre assim; nas sociedades pré-mercantis, em geral, o ser humano permanece largamente inscrito em laços de dependência natural e social. Com a ascensão burguesa leva-se a legitimar a ligação invejosa de cada particular aos seus interesses próprios e a sua privacidade e o mecanismo de apropriação das coisas, esquecendo-se da necessária interdependência entre o homem individual e a humanidade social.

É justamente essa concepção bilateral de indivíduo, onde há a abertura para o outro e a interioridade a si, que ganha a nova denominação de sujeito.

⁵⁷ Com Descartes, e, mais tarde, com Kant ocorre a passagem do biológico para o simbólico.

Essa concepção denota a desvinculação do homem a toda ordem divina e social. Mas em relação a esta última há de se observar os limites morais da Justiça e do poder político enquanto direito posto.

De qualquer forma, a liberdade aqui admitida refere-se basicamente a apropriação individual dos bens da natureza, sob a forma de direito de propriedade. O domínio jurídico do sujeito sobre os bens compreende também o direito à obtenção de meios de preservação da vida.

Temos então que a liberdade perde seu sentido original de poder natural e essencial no âmbito teórico e prático, pois segundo a hegemonia mantida pela doutrina publicista do século XVIII, ela passou a corresponder ao restante dos poderes fragmentários mantidos pelo sujeito após a construção do Estado de Direito. Assim a liberdade, que era inerente ao homem pelo direito natural e pelo contratualismo anglo-saxão e continental, passa a significar a liberdade pública do indivíduo face ao Estado. O direito subjetivo acompanha essa transformação para configurar-se em poder jurídico de oposição em relação a outros sujeitos no conflito de bens.

Se sob o Antigo Regime, o sujeito é o homem submetido aos constrangimentos da ordem feudal, sujeito ao monarca e à lei que é suposto ele encarar, na concepção pós-revolucionária, ele torna-se pelo contrário, o cidadão teoricamente soberano, livre nos seus atos e forte em seus direitos

Os direitos naturalmente concedidos aos homens, por sua qualificação ontológica, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem são liberdades universais. Mas pela especificação desses direitos por uma ordem jurídica particular fez com que assumissem o caráter de poder-dever atribuído pelo ordenamento, tendo-se em vista as relações jurídicas, desprestigiando-se a pessoa humana e reduzindo-a a um dos elementos da relação jurídica⁵⁸.

⁵⁸ Embora o Direito Moderno, com documentos como a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, aponte uma identidade do significado jurídico do termo pessoa com o de ser humano, unificando homem e cidadão como sujeito de direito, a doutrina tem negado essa equiparação, afirmando que a qualidade de pessoa desenvolvida pela moderna ciência jurídica é uma representação jurídica do homem e não de suas qualidades inatas ou naturais. (GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo, Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 11 ss.).

Com o desenvolvimento do racionalismo, que separou o corpo da mente, dando prevalência a esta, houve no Direito o decréscimo da importância corporal do homem⁵⁹. Não há mais a correspondência ontológica e axiológica porque o que se concebe para o Direito é a existência da pessoa, e não do ser humano., de modo que “a pessoa tornou-se um conceito operacional para o Direito.”⁶⁰

Essa concepção influenciou as codificações européias do século XIX e por consequência a nossa; sendo o direito subjetivo dado pelo ordenamento, o sujeito de direito é aquele que preenche o espaço pré-determinado na relação jurídica enquanto titular de direitos ou obrigações.

De liberdade humana em potência, os direitos subjetivos⁶¹ passaram a ser somente um espaço no qual o indivíduo tem a possibilidade de exercer direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo, precisamente no campo das relações patrimoniais. Importante notar aí que os direitos do homem serão a partir deste ponto aqueles tipificados em lei. A obediência à lei aparece então como dever face à concessão da liberdade.

O significado jurídico atribuído ao direito subjetivo e à liberdade seguirão caminhos distintos, limitados pela aplicação prática do direito posto. E essa separação vai culminar na dificuldade teórica de tratamento jurídico aos demais direitos que não se enquadram na categoria patrimonial/individualista: os direitos da personalidade.⁶²

Disso resultará a tentativa de uma teorização dos direitos personalíssimos pela classificação como direitos subjetivos, a partir, principalmente da questão do *ius in se ipsum* (direito sobre o próprio corpo). O resultado dessa experiência levará a elaboração de um direito geral da personalidade.

⁵⁹ A noção de pessoa pode não corresponder a de seres humanos, pois os escravos, a seu tempo, pereceram dessa consideração, enquanto que as sociedades humanas a adquiriram.

⁶⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.74.

⁶¹ O sujeito aqui subverte a origem etimológica, relacionada a um estado de sujeição conforme observa GIORGIANNI (GIOGIANNI Michele. Direito privado e as suas atuais fronteiras, 1998, p. 38.)

⁶² Sobre a dificuldade em relação aos direitos sobre o próprio corpo, ver GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo, Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

2.5) A pessoa como elemento da relação jurídica

Como consequência da mencionada construção histórica, na ordem jurídica a pessoa é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito. Dito de outra forma, é a técnica jurídica que define a pessoa, limitando a sua atuação. Essa abstração decorre da noção de relação jurídica⁶³, que é a base da construção do Direito Civil: “as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres.”⁶⁴

Nesse sentido, o sujeito de direito exige uma série de qualificações formais para sua caracterização: um registro demonstrando a existência, e no caso de exercício pela próprio titular, a correspondência à idade legal e a capacidade de emissão de vontade. Como consequência, o indivíduo nasce como sujeito de direito, mas carecendo de direitos mínimos como a educação e saúde, deixa de ingressar nesse universo.⁶⁵

Como reflexo dessa acepção, o ser humano para o Direito é tão pessoa como as sociedades humanas, as pessoas jurídicas, pois as mesmas só existem mediante formalização.

A crítica que pode ser feita a essa visão operacional da pessoa, em síntese apertada, é a de que quando o sujeito é tido como um elemento da relação jurídica, chega-se à própria negação da existência de direitos subjetivos que são inatos à pessoa. Ou seja, “é relegar a condição inata de pessoa, que não depende desse recobrimento jurídico para ser titular de direito fundamental.”⁶⁶

⁶³ Os elementos básicos da relação jurídica seriam o sujeito, o objeto, o fato jurídico constitutivo, e a chamada garantia. (FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, São Paulo: Renovar, 2000, p. 92).

⁶⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 89.

⁶⁵ SÁ, Andréa Alves de. In: Limites e possibilidades do sujeito de direito: comparação entre a teoria e a prática. Revista de Estudos jurídicos, Curitiba, v. 4, nº. 1, ago. 1997, p. 236.

⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 95.

De qualquer forma, é sob a relação jurídica que o Direito Civil é construído, de modo a encontrar um mecanismo de atribuição que sempre identifica um direito ligado a um sujeito.

Na tentativa de proteger entes que pela sistematização não poderiam ser titulares de direitos, teorizou-se a titularidade metaindividual de direitos, donde o interesse de tutela corresponderia a sujeitos indeterminados ou indetermináveis. Os direitos metaindividuais distinguem-se em difusos, donde os titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, cuja individualização é praticamente indeterminável, e coletivos, donde a titularidade é atribuída a um grupo ou categoria de pessoas, ligadas entre si ou como parte contrária de uma relação jurídica base⁶⁷. Por exemplo, a lesão ao meio ambiente feriria os interesses de toda a coletividade na manutenção da natureza, sendo portanto o direito à proteção um difuso, porque correspondente a toda coletividade.⁶⁸

O embrião humano começa a assim ser visto, na falta de amparo legal a proteção de sua vida por seu próprio interesse, conforme será visto no item 3.5.

2.6) A personalidade jurídica

A noção de personalidade que consolidou-se em nossos dias corresponde ao conjunto de caracteres próprios do indivíduo, e portanto, fundamentais a sua existência digna. Ela é um bem no sentido jurídico, o primeiro bem pertencente à pessoa, pois é através dela que se adquire e se preserva todos os demais.

Dessa forma, “existem direitos sem os quais a personalidade restaria uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer

⁶⁷ Lei 8.078/90, artigo 81, parágrafo único, incisos I e II.

⁶⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma. São esses os chamados direitos essenciais.”⁶⁹

Esses direitos, denominados direitos da personalidade compreendem todos os atributos ligados à emanção do espírito humano, como a integridade física, psíquica, a liberdade, a honra e a privacidade. Por sua imensidão e importância, não estão tipificados taxativamente em nosso ordenamento, para que não exista obstáculo formal à proteção da pessoa.

No sentido clássico, pela equiparação da pessoa ao sujeito de direito, corresponde à aptidão para a aquisição dos direitos subjetivos. É atribuída a quem o direito considera pessoa, pois nos dizeres de Clóvis Bevilacqua, nos sistemas jurídicos dos povos modernos e civilizados, abolidos os institutos da escravidão e da morte civil, vige o princípio segundo o qual “todo o ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criação humana que não seja portadora de direitos.”⁷⁰ Dessa forma, a aptidão para a vida jurídica é um dos direitos humanos, um direito essencial, que da própria natureza do homem decorre.

Para Pontes de Miranda, pessoa é apenas um conceito universal de quem pode ser sujeito de direito; basta que A possa ser sujeito de direito para que seja considerado pessoa. Então, na verdade, pela incidência das regras jurídicas, não se poderia excluir-se da aquisição de direitos o ente humano. E o direito da personalidade é o efeito mínimo do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento do ente humano. Mas o ser sujeito do direito A, em concreto, portanto, é diferente de ser pessoa, que é em plano abstrato. No entanto, a pessoa já nasce com a titularidade concreta do direito de personalidade; o direito de ser sujeito de direitos e de ser titular de direitos fundamentais.

Essa percepção do sujeito de direito como titular de um patrimônio desemboca

⁶⁹ Essa é a definição clássica de Adriano de Cupis, trazida em TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁷⁰ RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 142.

no nosso Código Civil⁷¹ em vigor pelo artigo 2º, pelo qual todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil e pelo artigo 4º, que determina o início da personalidade a partir do nascimento com vida, assegurados os direitos do nascituro. O Novo Código Civil adota essa mesma sistemática.⁷²

O artigo 2º refere-se à capacidade de direito, e por equiparação, à personalidade, já que denota a concessão genérica dada a todos os homens para que possam em momento atual ou futuro exercer direitos e contrair obrigações.

O artigo 4º marca o ingresso da pessoa no estatuto do sujeito de direito, para inseri-la dentro do contexto patrimonial do Código Civil através da concessão de personalidade que dará a possibilidade da pessoa ser sujeito de direitos.

No entanto, já vimos no capítulo anterior que não é pacífico o entendimento acerca do conceito filosófico de pessoa, radicando no Direito também a dúvida absorvida junto com esse conceito. Exemplo da indefinição advém da dificuldade de determinar a medida da proteção que deve ser concedida ao embrião humano e ao nascituro, uma vez que há grande divergência quanto a sua caracterização como pessoa, seja para a Filosofia ou para o Direito.

2.7) Os direitos da personalidade

No que se refere à proteção da esfera pessoal do homem, o Direito Romano concebeu somente a *actio injuriarum*, conhecida como a ação pertinente contra qualquer injúria. Esta compreendia qualquer forma de “atentado à pessoa física ou

⁷¹ “Art. 2º- Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

“Art. 4º- A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.”

⁷² Como já mencionado, não há modificação significativa nesse aspecto no Novo Código Civil a ser sancionado:

“Art. 1º Todo ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

moral do cidadão”⁷³. Protegeu os primeiros direitos atribuíveis à pessoa humana, como a honra, a integridade física e a liberdade.

Nos séculos seguintes, muitas foram as hesitações da doutrina no sentido de atribuir uma existência conceitual aos direitos da personalidade. Esses direitos estiveram durante muito tempo ligados à noção de *ius in se ipsum*, que quer significar direito do sujeito sobre o próprio corpo.

Defendendo tal concepção, destacaram-se as teorias negativistas⁷⁴ que consideravam impossível a teorização dos direitos da personalidades, pois sendo titularidade de direitos a personalidade não poderia ser também um objeto de direitos, sob pena de contradição lógica. Conforme observa Elimar Szaniawski, “de acordo com esse pensamento, não se constituem os direitos da personalidade em direitos subjetivos, mas, sim, em meros reflexos do direito objetivo, donde ser concedida uma certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade.”⁷⁵ Como consequência dessa consideração, a tutela da personalidade limitava-se à reação do ordenamento contra a lesão através do mecanismo da responsabilidade civil.

A crítica a essa teoria parte de outro conceito de personalidade, que não teria exatamente a feição de constituir direito de alguém sobre sua própria pessoa:

“ A personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas.”

De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.⁷⁶

⁷³ SOUZA, Capelo de. O Direito Geral de Personalidade, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 26.

⁷⁴ Dentre seus expoentes estão Savigny, Von Tuhr e Dabin.

⁷⁵ SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 36-37.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

De qualquer forma, durante o período em que se travaram os debates até se chegar à categorização dos direitos da personalidade (num primeiro momento como direitos subjetivos e posteriormente como uma categoria autônoma), muitos conceitos a eles atinentes foram fixados, mas sua tutela por parte do Estado só vai ter suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra, no fim do século XVII, como reação ao Absolutismo.

Tanto que no final do século XVIII a monarquia legal estava de tal modo aperfeiçoada que tinha como princípios fundamentais a tripartição do poder, o sistema representativo, a preeminência da opinião nacional e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem. Essa ideologia foi adotada também na América do Norte e ali firmada e desenvolvida em uma série de Declarações históricas⁷⁷, cujo marco inicial foi a 1ª Declaração da Colônia de Virgínia em 1776, transposta para as demais Constituições das colônias inglesas.

A construção dos direitos da personalidade surgiu para dar a todo ser humano a proteção da lei contra a ofensa a direitos considerados fundamentais, inatos ao homem. Surge no período pós-guerra, na estupefação causada pelos horrores do nazismo, a preocupação de repensar a teoria tradicional informando-a com novos valores de modo a garantir a proteção humanitária de modo amplo, pois a esfera essencial da pessoa humana só encontrava alguma tutela no direito penal, em relação, principalmente à vida e no direito civil, apenas na idéia de proteção na responsabilização civil do agente causador do evento danoso, donde se visa recompor o prejuízo causado e não a agressão em si⁷⁸.

As constituições do pós-guerra firmam um compromisso político de proteção à pessoa humana, fazendo remissão à dignidade, ocupando o vazio deixado pelas

⁷⁷ Nesse sentido, o documento mais importante parece ser a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada em 1949 pela Assembléia Geral da ONU, pois foi a partir dela que a pessoa passou a ter a garantia de seus direitos fundamentais, com a proteção adequada das emanações de sua personalidade tipificada no ordenamento jurídico dos povos que a ratificaram. (SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 25-26).

⁷⁸ CORTINO JR, Erouths. Op. cit. p. 34.

codificações. A Constituição Brasileira o estabelece em seu art. 1º, inc. III⁷⁹ como um dos fundamentos da República. Com isso demonstra-se que o Direito Civil não se contém somente no Código. Ocorre o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, donde a proteção da pessoa humana se faz por esse ramo jurídico, e não pelo direito privado ou público.

Por esse conjunto de especificidades, os direitos da personalidade são tidos como absolutos, extra patrimoniais, imprescritíveis, inatos ao homem. Por isso a personalidade confunde-se com o conceito de capacidade de direito, que é o reconhecimento a todo homem de sua aptidão para ter direitos, para ser sujeito ou titular de direitos. Mas a personalidade atribui, desde logo, os direitos fundamentais de existência digna. Por isso podemos afirmar que não existem “direitos à personalidade”, mas sim “direitos da personalidade”.⁸⁰

Tais direitos decorrem da aquisição de personalidade civil e portanto, são direitos da pessoa. Mas essa afirmação em si não os diferencia dos demais direitos, uma vez que o único sujeito de direitos possível é a pessoa. Nada mais lógico num sistema jurídico construído *hominus causa*. O ponto característico desses direitos em relação aos direitos subjetivos familiares/patrimoniais de que trata o Código Civil diz respeito ao seu objeto, que corresponde genericamente às emanações da personalidade do homem. Carlos Alberto Bittar delimita esses direitos ao afirmar:

“Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (...) Em verdade, o universo desses direitos está eivado de dificuldades, que decorrem, principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito a sua própria existência, a sua natureza, a sua extensão, e a sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como liberdades públicas;

⁷⁹ “Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III- a dignidade da pessoa humana; (...)”

⁸⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Op. cit.

privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.”⁸¹

Para diferenciar os direitos da personalidade dos demais direitos Caio Mário da Silva Pereira⁸² opera uma distinção entre os adquiridos e os inatos. Os direitos adquiridos existem nos mesmos termos em que encontram-se disciplinados pelo Direito Positivo, enquanto que os inatos, seguindo seu pensamento, encontram-se acima de qualquer condição legislativa, uma vez que são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis. Isso quer dizer que o ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas também na convivência com seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas aqueles direitos relativos aos seu valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, postos à luz dos outros homens. São direitos que se encontram reservados ao seu íntimo, que a ninguém é dado invadir, porque integram a privacidade de sua consciência. Esses direitos são inerentes à personalidade atribuída, independente da manifestação de qualquer aptidão, porque se trata de proteger os bens integrantes de sua natureza: a vida, o corpo, a *psique*, as obras do espírito, a imagem, a liberdade, a dignidade, a identidade e a intimidade.

No entanto, alguns autores, como Pietro Perlingieri, afirmam que a personalidade não é um direito, e sim um valor, segundo ele, o valor fundamental do ordenamento jurídico: “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.”⁸³

Essa atribuição não pode ser mensurada de forma diferente pois é inerente a todos os homens. A doutrina costuma equiparar por isso, o conceito de personalidade ao de capacidade de direito, por não ser sujeita à limitação em função das

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 10.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. 1991, nº 49.

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 155

características pessoais do indivíduo (*status*). É o que se depreende do art. 2º do nosso Código Civil.

No entanto, o exercício desses direitos ou obrigações pode ser delimitado, conforme o *status* pessoal, ou por outra circunstância. Essa é a chamada capacidade de fato, ou simplesmente capacidade⁸⁴, e mede a aptidão para o exercício dos direitos que lhes são atribuídos⁸⁵.

O *status* pessoal pode classificar-se quanto as relações familiares (estado civil), as condições físicas (idade, sanidade mental e sexo) e quanto ao território (estado político, nacionalidade). Vai mensurar a capacidade de fato, via de regra, mas isto pode se dar também em virtude de outras situações, como a condenação penal, em que ocorre a perda dos direitos políticos e a condenação civil, que decreta a perda do pátrio poder, por exemplo.

Dessas considerações extraímos que a personalidade representa uma condição “estática” determinada: existe ou não existe, conforme a conceituação que cada ordenamento jurídico dá à pessoa. A capacidade, por sua vez, é um conceito vinculado a determinadas circunstâncias, podendo sofrer graduação conforme estas se verificarem ao longo da vida da pessoa.

Por tudo o que foi dito, para o sistema clássico, atribuir personalidade jurídica a alguém consiste em torná-lo sujeito de direito possuidor de titularidade patrimonial. Não há referência à identidade originárias entre os seres humanos, ou à questão da dignidade, o que só vai ocorrer mais tarde, com a “constitucionalização” do Direito Civil. Por isso, o modelo clássico classifica os direitos subjetivos em direitos reais, direitos obrigacionais e direitos da personalidade.

⁸⁴ O termo “capacidade” é originário de *capax* (o que contém) e de *capere* (conter, compreender).

⁸⁵ Nesse sentido merece crítica a concepção de Carnelutti, para quem todo homem é pessoa perante a ordem jurídica, mas isso no sentido de não haver homem que não seja sujeito de relações jurídicas e não no sentido de que a subjetividade ou a personalidade jurídica seja atribuída a todo homem em igual medida. A diferença pode resultar de condições físicas, mentais ou morais, em razão das quais não será justo tratar os homens em igual medida. Para ele capacidade jurídica é a medida da personalidade.

2.8) Os direitos da personalidade e os direitos subjetivos

Mas será que atualmente os direitos da personalidade podem ser considerados direitos subjetivos necessitando, portanto de tipificação por parte do Direito Objetivo? A melhor doutrina tem entendido que não⁸⁶. O problema da exigência de tipificação desses direitos se deu justamente pela categorização de tais direitos na subjetividade.

A insuficiência teórica dos direitos subjetivos para regular as relações não patrimoniais começou a demonstrar-se por ocasião do debate travado entre Savigny e seu discípulo Puchta quanto a existência ou não de direito subjetivo do indivíduo sobre o próprio corpo. Puchta considerava o corpo humano como separado do sujeito, podendo ser objeto de relação jurídica se a lei assim estabelecesse, a depender da vontade do sujeito. Este seria fonte e objeto do direito subjetivo.

Embora Savigny também considerasse a vontade como fonte do direito subjetivo, entendia que no caso do corpo humano não se poderiam aplicar as disposições atinentes desse direito, uma vez que se trata não de coisa externa ao homem, mas de algo essencial a própria existência deste. A vontade, neste caso, estaria limitada pela indisponibilidade do interesse.

Na verdade, esse questionamento resulta do encontro dos teóricos do direito subjetivo com o problema da unidade do indivíduo em relação ao que há de essencial a sua existência.

Se a questão do sujeito e da disposição das suas características físicas permaneceu sem solução, também do caso das suas projeções intelectuais a aplicação da teoria clássica dos direitos subjetivos revelou-se imprópria. Tanto que no começo do século XX a maior parte da doutrina civilista passou a aceitar a noção de direitos personalíssimos para reconhecer o vínculo entre os indivíduos e as emanações de sua personalidade, definidos como bens da personalidade, que podiam ser corpóreos ou não, em expressão patrimonial ou social e política.

⁸⁶ Nesse sentido, Erouths Cortiano Júnior afirma que “(...) a figura do direito subjetivo serviu como pano de fundo para a proteção da personalidade, como se utilizasse uma velha roupa para vestir uma nova pessoa.” (CORTIANO JR, Erouths in : FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998).

Como exemplo do insucesso da aplicação dos direitos subjetivos aos imanes da personalidade temos Alemanha, com a tipificação desses direitos ocorrida do Código Civil de 1900. Com seu caráter generalizador e abstrativizador, o BGB representou inicialmente um alargamento da tipificação da tutela da personalidade, na medida em que considerou obrigado a indenizar o dano quem, dolosa ou culposamente, lesa, de modo contrário ao direito, a vida, a integridade corporal, a saúde e a liberdade. Mas estes quatro bens são tutelados a partir de uma perspectiva meramente patrimonial e, considerados assim, em número restrito, permitiram a violação impune de outros bens. Isso porque com o avanço tecnológico e o desenvolvimento da aparelhagem de gravação e filmagem, a privacidade começou a ser molestada sem que pudesse se exigir alguma proteção. Como resultado, o Tribunal do Império decidiu no início desse século, que o reconhecimento dessa subjetividade era impossível no sistema alemão: eles passaram à categoria de direito geral.

Por essa atitude, percebe-se a grande dificuldade de uma tutela adequada da personalidade humana sem a introdução de uma cláusula geral no Direito Positivo, pois a tipificação *numerus clausus* jamais exaurirá toda a realidade. Deve haver algo que fundamente na legislação de soluções para as várias hipóteses em que pode haver lesão à personalidade⁸⁷.

⁸⁷ Nesse sentido é a preocupação de Walter Moraes quando se refere à necessidade de se encontrar urgentemente um “ponto de apoio” que possa dar unidade a esse conjunto de direitos. (MORAES, Walter. A concepção tomista de pessoa- um contributo para a teoria do direito da personalidade, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 509, dez. 1984.

No Brasil a opção também seguiu a alemã: há o direito geral da personalidade pelo preâmbulo da nossa CF, ao lado da proteção tipificada em leis esparsas e no Código Civil⁸⁸ a ser sancionado. Então, onde não houver previsão tipificada, o operador do direito deverá levar em conta a genérica.⁸⁹

Ainda assim, essa cláusula geral não poderá ficar estanque no âmbito fechado do Direito Civil, pois só a consideração do ordenamento jurídico como um todo permite a coerente tutela à personalidade. Para tanto assinala-se⁹⁰ a necessidade de equiparação dos direitos da personalidade aos direitos do homem (direitos fundamentais), ontologicamente considerado, de modo a abolir a dicotomia entre

⁸⁸ Um “velho Projeto de um revelho Código Civil” (aguadando agora sanção presidencial), como já asseverava Tepedino, lembrando que sua redação se deu a mais de 30 anos, já que a comissão foi constituída em maio de 1969. (TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 437). O Novo Código Civil tem um capítulo específico sobre os direitos da personalidade:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, 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, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Art. 21. A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

⁸⁹ CORTIANO JÚNIOR. Erouths. Op. cit., p. 47.

⁹⁰ MUNIZ, Fransisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

direitos patrimoniais e não patrimoniais. Por exemplo, o direito à propriedade é tido como um direito do homem e não um direito da personalidade. De qualquer forma, aponta-se no sentido de abranger dentre os direitos da personalidade direitos de cunho notadamente patrimonial, como o direito ao trabalho, o que revela a possível superação dessa dicotomia.

Também deriva a dicotomia da separação entre o público e o privado, decorrente do afastamento entre as expressões liberdade e direito subjetivo: esta aparece fincada no corpo constitucional e aquele migrou para o ordenamento jurídico ordinário, atraído por sua feição patrimonialista, que corresponde ao sentido do “ter” que lhe foi atribuído.

A doutrina aponta hoje no sentido de desvincular a noção de direitos subjetivos dos direitos da personalidade. Erouths Cortiano Júnior justifica essa intenção:

“O direito subjetivo foi elaborado a partir da categoria do ter, e de forma construída, não pode regular a categoria do ser.” (...) Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isso não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana, que extrapola qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito, sua proteção é o eterno problema do direito.”⁹¹

Esse posicionamento reflete o crescente movimento de repersonalização do direito, que busca, dentre outros objetivos, unir novamente a liberdade e o direito subjetivo para que os direitos da personalidade vincule tanto o Estado (na liberdade pública) quanto o particular (no seu direito subjetivo). Já que o homem é entendido como valor supremo do Direito, não pode haver óbices de ordem burocrática a sua proteção, como a separação entre o público e o privado.

Não se pode considerar, portanto, que os direitos da personalidade referem-se somente às relações entre particulares, sendo que sua proteção atacaria somente atos desses particulares, negada a possibilidade de ataque à autoridade estatal. Essa tendência reducionista não tem fundamento na medida em que se convençione que o fim do Direito é a proteção do homem. Dessa modo, não haveria como não tutelar os direitos personalíssimos agredidos pelo Estado.

⁹¹ CORTIANO JR, Erouths, Op. cit., p. 49-50.

Os direitos da personalidade, nessa perspectiva, constituem-se em direitos fundamentais, ao se libertarem da origem individualista dos direitos subjetivos.

De qualquer forma, vinculados estão a titularidade atual ou não de direitos e a personalidade na nossa codificação, que com base nisso, aponta para três categorias, separadas por esse sentido: a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual. Essas categorias constantes em nosso direito serão interpretadas como detentoras ou não de personalidade jurídica, conforme o sentido atribuído ao termo inicial da personalidade. As teorias que abordam o tema costumam ser agrupadas em três grupos principais: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente conceptualista.

3) O CONCEITO DE PESSOA NO CÓDIGO CIVIL

3.1) A pessoa natural

O conceito de pessoa natural corresponde ao ser humano nascido com vida e é tradicionalmente entendido como ente jurídico enquanto sujeito de direitos e obrigações. Essa expressão foi aceita e adotada pelo Código Civil, sem unanimidade: Teixeira de Freitas a criticou por sua antinomia suscitar a idéia de que haveriam pessoas “não naturais”, pois para ele, as pessoas jurídicas criadas pelo espírito humano também eram naturais.

O Novo Código Civil⁹² adota outra expressão: “pessoa física”. Ela também é imprecisa por salientar o aspecto material do homem, desprezando seu aspecto moral, igualmente integrante de sua personalidade. Tal é o posicionamento de Teixeira de Freitas na análise do Esboço, afirmando que o homem é composto de corpo e espírito e se fosse considerado apenas quanto ao físico seria considerado animal e “só como tal não seria ente jurídico porque não seria suscetível de adquirir direitos.” Para ele, as pessoas, que são todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos pelo teor do artigo 16, subdividem-se em pessoas de existência visível e pessoas de existência ideal (artigo 17).

O sentido tecnico-jurídico atribuído à pessoa pelo sistema oitocentista corresponde a uma categoria abstrata que visa somente delimitar a titularidade jurídica; é tida como sinônimo de sujeito de direitos. Não há coincidência com a noção de ser humano.

De qualquer forma, todo ser humano é considerado apto para adquirir direitos e contrair obrigações. Mas é preciso fixar um termo a partir do qual se possa dizer que há ser humano, e que portanto, ser-lhe-á concedida a personalidade jurídica.

⁹² Não há maiores inovações no Novo Código Civil, conforme se depreende das disposições que tratam da personalidade e seus direitos, nos já mencionados artigos 1º e 2º.

O art. 4º do Código Civil determina que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

O direito romano, segundo princípio de seu *ius civile*, só considerava o homem como sujeito de direitos quando fosse livre, cidadão romano e independente do poder familiar, sob a designação de *caput*. O começo da vida da pessoa física, naquele sistema jurídico, se assinalava pelo nascimento, caracterizado pela separação completa do feto do ventre materno e pela verificação das seguintes condições de fato: o parto devia ser perfeito, ocorrendo pelo menos dentro do sétimo mês após a concepção; o ser nascido havia de ter a forma humana e não devia nem *monstrum* nem *prodigium*; havia de nascer com vida, revelada por qualquer sinal aceitável. Aí se protegia também o nascituro, conferindo-lhe subjetividade desde o momento da concepção se isto lhe pudesse favorecer a aquisição do *status libertatis*, ou o gozo dos atributos honoríficos do pai, caso em que lhe nomeavam um curador.

O direito francês exige a viabilidade ao ser que nasce vivo, ou seja, a sobrevivência por no mínimo 24 horas. O direito italiano suprimiu a exigência de viabilidade no seu Código de 1942.

Nosso direito exige unicamente o nascimento com vida para a aquisição da personalidade. Este ocorre com a separação do filho das vísceras da mãe e a verificação de qualquer sinal de vida, identificável pela medicina.

Ensina Serpa Lopes⁹³ que o conceito jurídico de pessoa apresenta duas angulações no campo doutrinário: uma formal e outra material. Pela acepção formal a pessoa representa o centro ao qual o ordenamento jurídico imputa atos ou fatos aptos a levar a uma aquisição de direitos, ou a uma assunção de obrigações. Pela angulação material, a pessoa se ligaria ao homem pela sua existência.

Para o sistema clássico, a pessoa natural corresponde ao centro de imputação de direitos e deveres de cunho eminentemente patrimonial surgido com o nascimento com vida, denotando a adoção do parâmetro formal. Ou seja, o Direito só reconhece a

⁹³ LOPES, Serpa. Op. cit., p. 248.

pessoa jurídica, enquanto criação abstrata, pois o ser humano é uma noção separável do conceito de pessoa no âmbito do Direito porque o mundo do “dever ser” não corresponde ao mundo do “ser”, como assinala a teoria kelseniana. No universo jurídico toda pessoa é pessoa jurídica, já que constitui um centro parcial portador de poderes e deveres definidos em lei.

Parte da doutrina sustenta que o critério material da dimensão humana constitui a opção mais condizente com os valores de nosso ordenamento, pois segundo tal entendimento, a pessoa já não é mais um centro receptor de direitos, mas um centro de irradiação dos mesmos, e a personalidade jurídica só é admitida em homenagem e no interesse do próprio ser humano, quer considerado em si mesmo, quer encarado como elemento integrante da sociedade. A concepção formal de pessoa acolhida pelo sistema clássico visa tão somente operacionalizar esse conceito dentro de um ordenamento jurídico que visava, fundamentalmente, regulamentar o comércio jurídico, perdendo de vista o horizonte da dimensão ontológica do homem, passível de proteção por sua própria natureza, dada a limitação da noção de personalidade em relação à tutela dos seus direitos primordiais.

No Direito Moderno todo homem, como tal, é pessoa, ou seja, sujeito ativo ou passivo nas relações jurídicas, em virtude de que a capacidade jurídica é sinônimo de personalidade. Mas nem sempre ocorreu essa correspondência, pois na origem das fontes romanas o vocábulo *persona* era empregado no sentido de homem, isto é, do ser humano, o que não implicava na possibilidade de ser sujeito de direitos já que era o termo *caput* que media essa possibilidade em conformidade com seu *status*.

O termo “pessoa” passou a representar o significado técnico do homem dotado de capacidade jurídica através de Hans Kelsen. Pela Teoria Pura do Direito, a pessoa é apenas “uma expressão unitária personificadora para um feixe de deveres e faculdades jurídicas, vale dizer, para um complexo de normas”. Literalmente tal teoria opera uma dissolução do conceito de pessoa”, preservando o sistema jurídico de “hipóstases que desorientam e reduplicam o Direito como objeto de conhecimento”⁹⁴.

⁹⁴ Comentando a Teoria Pura, OLIVEIRA, J. Lamarine Corrêa de. O conceito de pessoa jurídica. (tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil), Curitiba, 1962, p.93.

Kelsen entende que só a partir dessa teorização será possível conceber satisfatoriamente pessoa física e pessoa jurídica como elementos de mesma essência. Desse modo, “o homem não é apreendido pelo Direito como tal, em sua totalidade, ‘com todas as suas funções anímicas e corporais’ (...) pois que esse ser humano composto apenas de deveres e faculdades que é o único que interessa ao Direito, segundo o mestre de Viena, não existe, pura e simplesmente.”⁹⁵

3.2) A pessoa jurídica

A criação da pessoa jurídica pelo Direito reflete a adoção do mencionado critério formal na formulação do termo “pessoa” dentro no mundo jurídico, pois a possibilidade de ser titular de direitos ou de obrigações nasce, não do ser humano, mas de uma criação do homem que, em razão do interesse especial que ela representa, separa-se dele e adquire um valor próprio, uma existência autônoma⁹⁶.

O Direito objetivo reconhece a existência de entidades fictícias, organizações humanas que, sob a forma de sociedades civis ou comerciais, ou fundações, que se formam para alcançar uma finalidade coletiva. Para que elas possam realizar a finalidade para a qual foram criadas o ordenamento atribuiu-lhe a condição para serem titulares de direitos e obrigações na forma da designação de pessoa. À pessoa jurídica propriamente dita, aplicam-se sem dificuldades os princípios formais próprios da pessoa natural, revelando que sob essa designação o Direito oitocentista preocupou-se em salvaguardar sua potencialidade patrimonial e não sua dimensão biológica e psicológica.

Como já vimos, para os romanos *persona* era apenas o ser humano. Essa terminologia não chegou a ser utilizada para designar as instituições, como os Municípios. A existência de um patrimônio próprio (*arca communis*) e a capacidade de comparecer a juízo autonomamente (*actor vel syndicus*) impuseram aos romanos a necessidade de reconhecer a autonomia, uma unidade desses organismos perante

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p.95-96.

⁹⁶ CHAVES, Antônio. Lições de direito civil; parte geral. v. 03, São Paulo: Bushatsky, 1973.

terceiros, através de uma regulamentação desse novo ser de direito ao qual seria atribuído, mais tarde o nome de pessoa jurídica. No entanto, as primeiras linhas na tentativa de uma teoria para explicar o fenômeno de personalização só serão traçadas mais tarde, a partir do Direito Canônico⁹⁷, inaugurando a discussão para os séculos procedentes.

As teorias negativas não aceitam a existência da pessoa jurídica. Consideram dispensável sua criação, uma vez que as pessoas naturais seriam as únicas capazes de direitos e obrigações. As teorias de ficção justificam a necessidade de conceder às organizações humanas a possibilidade de aquisição de direitos e deveres afirmando que o que se está tutelando, em última análise são próprios interesses humanos, que seriam atingidos somente com essa concessão. Outras teorias admitem a pessoa jurídica como ente de existência indiscutível porque distinta da existência dos indivíduos que a compõem.

De qualquer forma, o que fica evidenciado com essa construção teórica é a finalidade para a qual desenvolveu-se o termo “pessoa” no âmbito do Direito, pois tal designação é emprestada às entidades criadas pelo homem com a finalidade de adquirir direitos e assumir obrigações eminentemente de ordem patrimonial.

3.3) O nascituro

O nascituro para Pontes de Miranda “ é o ente concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida.”⁹⁸

Nosso Código Civil ainda vigente, inobstante não tenha especificamente admitido a condição de pessoa natural ao nascituro, reconhece uma série de situações onde ele é tratado como tal: o artigo 359 legitima o filho apenas concebido;

⁹⁷ É a tese da ficção legal desenvolvida por Savigny que vai inaugurar de fato o início da teorização a respeito da pessoa jurídica. (OLIVEIRA, J. Lamarine Corrêa de OLIVEIRA, J. Lamarine Corrêa de. Op. cit., p.23).

⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Op. cit., p. 171.

o artigo 363, parágrafo único, possibilita o reconhecimento do filho antes do nascimento; o artigo 468 trata da curatela ao nascituro; o artigo 1.718 o nascituro tem capacidade para adquirir por testamento; o artigo 1169 estabelece a possibilidade jurídica de doação ao nascituro mediante aceitação pelos pais. Por todas essas situações, de natureza familiar/patrimonial, Clóvis Bevilacqua entende que teria sido mais lógico afirmar de vez a personalidade do nascituro⁹⁹.

3.3.1) O nascituro pela teoria natalista

A corrente natalista entende que o termo inicial da personalidade jurídica é o nascimento com vida. Ela permeia a maioria dos códigos do mundo, dentre eles os da França, Espanha, de Portugal, do Chile, da Alemanha, Suíça, Itália e Japão¹⁰⁰.

Pelo que refere em relação à pessoa natural, é freqüente em nossa doutrina o entendimento de que o Brasil teria adotado, dentre as teorias que discutem o termo inicial da personalidade, a teoria natalista.¹⁰¹ Essa concepção não é, entretanto, unânime pois essa questão começa a suscitar dúvidas com a análise da segunda parte do artigo 4º, quando se assegura proteção ao nascituro, ainda que não seja ele dotado de personalidade jurídica por intermédio de várias disposições patrimoniais que permeiam o Código ainda vigente. Para essa teoria, como a personalidade advém do nascimento, não seria o nascituro pessoa: a personalidade subordina-se à condição suspensiva de nascer com vida. Se ela verificar-se, há a efetiva aquisição de direitos, se não, não haverá perda ou transmissão dos mesmos porque a personalidade não existiu.

⁹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 11 ed., Rio de Janeiro: Azevedo, 1959, p. 144-145.

¹⁰⁰ MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Op. cit, p. 42

¹⁰¹ O entendimento majoritário da jurisprudência nacional não unânime na adoção dessa teoria. Nesse sentido, interessante mencionar a decisão do STF proferida no REEX nº 99.038/MG: embora tenha decidido por maioria que os direitos do nascituro são expectativas, deixa registrada a oposição respeitável do Ministro Francisco Rezek, Relator, para quem o nascituro possui sim direitos, subordinados porém à condição suspensiva do nascimento com vida.

Na tentativa de explicar essas situações sem conferir ao nascituro personalidade jurídica inúmeras teorias desenvolveram-se, principalmente na Alemanha.

Savigny afirmou que os direitos atribuídos ao nascituro se justificariam por ficção legal de já ter nascido, sendo ele uma “pessoa fingida”. Essa teoria encontra adeptos em nossos dias, como Serpa Lopes¹⁰², pois para ele, no caso de aborto, deveria ocorrer a perda ou transmissão de direitos por força da ficção legal do nascimento.

Contrariamente, afirmou-se, pelo ano de 1850 a partir de A. Koeppen, que haveriam direitos sem sujeito, categoria na qual se encaixariam os direitos à espera do nascimento de seu titular¹⁰³. Chegou-se a cogitar, operando uma verdadeira inversão conceitual, que o patrimônio seria um complexo de valores, que serve a um fim e não necessariamente à pessoa; seria uma pessoa jurídica com fins próprios. O desenvolvimento dessa idéia por E.I. Bekker leva à constatação absurda de que poderiam ser sujeitos coisas e animais, porque é o patrimônio que atribui direitos a quem ou o que corresponder a seus fins. Assim, o que caracteriza o sujeito de direito é o fato de “ter” algo e não de “poder” algo. Equipara-se o nascituro a entes despersonalizados, como a herança jacente e a massa falida, havendo, portanto, direitos sem sujeito.

Contra essa teoria, J. E. Kuntze afirmou que não precisa ser homem a pessoa, pois o que é realmente preciso é que haja direito e todo direito pertence a algum sujeito. Com ele C. Neuner justifica que, v.g. , que nem após a morte do sujeito o direito pode deixar de ter um titular: ou outro lhe sucede ou o direito é que deixa de existir.¹⁰⁴

A teoria do sujeito indeterminado com a qual contribuiu R. Stammler teve melhor aceitação por atender à indeterminação fática do nascituro. O direito não seria futuro, apenas careceria de determinação.

¹⁰² LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso De Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1998, p. 254.

¹⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Op. cit. , p. 163.

¹⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Op. cit. , p. 168.

Tentou-se também transplantar para a teoria dos sujeitos a noção de expectativa, que diz respeito à relação ou efeito de relações. Para A. Von Thur, por exemplo, o direito não pode ser sem sujeito, pois a capacidade de direito começa com o nascimento. O que pode existir para o nascituro são expectativas de direito; se ele nasce vivo há constituição do direito com eficácia retroativa. O fato jurídico já se produziu, enquanto que o direito. Apela-se para a cautelaridade das medidas para resguardar o direito futuro com certa probabilidade de confirmar-se.

Além dessa teoria da concessão de meras expectativas ao nascituro, outras tentam explicar a sua natureza jurídica. Podemos mencionar a teoria do sujeito parcial de direito, que diferencia a personalidade jurídica da pessoa física da atribuída ao nascituro.

De qualquer forma, as dificuldades doutrinárias aí originam-se pelos direitos que nascem antes do nascimento do titular, o que é inconcebível para a teoria natalista. Na tentativa de estabelecer-se outra solução pretendeu-se conceder ao nascituro a condição de titular de direitos mediante a atribuição de personalidade jurídica.

3.3.2) O nascituro pela teoria conceptualista

Desenvolveram-se as teorias conceptualistas que entendem estar formada a personalidade desde o momento da concepção, seja totalmente, como um reconhecimento do fato jurídico do início da formação de um ser humano, seja como direito à aquisição sujeita à condição. Foram adotadas no Peru, no Paraguai, na Argentina, no México, e na Áustria¹⁰⁵.

A dificuldade dessa corrente assenta no ponto relativo ao regime singular dos direitos atribuídos ao nascituro. Estes seriam adquiridos pelo nascituro sob forma condicional resolutiva, qual seja a de sobrevir o nascimento com todos os requisitos legais, ou seriam realmente adquiridos no momento da concepção.

Conforme o entendimento que se tenha a esse respeito, a corrente conceptualista bifurca-se na **teoria da personalidade condicional** (sob a condição do

nascimento com vida) e na teoria dita **verdadeiramente conceptualista**, por considerar o início da personalidade desde a concepção.

A **teoria da personalidade condicional** faz coincidir a aquisição de personalidade jurídica à nidação, mas a aquisição de direitos pelo embrião estaria condicionados ao nascimento sem vida, como condição resolutiva. Dessa forma, uma vez verificado o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção. Caso contrário os direitos que se adquiriram, resolveriam-se.

Entre nós Clóvis Bevilacqua defendeu-a e introduziu-a no seu Projeto do Código Civil Brasileiro de 1899, declarando em seu artigo 3º que a personalidade começa desde a concepção, sob a condição de nascer com vida. As razões que o levaram a esse entendimento dizem respeito aos seguintes aspectos¹⁰⁵: desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito, tanto que o aborto constitui crime; a gravidez autoriza a posse em nome do ventre e a nomeação de curador especial, sempre que competir à pessoa por nascer algum direito; considerar-se o nascituro como nascido, desde que se trate de seus interesses.

Pontes de Miranda repele essa teoria, mencionando impropriedades, pois no caso de sucessão, *v.g.*, se o nascituro nasce morto, o herdeiro será outra pessoa e a ausência da criança que deveria viver demonstra não ter tido eficácia a disposição do testador a favor do concebido, pois este na verdade não existiu como herdeiro. Tal mecanismo lógico evidenciaria a adoção da teoria natalista.

O Código Civil segue o raciocínio natural de que poderia confirmar-se a presunção de existir pelo início da concepção, por isso ressalva desde esse momento os direitos do nascituro. Como não se pode ter certeza da viabilidade do concebido, aposta-se pela possibilidade aritmética mais provável de que nascerá com vida. Se a exceção ocorre, demonstrado está que não havia titular para o direito. Na passagem da concepção para o nascimento os direitos patrimoniais que se constituíram tem um ou alguns titulares, apenas não se sabe qual, ou quais sejam. E a ineficácia quanto ao nascido sem vida corresponde à eficácia do herdeiro legítimo.

¹⁰⁵ MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Op., cit, p. 42

¹⁰⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit., p. 253.

De qualquer forma, apenas os direitos patrimoniais materiais como a doação e a herança dependeriam do nascimento com vida para aperfeiçoar-se. Aqueles direitos necessários para assegurar a pessoa por nascer a vida com dignidade, ou seja, os direitos da personalidade, seriam desde a concepção atribuídos.

Em relação a aquisição de direitos, outro é o entendimento para a teoria **verdadeiramente concepcionista**, donde a personalidade tem seu termo inicial pela concepção. Esse era o pensamento constante nas Ordenações do Reino. Entre nós, defende esse entendimento Silmara Almeida¹⁰⁷, considerando possuir o nascituro todos os direitos decorrentes da aquisição de personalidade, interpretando genericamente o sentido do artigo 4º, no que se refere aos direitos do nascituro. Para ela, nossa codificação estabelece direitos ao nascituro, e por correspondência à lógica do sistema, este deve ser pessoa, pois só ela pode deter titularidade. Menciona o fato do artigo 458¹⁰⁸ ter reconhecido ao nascituro o *status* de filho na medida em que a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos nascidos e nascituros.

Francisco Amaral afirma que o referido artigo reflete a transição entre o direito romano e o direito brasileiro, marcada pela função intermediadora do direito português. Assim, em Roma o nascituro não era considerado pessoa, mas uma vez dotado de vida autônoma, e enquadrando-se pela organização social (pelo *status*) na categoria de homem capaz de direitos, sua existência refletia-se à época da concepção. Nas ordenações, ao contrário, a personalidade começava com a concepção. Evidente a influência no direito justiniano do direito canônico e será essa a combinação absorvida por nossa codificação em seu início; Teixeira de Freitas considera o nascituro como pessoa no Esboço de Código Civil de 1864, nos artigos 53 e 221, assim com o já mencionado Projeto inicial de Clóvis Bevilacqua. Para Francisco Amaral¹⁰⁹ há equiparação entre o nascituro e a pessoa natural.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no nosso direito constituído. In: BITTAR, Carlos Alberto. O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39-52.

¹⁰⁸ Art. 458. “A autoridade do curador estende-se à pessoa e bens dos filhos do curatelado, nascidos ou nascituros.”

¹⁰⁹ AMARAL, Francisco. O nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do Direito Português. Revista de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 8, 1990, p. 78-86.

Observa-se hoje a crescente necessidade de conferir uma forma mais abrangente de tutela ao nascituro, não ao que concerne somente aos seus direitos patrimoniais, mas de forma a assegurar-lhe outros direitos mais primordiais¹¹⁰.

3.4) A prole eventual

A prole eventual diz respeito a todo ser humano que pode vir a ser concebido, consistindo, portanto num ente futuro ao qual são asseguradas vantagens.

Essa categoria é destinada a possibilitar o benefício da doação ou da aquisição por testamento, conforme estabelecem os arts. 1173 e 1718 do Código Civil de 1916¹¹¹ e o art. 1811, inc. I do Novo Código¹¹².

Dessa forma, os *nondum concepti* podem ser contemplados em testamento, negócio jurídico unilateral, e em estipulações a favor de terceiro.

Há uma alternância de sujeitos, mas desde logo sabe-se que não há o favorecido eventual, durante a espera da geração. Por isso não há curador para a prole eventual. Essas disposições patrimoniais não são passíveis de polêmica doutrinária, uma vez que não cabe discussão sobre atribuição de personalidade aquilo que sequer existe.

¹¹⁰ Por exemplo, quando há conflito entre os “interesses” do nascituro de nascer com vida e os interesses de outros sujeitos: no caso de tentativa de interrupção da gravidez, quando autorizada pela legislação a prática abortiva, considera-se primordialmente as razões da gestante. Tal situação pode verificar-se no caso de realização de exames pré-natais em que se identifica um defeito genético no nascituro para o qual ainda não há cura, que autoriza, em alguns países o chamado aborto “terapêutico.” No Brasil o aborto somente pode ser praticado se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a concepção advém de estupro, conforme o art. 128 do Código Penal.

¹¹¹ “Art. 1173- A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”.

“ Art. 1718- São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designada e existentes ao abrir-se a sucessão.”

¹¹² Art. 1811. Na sucessão pode ainda ser chamado a suceder:

I- Os filhos ainda não concebidos das pessoas indicada pelo testador, desde que vivas estas ao abrir a sucessão.”

3.5) O embrião concebido e mantido *in vitro*

O avanço no âmbito das técnicas de reprodução assistida fez com que fosse possível em nosso século o domínio da concepção fora do útero, permitindo a fecundação *in vitro* e o congelamento de embriões. Essa inovação colocou em xeque a categorização clássica dos sujeitos de direito (que os separa em pessoa natural, nascituro e prole eventual), pois trouxe a necessidade de se definir se o embrião não implantado teria direito à proteção pelo Direito e, em caso afirmativo, qual seria o alcance dessa proteção.

Para tanto, sente-se hoje a necessidade de se repensar essas categorias, construídas sob o influxo do pensamento oitocentista, à luz da realidade atual, que exige uma resposta quanto ao início da personalidade jurídica da pessoa, se se considerar que só essa concessão abstrata é capaz de assegurar direitos.

Discute-se se o embrião humano concebido *in vitro* e ainda não implantado no útero poderia enquadrar-se como uma das categorias admitidas pelo Código Civil. A teoria concepcionista visa a esse objetivo numa interpretação extensiva, é verdade, já que originalmente referia-se à concepção *in utero*.

Pelo rigor da classificação apreendida desse Diploma, o pré-embrião poderia ser no máximo prole eventual, se por não pertencer ao ventre materno for considerado não concebido, na medida em que essa condição se mostra essencial ao desenvolvimento futuro do ser. Mas biologicamente a concepção já se observa, com a união de gametas, o que tira o fundamento dessa classificação.

Não poderiam também ser considerados nascituros, pois não são pessoas a nascer após o decorrer de nove meses, estando com seu desenvolvimento estacionado pela tecnologia.

Por essas razões, Jussara Maria Leal de Meireles entende que esses embriões, por suas características próprias, não se enquadram nas três categorias admitidas em nosso Código Civil, necessitando de proteção específica pelo simples fato manterem o que chama de estreita similitude com as pessoas já nascidas. Não seria o caso de atribuir-lhes personalidade jurídica, pois não haveria necessidade de dar-lhes

subjetividade e titularidade para assegurar direitos que se impõe por si mesmos. A proteção ocorreria por titularidade difusa de toda a Humanidade, no interesse de preservação das futuras gerações.¹¹³

Mesmo que se atribua personalidade jurídica aos embriões mantidos *in vitro*, considerando-os “pessoa”, sua caracterização como sujeito de direito teria que se submeter à condição suspensiva de implante no útero e à condição resolutive, que poderia ser o nascimento sem vida ou a não implantação.

A qualificação dos embriões como sujeitos de direitos parece carecer de importância, pois, conforme observa Alberto J. Bueres,¹¹⁴ ainda que não se aceite a identidade conceitual entre pessoa (para o Direito, portanto como categoria jurídica de sujeito de direito) e ser humano, é certo que essas idéias também não se dissociam totalmente. Muito embora entenda-se a pessoa como suporte de direitos e obrigações, deve esta ser definida independentemente de tais conceitos jurídicos, recorrendo-se ao ser humano como ponto de partida para se pensar nesses direitos e obrigações.

Nesse sentido, o sujeito de direito requer um substrato real, que é o homem individual ou agrupado (no caso das pessoas jurídicas) e, além disso, uma máscara que lhe insere no mundo jurídico.

Portanto, podemos concluir que a caracterização do embrião humano como pessoa desde o momento da fecundação pela teoria concepcionista não utiliza o mesmo termo “pessoa” do qual se utiliza o Direito. O sentido empregado demonstra ser bem mais amplo, seguindo a bioética: a pessoa é assim considerada em razão de seu valor moral. Ainda que em sentido muito amplo, não se nega ao embrião humano a qualificação como ser humano.

A teoria concepcionista quer mostrar que a partir da fecundação existe vida e que esta deve ser protegida seguindo a lógica sobre a qual está fundada o sistema jurídico. A vida estaria caracterizada sobretudo pela atividade energética do zigoto e não propriamente pela nidação, pois existem casos em que a gravidez se desenvolve

¹¹³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Da pessoa ao embrião: diferença e similitude no estatuto jurídico do ser. Tese (doutorado), Setor de Ciências Jurídicas da UFPR: Curitiba, 1999.

¹¹⁴ BUERES, Alberto J. La voluntad jurídica y la fecundación extracorporal. In: Responsabilidad civil de los medicos. 2ª ed., Tomo 1, Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 179-193.

atipicamente em outras regiões que não o útero (nas trompas ou em áreas da cavidade abdominal), sem que haja prejuízo à formação da pessoa.

O posicionamento contrário entende que o óvulo fecundado fora do útero não teria a mesma relevância jurídica que o naturalmente concebido. Isso porque a possibilidade de integração do futuro ser à sociedade dependeria de atos de terceiros, como a implantação em momento preestabelecido.

Mais acertada nos parece o primeiro entendimento, pois ele vai nos fornecer o substrato para afirmarmos a necessidade de proteção da pessoa como um valor e não como simples categoria jurídica: desde o seu início se impõe o respeito à dignidade do ser humano. A proteção da vida humana já existente se faz necessária para a harmonia do sistema jurídico que a eleva à categoria de direito fundamental.

Se visto como um valor, o embrião é considerado para além de sua biologia, como objeto do projeto parental de procriar e portanto, como um ideal da Humanidade.

4) A PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1) A “constitucionalização” do Direito Civil

A doutrina liberal do século XIX¹¹⁵ guiou a construção do Estado de Direito, pois este procurou pautar-se na legalidade e na liberdade dos indivíduos livres para agir e iguais diante da lei, que por sua vez, apresentava-se igual para todos porque geral e abstrata. Sob tal influência, desenvolveram-se um conjunto de normas organizadas em codificação como suficientes para regular toda a vida em sociedade.

Nesse âmbito, o sistema civil clássico foi elaborado com o intuito de centralizar o sistema de regras jurídicas destinadas a reger as relações de natureza privada. Mas por dar grande ênfase aos aspectos patrimoniais da existência, de modo a estabelecer uma amplidão das faculdades conferidas ao proprietário de dispor, gozar, usar e abusar da coisa, traduzindo a noção eminentemente individualista do direito de propriedade¹¹⁶, acabou por deixar um vazio no que diz respeito à tutela da pessoa humana.¹¹⁷

As consequências desse sistema foram bem registradas por Carmem Lúcia Silveira Ramos¹¹⁸:

“ A igualdade, fundamentada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente forma, baseada na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.”

¹¹⁵ Para romper com o sistema absolutista com seus privilégios de classe, e com a pluralidade dispersiva e insegura de fontes do Direito Medieval, o liberalismo buscou a unicidade do Direito na figura do Estado que garantia a neutralidade das normas e a concepção do homem como sujeito abstrato. (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização dos direitos privados e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3)

¹¹⁶ Na sociedade brasileira da época, predominantemente agrária nenhum outro direito se colocava acima da propriedade

¹¹⁷ O Direito Civil da nova codificação ameniza essa lacuna ao trazer em seu bojo disposições referentes aos direitos da personalidade.

¹¹⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Op. cit., p. 5.

Na tentativa de corrigir a legitimação da exploração da parte mais frágil da relação jurídica por meio da igualdade formal e na crescente complexidade da sociedade, o século XX caracterizou-se pela edição de uma série de estatutos especiais¹¹⁹, operando a descentralização do direito privado, a ponto de ser denominado a “era da descodificação”¹²⁰. Esse processo completou-se pelo conteúdo da Constituição Federal de 1988, que regulou diversas áreas da vida civil.

Então o Direito Civil de hoje não se contém apenas no Código, mas se agrega também à Constituição. Esse fenômeno é chamado de “constitucionalização”¹²¹ do Direito Civil, ou Direito Civil Constitucional. Assim, temas que antes eram vistos como adstritos aos códigos, como a propriedade e a família, passam a receber o influxo da normatização constitucional.

Necessário observar que o espectro das valorações da “constitucionalização” tem de se situar dentro dos parâmetros constitucionais de ordenação, com respeito pelo papel de integração do sistema que, em última instância, a estes cabe. O que, atendendo à visão do homem e ao modelo de sociedade que a nossa Constituição perfilha, não representa qualquer violação do sentido próprio e mais profundo do Direito Civil. Ao contrário, a “constitucionalização” fornece as bases para que o Direito Civil não contraste com os valores da pessoa.

Por isso a Constituição Federal de 1988 ao abarcar o Direito Civil gera também o fenômeno da “repersonalização”, consistente no desfoque protetivo do patrimônio, observável na concepção liberal burguesa do Direito, para o indivíduo inserido solidariamente no contexto social da comunidade em que se encontra.¹²²

Assim está evidenciado em nossa Constituição em seu artigo 1º, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa

¹¹⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações, por exemplo.

¹²⁰ Expressão de Natalino Irti registrada em TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p.11.

No entanto, há de se ressaltar essa expressão pela recente aprovação do novo Código Civil, em 15/08/01 pelo Congresso Nacional, atualmente aguardando sanção presidencial.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹²² ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.05.

humana. No rol dos direitos fundamentais insere-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos elencados.

Afasta-se com isso a dicotomia entre o direito público e o privado e o ordenamento passa a ser visto como unidade, sendo o Direito Civil o direito dos cidadãos frente ao Estado, assumindo um caráter cada vez mais valorativo e menos formalista.

A personalidade jurídica foi construída pelo sistema clássico para capacitar a pessoa humana para a aquisição de direitos e obrigações. Pelo sistema privatístico, é o único elemento capaz de assegurar todos os direitos positivados ao que elege como único sujeito possível: a pessoa natural, ou seja, o ser humano nascido com vida.

Com a “constitucionalização”, o esforço doutrinário vem no sentido de aproximar os direitos da personalidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, explica Canotilho¹²³ que nem todos os direitos fundamentais são direitos personalíssimos, embora a correspondência não esteja longe de ocorrer. Isso em virtude do desprendimento dos direitos fundamentais de sua origem individualista, face ao comprometimento com a solidariedade social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novos valores foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico, ampliando a proteção ao ser humano, de forma a dar um novo alcance à personalidade e aos direitos a ela imanescentes, principalmente no que se refere a seu início. Para ilustrar essa afirmativa trataremos das tutelas que nos parecem exemplos mais fortes dessa nova realidade: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

4.2) O direito à dignidade

No demorado processo de incorporação aos textos constitucionais, os direitos fundamentais passaram por diversas gerações, todas interligadas e interdependentes fazendo parte do processo de construção teórica e aplicação prática da tutela da natureza humana no que ela tem de essencial.

¹²³ Registrado em MEIRELLES. Jussara Maria Leal de. Op. cit., p. 134.

A primeira geração iniciou-se no século XIX, correspondendo aos direitos e liberdades de caráter individual, como a liberdade de crença, de consciência, de expressão, de locomoção, o direito à propriedade e à inviolabilidade de domicílio. Decorrentes do momento histórico, visavam proteger o indivíduo frente ao arbítrio estatal.

A segunda geração desenvolveu-se na segunda metade do referido século, na forma de reconhecimento dos direitos de caráter coletivo, como o direito à participação política do cidadão, à liberdade de associação, ao direito à greve.

No século XX surge a terceira geração de direitos fundamentais, incorporando os valores da ordem social, econômica e cultural, que devem ser mantidos mediante uma atuação positiva do Estado: o direito ao trabalho, à saúde, à habitação, à educação, na forma de acesso à cultura e ao lazer.

Em seu final, o século XX revela a existência de uma quarta geração de direitos, ainda em desenvolvimento, relacionados ao progresso científico: o direito à não manipulação genética e os que dizem respeito à solidariedade entre os povos num mundo globalizado, como o direito ao desenvolvimento e ao patrimônio comum da humanidade (o meio ambiente, por exemplo).

O direito à dignidade da pessoa humana passou por diversas classificações. Por muito tempo considerou-se como direitos naturais, por influxo do jusnaturalismo, procurando conceder um caráter universal aos direitos então reconhecidos pelas declarações de direitos. Enquadrou-se também como parte dos direitos humanos no contexto dos textos internacionais. Recentemente, por influência dos publicistas alemães adotou-se a expressão direitos fundamentais para designar aqueles inerentes à pessoa humana, inseridos nos textos constitucionais e que recebem, portanto, amparo jurídico e jurisdicional do Estado.

Os direitos fundamentais correspondem a um processo de concordância prática com outros bens amparados constitucionalmente. Vistos como princípios, constituem exigências primeiras da ordem estabelecida. Então, em âmbito internacional, ao lado do princípio da soberania dos Estados, surgiu o princípio da dignidade de todo ser humano.

A dignidade da pessoa humana, por constar como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem sido vista como um princípio sob o qual pauta-se toda a ordem jurídica, de modo a fazer com que a pessoa seja respeitada, resguardada e tutelada, em sua integridade física e moral para que possa desenvolver livremente suas potencialidades.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁴ afirma:

“(...) não hesitamos, portanto, em afirmar que o princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, seja ele implementado por meio do reconhecimento de ‘cláusulas pétreas’, seja ele desenvolvido implicitamente a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado Social de Direito ou, caso preferimos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade de pessoa humana, valor-guia de toda ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima.”

A dignidade atribuída à pessoa, outorga-lhe por consequência os demais direitos fundamentais definidos pelo homem¹²⁵. A classificação mais conhecida desses direitos sob a forma de direitos da personalidade é a de Adriano De Cupis, que compreende o direito à vida e a integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo, o direito à identidade pessoal e direito à moral do autor. Essa classificação, no entanto é meramente exemplificativa, pois, conforme abordado há uma teorização geral dos direitos da personalidade que não se sujeita à tipificação.

Na adequação desses direitos à teoria da relação jurídica, tem-se como pólo ativo o seu titular e como pólo passivo a coletividade, sobre quem se impõe, *erga omnes*, o dever de respeito dos mesmos.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.63.

¹²⁵ A dignidade humana gera polêmica quanto a possibilidade de, enquanto princípio, prevalecer sobre o direito à vida nos casos em que se busca o direito a uma morte digna por intermédio da eutanásia.

4.3) Os demais direitos fundamentais: o direito à vida

Para problematizarmos a questão do início da personalidade como elemento essencial à aquisição de direitos vamos abordar o mais fundamental desses direitos, qual seja o direito à vida, que se interliga à noção de integridade física, como seu antecedente lógico. A integridade física é definida por De Cupis como “um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos”¹²⁶. Constitui um direito fundamental da personalidade, pois visa proteger a sua primeira emanção: sua existência. Preserva o corpo da pessoa de atentados alheios.

Já na antiga Roma, não se considerava o direito ao próprio corpo como um direito de propriedade, tutelando-se, porém, o corpo do indivíduo contra agressões exteriores. Mas tradicionalmente é essa a noção que se tem, partindo do raciocínio de que o direito à integridade consiste num poder que o indivíduo tem sobre seu próprio corpo, idêntico ao que teria sobre qualquer objeto que integre sua esfera privada. Assim, os poderes que cada pessoa teria sobre seu corpo seriam os de um proprietário sobre seu bem material: o *ius fruendi*, *ius utendi* e o *ius abutendi*. Tal entendimento confere intangibilidade corporal absoluta ao homem, enquanto senhor de seu próprio corpo.

A melhor doutrina atual tem se mostrado contrária a esse entendimento, já que o direito de propriedade em si traz a seu titular a possibilidade de ampla disposição sobre a coisa. Se esta fosse a natureza do direito sobre o próprio corpo, seu titular poderia mutilá-lo ou destruí-lo até o início deste direito: até a supressão da própria vida. O que o direito à integridade física confere na verdade ao indivíduo é o poder de pôr fim aos atos materiais praticados por alguém contra seu corpo ou na eminência de serem praticados.

O direito a integridade física abrange uma série de outros direitos: o direito à vida, à saúde e o direito à integridade corporal. Segundo parte da doutrina esse direito genérico prolonga-se até após a morte, originando o direito ao respeito ao próprio

¹²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 269.

cadáver. O direito à vida antecede à integridade corporal na medida em que refere-se à própria existência do indivíduo. Uma vez assegurada, decorrerá o direito à preservação da incolumidade física da pessoa e de sua saúde.

A integridade física é tutelada tanto pelo Direito Civil como pelo Direito Penal. Este só tutela somente as espécies tipificadas de ofensas. É o Direito Civil que vai tutelar o corpo humano contra toda e qualquer causa que o agrida, lese ou cause diminuição à integridade física do indivíduo, visando assegurar o livre desdobramento da personalidade e da dignidade humana.

Discute-se se o conceito de integridade física abrangeria também a integridade psíquica, já que a psique faz parte da estrutura da pessoa e constitui um componente indivisível da própria personalidade. Pontes de Miranda, falando pela maioria da doutrina, separa esses dois aspectos definindo a integridade psíquica como dever de todos de não causar danos à psique de outrem, e do Estado, ou dos parentes, de velar pelos insanos da mente.

Pela leitura do nosso texto constitucional, podemos perceber que há os mencionados direitos essenciais (o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), e direitos secundários decorrentes dos primeiros, como a livre associação decorre da liberdade. Todos estão inseridos nos primeiros capítulos da Constituição, na categoria de direitos e garantias fundamentais. Tal prioridade revela a retomada da pessoa humana como valor fundante de todo o Direito, tanto que sua tutela foi elevada à categoria de cláusula pétrea, o que não ocorria nas Constituições de 1967 e 1969, que mencionavam tão somente a Federação e a República.

Como direito e garantia fundamental está o direito à vida, inserido no artigo 5º da Constituição. Como se faz presente em vários artigos do corpo constitucional¹²⁷ esse direito assume também o caráter de princípio do nosso ordenamento. Cretella

¹²⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Júnior¹²⁸ aponta no mínimo dois sentidos para a expressão “direito à vida”: o direito de continuar vivo, embora se esteja com saúde, e o direito à subsistência, mediante trabalho honesto.

A cláusula constitucional não se limita a proteger somente a vida dos que já nasceram, pois se assim fosse não haveria meio de legitimar a tipificação do aborto.

Nesse sentido, algumas vozes doutrinárias se levantam pelo fim do “instituto jurídico do nascimento”¹²⁹, pois o simbolismo que deu origem a eleição desse marco pelo qual o ser passa a ser considerado humano deixou de ter sentido. É que no saber antigo, o nascimento era o único momento capaz de provar que o nascituro oriundo da escuridão do ventre materno não era um ser contra a ordem natural, um *mostrum*, mas sim um membro da espécie humana. À vida que aí se protege não se faz menção de um termo inicial fundante, não sendo possível restringir esse direito a apenas a categoria civilista de pessoa natural, ou de nascituro. Jussara Meireles entende que pelo mesmo motivo não se poderia excluir desse direito o embrião humano *in vitro*.¹³⁰

Começa-se a apontar em outro sentido diverso do clássico, procurando a tutela do embrião a partir da verificação de sua autonomia, enquanto vida, ainda que embrionária. Tal posicionamento vem em obediência ao princípio da isonomia estabelecido no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil¹³¹, pois visa garantir ao embrião, qualquer que tenha sido a forma de concepção, a aquisição, em primeiro lugar, do primeiro de todos os direitos, qual seja, o direito à vida, e, uma vez garantida a existência, dos demais direitos necessários a dar a essa existência a dignidade.

De qualquer forma, se o nascimento não é mais o termo inicial para a aquisição de direitos através da personalidade, duas soluções se mostram possíveis: ou busca-se um outro termo para caracterizar seu início, ou desvincula-se a aquisição de

¹²⁸ CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 183.

¹²⁹ Nesse sentido, BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao patrimônio genético, Coimbra: Almedina, 1998.

¹³⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Op. cit. p. 145.

¹³¹ “Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”

direitos da atribuição de personalidade, mediante a supremacia dos direitos fundamentais, que não precisam de um informe lógico que serve somente a um contexto patrimonial.

Pela primeira possibilidade teríamos que definir uma situação na qual fosse possível afirmar a existência da vida defendida pela Constituição. Então, ou optaríamos pela teoria conceptualista, que elege o momento da concepção como marco inicial da vida e de sua conseqüente proteção, ou afirmaríamos outra fase qualquer da ontogênese a partir da qual começa a desenvolver-se a vida autônoma, seguindo a corrente genético-desenvolvimentista.

Esta linha de pensamento procura estabelecer uma cronologia do desenvolvimento do embrião humano. Mas a literatura médica não chega a um consenso a respeito da fase que faria do embrião um ente humano, razão pela qual se estende, sem tréguas o debate referente a essa questão pelos comitês de bioética.

A segunda solução proposta, de certo modo representaria uma “quebra” na estrutura lógica do Direito Civil clássico ao conceber direitos, ainda que “apenas” os fundamentais, a entes que não gozam de personalidade jurídica. Para tanto, o fundamento lógico dessa nova construção seria a primazia da pessoa humana, estabelecida pela Constituição, frente aos demais valores em que se pauta o Direito e, nesse sentido, o respeito à vida e à dignidade do ser humano é que não poderiam deixar de ser observados, sob pena de inadequação à Carta Magna. Ocorreria uma relativização do dogma da personalidade jurídica, para mostrar que o direito não faz depender a tutela do ser humano da aquisição de personalidade, ao menos tal como esta surge configurada no Código Civil.

Nesse sentido, não seria a personalidade jurídica que justificaria o tratamento atribuído pelo Direito ao ser humano; antes é a circunstância desse ser ter natureza humana que justifica que o Direito lhe reconheça personalidade jurídica. Então a personalidade jurídica seria uma conseqüência e não uma causa da intervenção do Direito na tutela do ser humano. Seguindo esse raciocínio não é a personalidade jurídica que goza de uma tutela constitucional preferencial face à vida humana, antes é esta que se encontra configurada como valor central e superior da Constituição.

Mas ainda nesse caso, a garantia de proibição de violação da vida humana retrocederia, necessariamente, a um momento anterior ao nascimento, pois precisaria ter também um marco inicial no qual se possa dizer a existência de algo a ser protegido. E no caso de dúvida quanto a esse momento a solução mais legítima, para não contrariar a axiologia constitucional, a solução seria considerar o momento exato da fecundação como gerador da vida, agindo *in dubio pro vitae*¹³².

De qualquer forma, a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de manutenção de uma vida já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, incluindo todas as suas manifestações, incluindo o direito ao nascimento. Por isso, outra proposta seria a desconsideração da titularidade do direito à vida dos entes não nascidos transferindo-os à coletividade mediante a utilização teórica dos direitos difusos, o que não afetaria o molde teórico da relação jurídica.

¹³² OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, Coimbra: Almedina, 1999, p. 41.

CONCLUSÃO

O Direito pode ser entendido como uma criação humana que visa harmonizar a convivência em sociedade segundo o ideal de Justiça, de modo a proteger os valores eleitos por todos como dignos de proteção através do uso legitimado da coerção. É uma construção teórica que segue a racionalidade humana, organizada na forma de um sistema, que como tal, obedece à logicidade das disposições, a não contradição e à prevalência das premissas maiores sobre as menores.

Nesse contexto, o sistema clássico de Direito Civil construiu-se sobre uma lógica pautada na idéia de relação jurídica, que pressupõe no mínimo dois sujeitos e um objeto e elegeu como premissa maior a proteção da propriedade, que se verifica como intenção final na grande maioria de suas disposições, em conformidade com os valores importantes à sociedade na época de sua elaboração. Como reflexo desta criação, a pessoa humana somente pode ingressar no universo jurídico se corresponder à categoria de sujeito, definida como o ente capaz de contrair direitos ou assumir obrigações.

O termo que marca essa passagem do mundo fático para o mundo jurídico corresponde precisamente ao conceito de personalidade, pois só ela confere a possibilidade de adentrar na relação jurídica, sendo por isso definida como a capacidade de direito. Ela obedece ao influxo ideológico do liberalismo no meio do qual foi concebido. Nesse âmbito, a pessoa natural corresponde ao sujeito de direitos e obrigações de cunho eminentemente patrimonial. Sob essa perspectiva, o Direito Civil oitocentista reconhece aos seres humanos nascidos com vida a qualidade de pessoa, assegura direitos ao nascituro (enquanto ser humano a nascer) e estabelece vantagens para a prole eventual (o ser humano ainda não concebido).

O sistema civilista clássico, organizado de modo a manter no topo da hierarquia dos direitos o direito à propriedade, deixando no homem uma desagradável sensação de reificação de seu espírito e de seu corpo, foi fomentando a necessidade de uma mudança axiológica. Tanto que já na década de 50 o filósofo japonês Keiji

Nishitani¹³³ apontava a perda do sentido humano com o progresso tecnocientífico, a tal ponto de não se saber mais onde se encontra o humano.

Ao pautar-se na teorização da relação jurídica, pelo sistema ainda vigente, pessoa para o direito clássico é somente o homem que pode participar de negócios jurídicos exercendo-os por si ou por intermédio de outra pessoa que possui capacidade que lhe falta. Por isso era interessante que seu ingresso nesse mundo se desse somente com o nascimento com vida. O que é garantido ao homem como valor fundamental é a possibilidade de adquirir e alienar bens, pois essa liberdade interessava à sociedade na época da elaboração do Código Civil; a pessoa é considerada somente enquanto possibilidade de participar do comércio jurídico. Tanto que em várias disposições codificadas percebe-se essa intenção. Por exemplo, na parte atinente ao Direito de Família, mais da metade de suas disposições são de cunho predominantemente patrimonial¹³⁴.

Mas hoje, a racionalidade humana fundante do sistema jurídico alcançou outro patamar. Foi preciso que a Humanidade tivesse seus valores primordiais, e portanto, universais, atingidos (a vida, a honra, a liberdade, a dignidade) para que percebesse a importância que os mesmos têm na sociedade. Somente com as tragédias do pós-guerra demonstrou-se a necessidade de estabelecer novas formas de proteção à esfera pessoal do homem, trazendo para o âmbito do Direito Civil dos Estados Democráticos a tutela desses novos valores. Visando criar uma forma eficaz de proteção do homem contra as arbitrariedades de seus iguais ou do Estado, teorizou-se os direitos da personalidade, como sendo aqueles indispensáveis ao saudável desenvolvimento da pessoa. Seu número não está sujeito à tipificação, pois novas formas de agressão à esfera pessoal podem surgir e o Direito não pode ficar de mãos atadas frente ao ataque daquilo que seria, daqui por diante, seu núcleo.

Então, para atingir esse objetivo os direitos da personalidade extrapolaram as limitações dos direitos subjetivos, que servem bem à resolução de conflitos de ordem

¹³³ SANTOS, Laymert Garcia dos. In: Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global, Petrópolis: Vozes, 1999.

¹³⁴ Segundo o levantamento de Paulo Luiz Neto Lobo, citado em MEIRELES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter....p.102.

patrimonial, mas que não sustentam a abrangência exigida para a proteção da personalidade. O que orienta e fundamenta esses novos direitos é a busca da manutenção da dignidade da pessoa humana, pois esse é o valor primeiro de toda a ordem jurídica, contido na Constituição como princípio fundamental da República. A pessoa passou a ser um fim em si mesmo, enquanto criatura única e irrepetível, necessária por toda sua imprevisibilidade ao desenvolvimento da Humanidade.

Nesse sentido, interessante mencionar a indagação de Giorgio Gianpiccolo registrada Por Gustavo Tepedino¹³⁵, que permanece sem resposta satisfatória: “ Porque o homem deveria ter proteção limitada somente aos aspectos expressamente regulados por uma norma, não se estendendo esta proteção indistintamente a todos os interesses da personalidade que possam parecer socialmente relevantes, e assim merecedores de tutela?”

Como resultado, desenvolveu-se a teoria geral dos direitos da personalidade para proteger a pessoa humana de qualquer agressão a sua esfera pessoal, tanto por parte do Estado como de outros particulares. A retirada da exigência de tipificação desses direitos possibilitou uma ampliação em sua tutela, cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com tudo isso, o conceito de personalidade jurídica também é chamado a corresponder a um novo alcance, desprendendo-se das amarras de nosso Código Civil. E é a Constituição Federal de 1988 que opera essa mudança, reconhecendo novos valores emergentes em nossa sociedade, que traduzem todo um movimento de evolução global. Por ela o homem é reconhecido como sujeito de dignidade, sendo elemento fundamental da República Federativa do Brasil. Para tanto, reconhece-se também a vida digna como direito fundamental.

Sob novas nuances, começa-se a afastar o entendimento da personalidade enquanto mera subjetividade, cujo resultado faz do ser humano apenas um ente de titularidade jurídica. A pessoa humana, a partir da Constituição Federal é entendida como um valor, cuja proteção não se delimita em contornos subjetivos. Observa-se o

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 44.

ser humano sob a perspectiva da coletividade, como um membro único que deve desenvolver suas potencialidades.

A personalidade jurídica, a partir desse entendimento, deve servir como instrumento de proteção integral do ser humano, simplesmente por sua pertença à espécie humana, e não mais por sua potencialidade em ser titular de direitos e obrigações de cunho patrimonial. Dessa forma, não mais se justifica a limitação da vida com base em uma lei escrita ainda sobre o influxo do século XIX, que sequer preocupava-se em garantir sua manutenção. A Constituição revela a intenção da sociedade em atribuir a todo o ser humano dignidade, a começar pelo direito mínimo à existência.

Por isso, aparece, ainda que timidamente, a tendência a mudar o marco inicial para aquisição de personalidade, como forma de adequá-la aos novos parâmetros constitucionais, pois ao corresponder o início da personalidade jurídica ao nascimento com vida, o Direito Civil deixa uma lacuna na questão referente aos entes que ainda não traspassaram essa barreira, que nem por isso deixariam de ser considerados vida humana.

A doutrina que se opõe ao reconhecimento de personalidade jurídica antes do nascimento aponta uma série de incertezas que viriam a estabelecer-se, com a possibilidade de direitos ao ente não nascido. De qualquer forma, a Constituição impõe a preservação da vida e não haveria óbices legitimados à aquisição somente dos direitos fundamentais.

Não há o direito à personalidade; esta criva o ser humano a partir de sua existência como valor, de onde se adquirem os direitos essenciais ao desenvolvimento sadio da personalidade. O que há são direitos da personalidade que se agregam ao homem a partir do fato biológico de verificação do evento vida. Deve portanto seguir o progresso biológico, até o ponto onde este pode afirmar com segurança a existência de vida humana, porque essa vida humana é um valor a ser tutelado pelo Direito.

O Direito Civil deve atender aos interesses do ser humano enquanto sua causa e não seu efeito. Nesse sentido, se a personalidade jurídica for o único meio capaz de garantir ao homem a aquisição de direitos, incluindo é claro seus direitos

fundamentais, não pode ter como marco inicial o nascimento com vida, sob pena de deixar sem tutela a vida embrionária, o que em nossos dias revelaria um contra-senso.

A esse respeito, muito nos serve o alerta de Antônio Chaves ao indagar “que espécie de civilização é a nossa, que sente necessidade de preceitos reconhecendo à pessoa humana o direito à vida, à salvaguarda de seu brio, à proteção de sua dignidade?”¹³⁶

Por sua natureza fundamental, a personalidade humana mostra-se insuscetível de redução a uma relação jurídica típica, sendo, ao contrário um valor a ser tutelado pelo Direito nas múltiplas situações que dizem respeito às emanções da esfera pessoal do ser.

Ainda que tal entendimento não se concretize, com a “constitucionalização” e a valorização do ser humano, sua proteção encontra outro mecanismo de manifestação: sem abandonar por completo a consideração de que todo direito tem necessariamente um sujeito, busca-se tutelar a pessoa humana com base em outros parâmetros, com a construção teórica dos direitos ditos difusos, partindo da consideração de que existem interesses que transcendem a esfera individual, pertencendo à coletividade.

Em nossos dias, novos princípios e valores passam a dar um novo conteúdo material às regras atinentes ao Direito Civil, orientando-as teleologicamente ou ocasionando a positivação de novas normas, em sentido completamente diverso do século XIX. Se entendermos que o Direito constitui uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, das cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição¹³⁷, não poderemos em qualquer hipótese admitir a não concessão de direitos fundamentais à vida humana. A Constituição Federal de 1988 têm elementos para fundar uma nova concepção de pessoa, como ser humano digno de tutela por sua própria condição de partícipe da Humanidade.

¹³⁶ CHAVES, Antonio. Op. cit., p. 141.

¹³⁷ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995, p.

O novo Código Civil, parece suavizar um pouco o aspecto patrimonial das relações civis, ampliando a tutela à pessoa humana na forma de um maior enfoque aos direitos da personalidade. De qualquer modo, sua orientação seguirá a construção axiológica constitucional, acompanhando o bom progresso do homem e de seu Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no nosso direito constituendo. In: BITTAR, Carlos Alberto. O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

AMARAL, Francisco. O nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do Direito Português. Revista de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 8, 1990.

ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. Filosofando: introdução à filosofia, São Paulo: Moderna, 1986.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao patrimônio genético, Coimbra: Almedina, 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 11 ed., Rio de Janeiro: Azevedo, 1959.

BIOÉTICA, Comitê Italiano de. Identidade e estatuto do embrião. Revista SEDOC, Petrópolis (RJ) p 504-562, 1997. (Tradução de Antônio Angonese).

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BOFF, Leonardo. La posmodernidad y la miseria de la razón liberadora. In : Analisis.

BUERES, Alberto J. La voluntad jurídica y la fecundación extracorporal. In: Responsabilidad civil de los medicos. 2ª ed., Tomo 1, Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

CHAVES, Antonio. Lições de direito civil, v.3. São Paulo: Bushatsky, 1972.

CORTIANO JR, Erouths in : FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, São Paulo: Renovar, 2000.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo, Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

_____. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIORGIANNI, Michele. Direito privado e as suas atuais fronteiras.

GUSDORF, Georges. Mito e Metafísica. São Paulo: Convívio, 1979.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. De nuevo sobre el concepto de persona. El reto ante el debate bioético y biojurídico actual. In: Persona y Derecho, vol. 41, Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1999.

LEONTIEV, Alexis N. O desenvolvimento do psiquismo. (Tradução Manuel D. Duarte), Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso De Direito Civil: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1998.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”). Coimbra: Almedina, 1990.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 89.

_____. Da pessoa ao embrião: diferença e similitude no estatuto jurídico do ser. Tese (doutorado), Setor de Ciências Jurídicas da UFPR: Curitiba, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Pessoas Físicas. In: Tratado de direito privado. Parte geral; Tomo I : Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORAES, Walter. A concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 509, p.14.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

OLIVEIRA, J. Lamarine Corrêa de. O conceito de pessoa jurídica. (tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil), Curitiba, 1962.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 19, 1978-1980.

OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, Coimbra: Almedina, 1999.

PALAZZANI, L. El concepto de persona en el debate bioético y biojurídico actual, en Medicina y Ética, nº 1, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. 1991, nº 49.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização dos direitos privados e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson(coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. História da Filosofia. v. 1, São Paulo: Paulus, 1990.

SÁ, Andréa Alves de. In: Limites e possibilidades do sujeito de direito: comparação entre a teoria e a prática. Revista de Estudos jurídicos, Curitiba, v. 4, nº. 1, ago. 1997.

SANTOS, Laymert Garcia dos. In: Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global, Petrópolis: Vozes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SÈVE, Lucien. Para uma crítica da razão bioética. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SOUZA, Capelo de. O Direito Geral de Personalidade, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.