

Positivismo Jurídico e os Direitos da Personalidade Natural

Legal Positivism and Natural Personality Rights

Igor Henrique dos Santos Luz(1); Jaime Domingues Brito(2)

1 Analista Judiciário (Área Judiciária) da Justiça Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP.

E-mail: igorhenriqueluz@yahoo.com.br

2 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE), SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor titular nos cursos de graduação e de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor no curso de pós-graduação de Direito Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNILONDRINA Advogado.

E-mail: jaimebrito.adv@uol.com.br

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 236-254, Maio-Agosto, 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Março 22, 2017; Aceito: Agosto 24, 2018]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i2.1812>

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

Resumo

O presente artigo propõe-se a analisar o quadro geral dos direitos da personalidade, relativos à pessoa natural, dentro da moldura normativa brasileira, e, sob a opção metodológica do positivismo jurídico (*latu sensu*). Para tanto, situa, brevemente, no tempo e na história, a origem e evolução do complexo de direitos denominados personalíssimos. Analisa o conceito de pessoa, que lhes dá fundamento, tanto em uma perspectiva doutrinária e legal quanto filosófica e antropológica. Explicita as duas principais tendências filosóficas (unitária e reducionista - esta, por vezes, considerada expansionista) utilizadas na definição do conceito de pessoa. Perpassa a implicação/relação das questões éticas sobre a criação e interpretação das leis. Noticia as constantes discussões, controversas, acerca de temas como o aborto, a realização de tatuagens, a doação de órgãos, a transfusão de sangue, a automutilação (quando culturalmente aceita) ou a amputação de membros (por recomendação médica), a manipulação genética, e, ainda, a eutanásia. Por fim, destaca a situação vivenciada no contexto do 'pós-positivismo', em que a discricionariedade judicial é paradoxalmente utilizada como justificativa para o confronto e para a aplicação da metodologia juspositivista (em especial, nas vertentes do moralismo jurídico e do realismo jurídico).

Palavras-chave: Pessoa. Direitos da personalidade. Positivismo jurídico.

Abstract

This paper aims at analyzing the general framework of personality rights related to the natural person within the Brazilian norm and within the legal positivism (*latu sensu*) methodological option. Therefore, it briefly situates in time and history the origin and evolution of the so called personal rights. It also analyzes the concept of person in which it is grounded in a perspective both doctrinal and legal as well as philosophical and anthropological. It explains the two main philosophical tendencies (Unitary and reductionist - being the later sometimes considered expansionist) used in the definition of the concept of person. It permeated the implication/connection of ethical issues on the creation and interpretation of laws. It brings the constant controversial debates on topics such as abortion, tattooing, organ donation, blood transfusion, self-mutilation (when culturally accepted) or amputation of limbs (by medical recommendation), genetic manipulation, and also euthanasia. Finally, it highlights the situation experienced in the context of 'postpositivism', in which judicial discretion is paradoxically used as justification for confrontation and for the application of legal positivism methodology (especially in the juridical moralism and legal realism aspects).

Keywords: Person. Personality rights. Legal positivism.

1 Introdução

Em um contexto pós-positivista, como o vivenciado pelo Brasil, após a sua redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, cujas normas ostentam forte cunho principiológico, a interpretação e aplicação do direito acabam por sofrer com o decisionismo judicial, em que moralismo e positivismo se interrelacionam.

Com efeito, a pretexto de efetivar-se o conteúdo das normas constitucionais, em especial aquelas de caráter programático ou arroladas como direitos e garantias fundamentais, o subjetivismo do julgador, de âmbito administrativo ou jurisdicional, exsurge sem limitações objetivas à qualquer subsunção.

O realismo jurídico parece imperar na Teoria da Decisão Judicial, mas não sem uma oposição, por vezes, frequente, dos adeptos do moralismo jurídico, ou ainda, dos jusnaturalistas.

Dentro deste panorama, as normas ordinárias também estão, imperiosamente, sujeitas a um necessário filtro de constitucionalidade. Mas é a baixa densidade normativa das normas deste jaez e, de modo específico, a dos direitos fundamentais, que acarreta a problemática entre a segurança jurídica e os imperativos éticos, que se mostram em constante conflito).

Assim, e, por serem, os direitos personalíssimos, um plexo de direitos considerados de fundamental importância ao indivíduo humano, não se encontra consenso possível na sociedade ocidental deste início de século e virada de milênio, ainda mais, quando o desenvolvimento das biotecnologias e o rompimento de tradições agravam os questionamentos éticos a respeito das posturas passíveis de adoção pelas *pessoas*, quanto ao seu corpo, ao seu gênero, à sua liberdade, às suas escolhas, ao seu planejamento familiar, aos seus direitos reprodutivos, e, até mesmo, quanto à sua própria vida. Isto, para não adentrar os aspectos jurídicos de suas projeções sociais, que exigiriam o reconhecimento de direitos ou personalidade (extensível) a animais e outras ficções, como, por exemplo, a de espíritos.

Por estas razões, afigura-se necessário o estudo em torno do quadro geral dos direitos da personalidade, e de suas relações com o positivismo jurídico, de modo a tentar encontrar uma saída plausível para o constante choque entre o subjetivismo, o moralismo e o legalismo em questões que afetam, diretamente, a pessoa humana e sua dignidade.

2 O Quadro Geral dos Direitos da Personalidade e sua Relação com o Positivismo Jurídico

Segundo o consenso doutrinário, a teoria dos direitos da personalidade é muito recente, tendo se iniciado com Otto Von Gierke, ainda, no século XIX. E, embora

haja resquícios da tutela à integridade (física ou moral) do homem, desde o Código de Hamurabi, o movimento por sua proteção ganhou expressão com o jusnaturalismo grego, a partir da distinção (ou oposição) entre *nómos* e *physis* (excesso, injustiça), já, no século V a.C.

Desenvolveu-se, também, entre os romanos, que asseguravam algumas esferas da personalidade, como a integridade física, a honra e o domicílio, através de leis como a *Lex Aquilia* e a *Lex Cornelia*, ou ainda, mediante o uso da *actio iniuriarum*, de que se podia valer a vítima do crime de *iniuria*.

Francisco Amaral¹ chega a afirmar, a propósito, que “a *hybris* grega e a *iniuria* romana constituíram ‘o embrião do direito geral da personalidade’”.

Neste período, ainda, surgiu o Cristianismo, propagando a existência de um vínculo ou de uma relação entre o homem (criatura) e Deus (seu Criador), que lhe atribuía um valor inato e inderrogável - germen da noção de dignidade humana. Após seu desenvolvimento, também, durante a Idade Medieval, nos pensamentos de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino, fundou-se a ideia de uma *lex divina*, superior aos costumes e às normatizações romanas, mas impositiva de dogmas e do respeito ao próximo.

Verificou-se, igualmente, na Idade Média (em 1215), a promulgação da *Magna Carta*, marco do constitucionalismo e das garantias liberais negativas, que, por consequência, determinavam um certo respeito à personalidade.

No entanto, os direitos personalíssimos se universalizaram, mesmo, com o racionalismo moderno da Filosofia das Luzes, que secularizou a ideia dos direitos fundamentais, através de documentos como o *Bill of Rights* (1689), dos estados americanos, e, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, promulgada durante a Revolução Francesa.

Aliás, os direitos da personalidade são espécie do gênero direitos fundamentais, que, a seu turno, são espécie do gênero direitos humanos.

E o reconhecimento do Direito Humanitário, sabe-se, acentou-se na primeira metade do século XX, com as Guerras Mundiais, exurgindo, daí, uma categoria universalizante, em âmbito supranacional, de interesses tuteláveis, perfectibilizada e discriminada em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950.

No contexto desse movimento internacionalizante, nasceu uma perspectiva teórica denominada pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, que mescla o positivismo jurídico com o moralismo ou o jusnaturalismo, em uma espécie de teoria híbrida, interpenetrável, associada à noção de ‘retomada de valores’.

Sobre este pano de fundo, a propósito, foi promulgada a Constituição de 1988, e desenvolveram-se os Pré-Projetos de Código Civil, que culminaram na edição do Código Civil de 2002.

1 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 254.

A compreensão deste esforço histórico afigura-se mais do que necessária, para que se possa tratar das influências do positivismo sobre os direitos da personalidade. Afinal, é a adoção de uma perspectiva naturalista ou positivista, relacionada, ou não, com a moral, que conformará o *modus operandi* da tutela dos interesses personalíssimos, inclusive, sua própria conceituação.

O positivismo jurídico² (ou juspositivismo) tem várias Escolas, como as do positivismo legalista, do positivismo histórico, do positivismo sociológico ou do positivismo conceitual, podendo-se destacar, como seus expoentes, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart, dentre outros.

Suas características essenciais, de acordo com Luís Roberto Barroso³, são:

(i) a aproximação quase plena entre Direito e Norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

E, seu ponto de intersecção com a teoria dos direitos da personalidade, no Brasil, ao menos, dá-se a partir do modelo normativo adotado pela Constituição de 1988 (denominada Constituição Cidadã), que elegeu um modelo principiológico, de cláusulas abertas, com natureza programática (se bem que já se discute, hoje em dia, estas ‘funções de compromisso’), fundado no valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

A dignidade humana, assim, passa a ocupar o epicentro do sistema constitucional⁴, condicionando a criação e a interpretação de suas normas, bem como,

2 A referência, normalmente, neste contexto, é ao positivo jurídico *stricto sensu*, que, de acordo com Dimitri Dimoulis, é a “Teoria do direito [...] segundo a qual a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de mandamentos e valores de origem moral ou política. Admite a tese da necessária separação entre direito e moral, assim como entre direito e política”. (In: *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 276).

3 BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 240.

4 A propósito, INGO WOLFGANG SARLET ensina que “[...] o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais. Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito

as da legislação ordinária, em que se insere o Código Civil. Fá-lo, no entanto, sob imperativos morais, buscando atender aos fins sociais das sobreditas normas jurídicas, cujos conteúdos finalísticos não são declarados ou explicitados nos textos legais, ou então, em reconhecimento a um balizamento naturalista, decorrente da condição inata do ser humano e de seu estado de natureza (individual ou de índole sócio-política).

Desta posição, emergem questionamentos a respeito da atribuição de personalidade jurídica, ou não, ao nascituro, diante do contido no art. 2º, do CC; da extensão da personalidade após a morte, mesmo à vista do contido no art. 6º, do CC; da possibilidade de realizar-se o aborto ou a eutanásia; do possível reconhecimento e adoção de técnicas de melhoramento genético, pela eugenia); da legalidade e moralidade do transplante de órgãos; da legitimidade da transgenitalização etc.

Tais questões se colocam em atendimento aos interesses de diversos grupos sociais, sejam minorias ou majorias, mas chocam-se com a tendência positivista de aplicação do Direito Brasileiro, herdada de nosso período colonial, e, mantida, intuitivamente, segundo alguns doutrinadores⁵, até os dias atuais, à contrariedade da proposta constitucional.

Este descompasso teórico, aliado à baixa densidade normativa⁶ dos textos legais, ou, à sua abertura interpretativa, é responsável por inúmeras incoerências jurisdicionais. Isto porque, não obstante o juspositivismo aceite o decisionismo⁷, o

fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico) compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – como ainda teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido (In: *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68-69. Destaques nossos).

- 5 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011. p. 217.
- 6 Entenda-se o conceito na perspectiva de Dimitri Dimoulis, para quem é o “Critério quantitativo que permite classificar as disposições jurídicas de acordo com seu grau de concretude (porosidade, abertura). Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)”. (In: *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 275).
- 7 Valem, aqui, as lições de Dimitri Dimoulis, ao enunciar que: “A teoria positivista não reconhece a vinculatividade jurídica de princípios morais ou de outra natureza. Não sendo vinculado por tais princípios, o aplicador de enunciados normativos jurídicos vagos ou de baixa densidade possui liberdade de decisão” (In: *A relevância prática do positivismo jurídico*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011. p. 231).

distanciamento tomado pelo aplicador da norma⁸, que, também, caracteriza-se por ser desvinculado de imperativos morais, acaba por dissociar, muitas vezes, o direito efetivado, vinculado às possíveis posturas interpretativas, dos interesses sociais, associados a expectativas diversas, em maior ou menor proporção, alimentadas por um ideal pós-positivista.

As normas do Código Civil, deve-se destacar, são claras, mas, no âmbito de um direito civil-constitucionalizado, acabam por ter de enfrentar um filtro hermenêutico de constitucionalidade, que pode primar por dar-lhes uma conformação moralista ou naturalista. O argumento do naturalismo justifica, de fato, inúmeras tendências⁹, como a da aceitação da transgenitalização¹⁰, da modificação do estado civil do indivíduo (*lato sensu*), da não escravidão, mas pode, a *contrario sensu*, justificar a adoção de posicionamentos restritivos, como a não autorização da realização de transplantes de órgãos, a sujeição à lei do homem mais forte, o banimento, a morte prematura do idoso. Tudo, conforme o valor ético-moral que se eleja na sociedade e que seja passível de justificação sob o comando teleológico da norma.

Trata-se, ao que parece, de uma segurança jurídica condicional, e, cujo condicionante passa a ser a ideia de proporcionalidade (no procedimento da ponderação de interesses), ‘rechaçada’ que está, a regra majoritária pura, ao menos, nos sistemas democráticos.

Não há, para uma parcela da doutrina, qualquer estabilidade das relações sociais

8 Também, neste tocante, os ensinamentos de Dimitri Dimoulis, ao explicar que: “Ao estudar a estrutura do ordenamento jurídico e ao interpretar seus dispositivos, o juspositivista adota uma postura de *distanciamento* tanto de suas preferências pessoais como dos valores e interesses de grupos sociais. Procura também se distanciar dos conteúdos normativos e ideológicos do próprio ordenamento, evitando defender as opções legislativas como adequadas, necessárias ou justas e a legitimar seus resultados. [...] Não procura descrever e explicar aquilo que efetivamente faz o aplicador do direito. Muito menos deseja orientar o aplicador do direito elaborando uma praxeologia (“faça cumprir a Constituição!”, “obedeça essa norma!”, “escolha essa interpretação!”, “seja neutro!”, “busque a justiça!”). O positivista procura tão-somente indicar qual é o significado da locução “direito válido” e quais as possíveis posturas do intérprete-aplicador, no caso em que esse intérprete-aplicador entenda que certo conjunto de normas constitui o direito válido”. (In: A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 241/242).

9 Por entender que alguns direitos decorrem da própria condição humana (a partir de uma visão antropocêntrica) e de suas relações com a natureza (do mundo das coisas, individual e política), que, ligadas à satisfação das necessidades do homem ou à sua autodeterminação, implicam na transposição destes imperativos naturais à política legislativa.

Eduardo C. B. Bittar, aliás, ministra que: “o conjunto de idéias jusnaturalistas não perde alento. Sua chama permanece resplandecente, em face de sua simplicidade e de sua posição claramente objetiva, pois, acima de tudo, deixa uma só e única lição: o homem, apesar de ser racional, apesar de ser capaz de moralidade e de autodeterminação de seu comportamento, é um ser jungido pelo contexto no qual se encerra. E, desse ponto de vista, o argumento é irrefutável”. (In: Direito natural: sentido natural *versus* sentido cultural. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n.º. 152, p. 183-189, out./dez. 2001. p. 187).

10 Regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º. 1.955/2010.

(fim último do ordenamento jurídico), razão por que o positivismo jurídico deve ser aplicado de modo mais adequado, mediante parâmetros lógico-rationais de aceitação, como forma de combater o hibridismo arraigado na legislação brasileira que tutela os direitos personalíssimos, inclusive, para sua expansão.

Estes parâmetros, consoante a proposta de Dimitri Dimoulis, tomariam por análise:

- a) *Competência*. O Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão como os elementos normativos que indicam sob quais condições o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais poderes.
- b) *Utilização das fontes*. A decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários?
- c) *Interpretação sistemática*. A decisão interpreta o direito em vigor de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras?
- d) *Qualidade da subsunção*. A consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduz uma consequência concreta de uma norma principiológica ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo princípio de maneira não fundamentada. Sabe-se que da premissa que os homens são mortais não podemos deduzir a data de falecimento de cada um. Da mesma maneira, a premissa que a Constituição garante o direito à saúde não permite deduzir com rigor subsuntivo que certo paciente tem direito a certo tratamento.
- e) *Qualidade das provas*. As afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação sobre entorpecentes protege a saúde pública e isso justifica a punição de produtores e vendedores de tais drogas, os julgadores devem apresentar comprovação empírica do nexo adequado e necessário entre a punição criminal e a tutela da saúde pública e não privar um cidadão de sua liberdade com base em suposições sem fundamento empírico.

A questão reflete com tanta força, que traz divergências e limitações à própria definição dos direitos da personalidade. Seriam, eles, direitos naturais do homem¹¹ ou

11 Carlos Alberto Bittar defende que os direitos personalíssimos são direitos naturais. Assevera, pois, que: “[...] os direitos da personalidade constituem, a nosso ver, e com a devida vênia, direitos inatos –

direitos positivados¹²? Os direitos incidem sobre a pessoa humana (enquanto objeto) e seus elementos, ou, derivam da pessoa humana e de seus elementos?

Conforme as respostas, pode-se entender pela legalidade do suicídio, se o indivíduo tiver direito ao seu próprio corpo, ou pelo impedimento do aborto, se o embrião for considerado elemento potencial¹³ da pessoa, ou então, pela concessão de personalidade a objetos e animais¹⁴, ou, pela retirada da personalidade de determinadas pessoas consideradas disformes¹⁵.

como a maioria dos escritores atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária -, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento, a que se volte: contra o arbítrio do poder público ou contra as incursões de particulares. (In: Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15. n.º. 60, out./dez. 1978. p. 112).

12 José Castan Tobenãs, por sua vez, entende que são direitos positivos, e não, intuição da consciência. (Apud BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15. n.º. 60, out./dez. 1978. p. 112).

13 A noção de potência (ativa), aqui, deve ser entendida sob o enfoque aristotélico (e sua contribuição filosófica), que, conforme os especialistas “é bem diferente, ou antes, contrária à daqueles que sustentam que o embrião humano não seria um indivíduo humano real, mas apenas um homem em potencial”. Aduzem, para tanto, que “[...] a diferença essencial entre o *potencial* e o *possível* é negligenciada. O que é possível carece de uma relação real com o ato e é simplesmente aquilo que pode tornar-se algo, sem outras condições; enquanto o potencial é aquilo que pode tornar-se algo por sua própria virtude interna e se tornará esse algo a menos que surjam obstáculos”. (RAMÓN LUCAS LUCAS, L.C. O Estatuto Antropológico do Embrião Humano. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 217).

14 O debate é intenso, e, recentemente, divulgou-se notícia de que: “Por maioria de votos, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou, em agravo de instrumento, que um casal em separação judicial divida a guarda do cachorro de estimação. Cada um terá o direito de ficar com o animal durante a semana alternada. A mulher recorreu ao TJSP após seu pedido de guarda ou visitas ao cão ser negado. Para o desembargador Carlos Alberto Garbi, relator designado do recurso, o entendimento de que o animal é “coisa” sujeita a partilha não está de acordo com a doutrina moderna. Ele explica, em seu voto, que a noção de “direitos dos animais” tem suscitado importante debate no meio científico e jurídico a respeito do reconhecimento de que gozam de personalidade jurídica e por isso são sujeitos de direitos. “É preciso, como afirma Francesca Rescigno, superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito de consideração moral, de modo que os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos viventes”, afirmou. O magistrado cita, ainda, vários autores que abordaram o assunto e, ao final, destaca: “Em conclusão a essa já longa digressão que me permite fazer sobre o tema, o animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, a ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciante, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração e nessa linha entendo deve ser reconhecido o direito da agravante. O acolhimento de sua pretensão tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal”. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/10654/TJSP-autoriza+guarda+alternada+de+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o>>).

15 No direito romano, sabe-se, alguns nascidos vivos eram considerados *monstrum* ou *prodigium* e não

E vai tornando-se ainda mais complexa, se perquirida a possibilidade de reconhecimento da existência de direitos personalíssimos após a morte do indivíduo, ou, até mesmo, de sua própria personalidade¹⁶, após o óbito, tendo em vista que o jusnaturalismo, *a priori*, não abrangeria, senão em um plano metafísico, mencionadas possibilidades. O juspositivismo, todavia, pode levar a cabo tais ficções.

Por fim, cabe destacar, da análise do influxo do positivismo jurídico sobre a teoria dos direitos da personalidade, a necessária conceituação do que venha a ser, justamente, a personalidade jurídica, no contexto do direito positivo.

O conceito, no entanto, é apresentado pela doutrina de Francisco Amaral¹⁷:

Pessoa é o ser humano ou entidade com personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres.

Titularidade de um direito é a união do sujeito com esse direito.

Não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular.

Ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas, como credor, devedor, pai, cônjuge etc.

[...]

Com uma visão mais atualizada, pode-se dizer que pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, e no reconhecimento de que são inseparáveis as construções jurídicas da realidade social, na qual se integram e pela qual se justificam.

gozavam de personalidade ou capacidade. Por todos, RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. Tomo II. Título IV. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865. p. 9).

16 Ao não reconhecer-se a existência ou projeção da personalidade jurídica para após o óbito, como justificar a adoção de provas psicografadas em processos judiciais?

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já enfrentou a temática: JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do co-réu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (TJRS, Ap. Crim. 70016184012, Rel. Des. MANUEL JOSE MARTINEZ LUCAS, 1ª Câmara Criminal, DJe: 26.11.09).

17 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216-218.

Hoje, personalidade jurídica e capacidade jurídica não se confundem, mas interrelacionam-se, sendo a capacidade a medida da personalidade¹⁸. Esta distinção, porém, inexistia no direito romano, e, igualmente, inexistiu no Brasil, por longo tempo (até o Código Civil de 1916)¹⁹, de maneira que considerava-se pessoa, o sujeito de direitos e deveres capaz de exercê-los.

E, quanto ao conceito na legislação civil brasileira, o mesmo parece não guardar, sob uma leitura rápida, qualquer ressalva, confundindo-se com o indivíduo nascido vivo²⁰. Ou seja, com aquele que foi separado da mulher, findo o período gestacional (ou em etapa que possibilitasse a sobrevivência extrauterina), e que, assim, se mantém até sua morte²¹.

O *quid jus* ganha outros contornos, se confrontada com a proibição ao aborto, estabelecida nos artigos 124 a 127 do Código Penal. Isto porque a prática do aborto atinge, por interrupção, o ciclo de desenvolvimento do embrião ou do feto, que são as figuras precedentes à do nascido²².

- 18 Esta noção de capacidade relaciona-se muito com a etimologia da palavra pessoa, que advém, para alguns, dos termos latinos *persona* e *personare*, que representam, respectivamente, a máscara teatral (cômica ou trágica) utilizada e o verbo ressoar (para indicar o som que provinha de trás da máscara – *persona*), e, que, depois, ganharam a conotação de papel, caráter, postura ou condição que o indivíduo possuía ou desenvolvia em suas relações cívicas ou familiares. Para alguns doutrinadores, ainda, a etimologia deriva da palavra grega *pròsopon*, que também representava uma máscara ou a face (rosto), mas podia, também, significar caráter. Segundo se sabe, o termo grego teria perdido a associação com a ideia de máscara, para assimilar-se com o termo, também grego, *hypóstasis*, que significava substância, substrato, fundamento ou realidade (no sentido daquilo que é real). Há, por fim, que afirme a origem etimológica derivada do etrusco, e de seu termo *phersu*, que referia-se à imagem de um dançarino mascarado. (PALAZZANI, Laura. *Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 93-94, e, RAMÓN LUCAS LUCAS, L.C. *O Estatuto Antropológico do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 230)
- 19 Tanto que Joaquim Antonio Ribas afirmava, já, em 1865, que “O sujeito dos direitos, ou o ente capaz de adquirir e exercer direitos é a *pessoa*”. (In: *Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. Tomo II. Título IV. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865. p. 6)
- 20 O artigo 2º do Código Civil estatui que “A *personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.
- 21 Isto porque, nos termos do art. 6º do Código Civil, “A *existência da pessoa natural termina com a morte* [...]”.
- 22 No que respeita, justamente, a este confronto possível entre o nascimento com vida e a concepção, Luciano Eusebi ensina, em sua análise sobre a legislação italiana, que: “O artigo 1 do Código Civil atual, promulgado em 1942, estabelece, à luz de uma tradição de vários séculos, que a capacidade (ou personalidade) jurídica, a saber, a capacidade de estar sujeito à lei, é adquirida no instante do nascimento (com uma expansão específica referente ao embrião no que concerne à questão da herança). Uma leitura superficial, portanto, parece indicar que se nega ao embrião o título de alguém que possui os direitos fundamentais do homem (direito à vida, à saúde, à integridade pessoal, à dignidade, etc.) ou, em todo caso, que sua posição é diferenciada em relação à proteção desses direitos.

Neste ponto, a leitura, com via interpretativa, realizada sobre a legislação civil brasileira, ao combinar-se com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial, com a ideia de inviolabilidade do direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5º da CF de 1988)²³, aprofunda-se, e perde sua simplicidade. A interpretação passa, pois, a ser sistemática.

Assim, porque a própria legislação, em sua integralidade, parece contraditória, haja vista que, mesmo considerando que a personalidade civil começa do nascimento com vida, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; mas quais direitos, e, qual a sua natureza: patrimonial ou moral? Os alimentos gravídicos, instituídos pela Lei nº. 11.804/08, também, como exemplo, destinam-se, explicitamente, à mulher gestante (art. 1º), e não, ao feto, porém, a verba alimentar fixada objetiva cobrir despesas adicionais do período de gravidez, *desde a concepção* até o parto, como alimentação especial, assistência médica e psicológica, medicamentos, dentre outras, mas, pergunta-se: com o exclusivo propósito de proteção e preservação da vida e integridade da mulher?.

A seu turno, a Lei de Biossegurança (11.105/05) autoriza tanto a pesquisa quanto a terapia com células-tronco embrionárias (de embriões fertilizados *in vitro*), desde que sejam consideradas inviáveis ou estejam congeladas há 03 (três) anos ou mais, e haja consentimento dos genitores e aprovação dos projetos e procedimentos pelos Comitês de Ética em pesquisa (cf. art. 5º). Todavia, proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano, bem como, a clonagem (art. 6º, III e IV). Há, pois, de indagar-se se ambos os procedimentos, científicos e terapêuticos, não violariam a substância do próprio embrião, considerado, pela própria legislação, germen humano.

Em verdade, tudo indica que o conceito de pessoa, mesmo no âmbito jurídico, é influenciado por uma perspectiva ético-sintática. Basta ver, para tanto, os debates travados na seara da Bioética, e seus reflexos na área do Biodireito.

Todavia, a reivindicação de tirar uma conclusão semelhante da lei ora em vigor é de todo infundada. De fato, a cláusula do acima citado artigo 1 do Código Civil baseia-se num pressuposto implícito muito preciso, que consiste na consciência de que na época de sua entrada em vigor a única violação possível aos direitos do homem na área da vida pré-natal já era levada em consideração pelas normas que proibiam o aborto. Esse artigo, por conseguinte, nasceu sem nenhuma intenção de limitar a relevância da vida pré-natal no que respeita à proteção dos direitos fundamentais à existência e à saúde. (EUSEBI, Luciano. *Proteção do Embrião Humano: Perfis Jurídicos*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 351-352).

23 Ives Gandra da Silva Martins chega a afirmar que “Trata-se de um direito absoluto. Daí não poder ser legalizado o aborto no Brasil, pois a vida é reconhecida desde a concepção”. E continua, para explicar que “[...] é interessante que, pela primeira vez, o nosso constituinte fala em garantia do direito à vida. Anteriormente, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o que nós tínhamos era a garantia dos “direitos concernentes à vida”, sem referência expressa e direta ao próprio direito à vida. O nosso constituinte de 1988 foi mais longe, exigindo que o direito à vida fosse garantido”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: Comentários à Constituição Brasileira*. vol. I. Barueri: Manole, 2005. p. 39).

Remanesce, então, ao campo filosófico –ao qual, via de regra, atribui-se, por excelência, a definição de pessoa– a significação do termo. E tal significação, quer seja no âmbito filosófico, quer seja no antropológico, encontra-se bem delineada na fórmula de Boécio, segundo a qual “*rationalis naturae individua substantia*” (ou seja, *a pessoa é a substância individual de natureza racional*), ou ainda, na proposta de definição formulada por São Tomás de Aquino, que pregava que “*individuo subsistens in rationali natura*” (ou que *o indivíduo que subsiste numa natureza racional*)²⁴.

Nada obstante, sob o enfoque filosófico, as divergências são muitas, podendo-se, de acordo com a doutrina²⁵, distinguir entre duas tendências de pensamento, uma *reducionista* (e, por vezes, *expansionista*²⁶), que busca separar ou diferenciar os conceitos de pessoa, ser humano e vida humana²⁷, e, outra, *unitária*, que procura a identidade nesses três conceitos.

Estas duas tendências filosóficas, em que se fundamentam as ideias de animação tardia ou adiada e de funcionalidade do indivíduo, no reducionismo, ou, de unicidade/integralidade e potencialidade ativa, no unitarismo, sustentam todo o debate – divergente, por óbvio– em torno da vida e do conceito de pessoa, refletindo na produção e interpretação das normas jurídicas.

E mais, estabelecem balizas para a definição do conceito de dignidade humana, mesmo correndo o risco em torno desta colocação.

Isto porque, vislumbrando-se a pessoa sob uma perspectiva de unidade/integralidade, tem-se que a dignidade que lhe é reconhecida só o é por intermédio

24 Conforme RAMÓN LUCAS LUCAS, L.C. *O Estatuto Antropológico do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. Para um aprofundamento e detalhamento de cada termo da proposta formulada por Boécio, consulte-se PALAZZANI, Laura. *Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007.

25 PALAZZANI, Laura. *Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007.

26 O caráter expansionista deve ser visto como a busca de expansão da pessoalidade/personalidade a seres não humanos.

27 “No âmbito da tendência reducionista-evolucionária, estamos assistindo a um processo de desenvolvimento de teorias que postulam o *adiamento* da origem da pessoa com relação à origem da vida do ser humano ou indivíduo humano. Em outras palavras, segundo esse ponto de vista, o ser ou indivíduo genética e biologicamente humano não é uma pessoa desde o momento da fertilização, mas “torna-se” tal em alguma fase posterior, existindo conseqüentemente seres humanos que “não” são pessoas, ou melhor, “ainda” não o são (em termos paralelos, as mesmas teorias também despontaram na discussão sobre o fim da vida humana, situando esse fim logo antes da morte biológica natural do ser humano). (*Ibid.*, p. 101).

de sua percepção como “*corpore et anima unus*”²⁸, não sendo possível atribuir-lhe um reconhecimento valorativo dissociado de sua condição individual, mesmo desde a concepção, pois, já, na conjunção dos gametas (e no estabelecimento deste novo código genético nunca antes visto), a característica humana (da espécie *homo sapiens*) far-se-ia presente, em substância e espírito (racionalidade/animação), principiando a evolução e desenvolvimento do próprio ser já existente, porém, em forma ainda não completa²⁹.

Por outro lado, identificando-se a pessoa sob uma perspectiva reducionista (ou expansionista), a dignidade que se lhe reconhece é atribuível em razão de suas projeções no mundo e na sociedade, como em muitas hipóteses da fenomenologia, não se mostrando possível atribuir-se características humanas a uma massa informe ou não animada, desprovida até mesmo dos resquícios mais primitivos de sensibilidade, como sugere o início da formação do sistema nervoso, tampouco, àquele indivíduo ou ser humano que, mesmo animado, não se mostre capaz de agir socialmente –quer pela capacidade de fato e/ou de direito–, ou, até, de entender e posicionar-se racionalmente (querendo e escolhendo) quanto à sua atuação.

Mencionada visão permite separar as noções de: (i) *vida humana*, que somente existiria com a animação da massa pelo espírito (racionalidade/sensibilidade), *ser humano*, que seria o indivíduo em si (como o bebê e/ou o doente moribundo ou vegetativo, e os detentores de enfermidade mental grave) e identificável por sua espécie, mas destituído de qualquer possibilidade de agir socialmente e de exercer um papel, não sendo possível o reconhecimento de sua pessoalidade/subjetividade;

28 “Respeitar a dignidade do homem implica salvaguardar sua identidade como *corpore et anima unus*”. (RAMÓN LUCAS LUCAS, L.C. *O Estatuto Antropológico do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 225).

29 Esta perspectiva (unitária) tem sido a prevalecente até hoje. Faz parte da tradição histórica, como bem elucidada Laura Palazzani: “[...] não devemos ao mesmo tempo esquecer que a noção de pessoa foi elaborada pela filosofia ocidental com a finalidade precípua de caracterizar o ser humano de maneira adequada e justificar a centralidade axiomática e normativa da humanidade. Trata-se de um conceito que faz parte de nossa *tradição cultural*, e, se usado em sua acepção correta e original (muitas vezes malcompreendida involuntária ou intencionalmente, quando não modificada), pode revelar-se útil (no sentido básico) para a discussão das pretensões objetivas ao respeito e salvaguarda do ser humano. Reconhecer a expressão de uma vida pessoal em todas as etapas de desenvolvimento da vida biológica do organismo humano (do momento inicial da concepção ao instante final) não é de modo algum um esforço filosófico vão. Dizer que “o embrião humano é uma pessoa” não é mera tautologia. Atribuir o estatuto de pessoa ao ser humano significa afirmar *algo mais* que o simples reconhecimento empírico da humanidade biológica desse ser. A identificação factual do ser humano como pessoa (em que o conceito de pessoa é definido em termos preliminares no plano teórico), no nível filosófico e antropológico, especifica as características e a propriedade constitutiva do ser humano e, em última instância, explica a base de seus valores e direitos”. (PALAZZANI, Laura. *Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007. p. 108-109).

e (ii) *pessoa humana*, que se identifica com o indivíduo (massa animada/racional/sensiente e subjetivamente capaz de ação social) que exerce e desenvolve suas funcionalidades ordinárias, projetando sua figura no mundo e na sociedade (sob uma forma utilitarista), funcionalidades, estas, não apenas orgânicas e/ou psicofísicas, mas, também, sociais, como as perfilhadas pela identidade de gênero (masculino, feminino e transgênero).

Dependendo de como se balize o reconhecimento da dignidade humana da pessoa –vista esta, sob uma perspectiva unitária ou reducionista/expansionista– e, assim, o valor que ocupa o epicentro do sistema constitucional, determinar-se-á, com maior ou menor facilidade, também, o acerto da possibilidade de intervenções no próprio corpo (substância), que poderão caracterizar-se, ou não, como violações à integridade física e moral da pessoa.

Aliás, muito se discute, na seara dos direitos personalíssimos, acerca da possibilidade do aborto³⁰, da realização de tatuagens³¹, da doação de órgãos³², da transfusão de sangue³³, da automutilação (culturalmente aceita)³⁴ ou da amputação

30 Para além das discussões travadas em torno dos direitos reprodutivos e ao próprio corpo, discute-se, correntemente, sobre a constitucionalidade das modalidades de aborto (necessário e resultante de estupro) admitidas no Código Penal Brasileiro (art. 128, I e II).

31 A título de exemplo, tem-se a Lei Estadual nº. 12.242/98 (Paraná), que proíbe a realização de tatuagem permanente em menores de 18 anos de idade, sem autorização por escrito dos pais ou responsáveis. Referida lei deixa bem antever a posição legislativa, contrária à capacidade de escolha livre pelo menor de 18 (dezoito) anos, ainda que relativamente capaz, o que demonstra o reconhecimento de uma restrição ao exercício dessa sua funcionalidade.

32 A doação de órgãos tem respaldo constitucional (no art. 199, § 4º), e encontra regulamentação ordinária na Lei nº. 9.434/97.

33 Regulamentada pela Lei nº. 10.205/01. A controvérsia, normalmente, desenvolve-se em torno da transfusão forçada às “testemunhas de Jeová” (modalidade de congregação religiosa), como medida terapêutica, e das consequências que lhe são impostas pelo respectivo grupo (que adota uma postura de rejeição baseada em convicções religiosas).

34 A exemplo da excisão feminina (em qualquer de suas modalidades: sunna, cliteridectomia e infibulação), que é praticada em aproximadamente 30 (trinta) países, dentre eles, o Egito (em que cerca de 97% das mulheres são excisadas), consistindo em um procedimento rudimentar, mas tradicional, que mutila a genitália feminina e causa inúmeras mortes, em decorrência de infecções, além de outros efeitos colaterais. Esta discussão a respeito dos valores da integridade física, da disposição do próprio corpo e da liberdade de autodeterminação dos povos, atinge, em regra, os estrangeiros.

de membros (sob recomendação médica)³⁵, da manipulação genética³⁶, e, ainda, sobre a eutanásia³⁷.

Para uma solução ou resposta, ao menos, neste momento histórico-cultural, a todas as divergências existentes a respeito desses temas, é preciso que o aplicador do direito e o intérprete assumam uma perspectiva a respeito do conceito de pessoa e de sua dignidade humana, orientando-se por uma das tendências filosóficas mencionadas, e, buscando identificar, nas normas do ordenamento jurídico, qual(is) a(s) escolha(s) feita(s) pelo legislador.

Esta capacidade de análise descritiva da norma, aliás, é típica do positivismo jurídico *stricto sensu*.

Contudo, os temas revelam muito mais escolhas de, e, a subsunção a imperativos éticos, do que, propriamente, jurídicos, e, em um sistema normativo com baixa densidade ou larga abertura principiológica, como o brasileiro, o que exsurge de mais preocupante é a discricionariedade do julgador e aplicador do direito, que pode, para alguns, tornar-se refém do complexo de direitos da personalidade, e, para outros, ser o garantidor de efetividade ao buscar sua maximização.

35 Como ocorre no caso do transexualismo, que é considerado um desvio psicológico permanente de identidade sexual (CID 10), e, por esta razão, a transgenitalização é considerada um tratamento terapêutico (não estético), necessário a coibir a automutilação e o autoextermínio, razão por que não se considera crime de lesão corporal, embora, faticamente, constitua uma alteração física (à integridade física originária). Somente é admitido para pessoas com 21 (vinte e um) anos ou mais, devendo haver o consentimento livre e esclarecido, e diagnóstico de equipe multidisciplinar, conforme Resolução CFM nº. 1.955/2010 - norma administrativa que regula a matéria, na ausência de legislação específica. Pende de análise (Tema nº. 761 de Repercussão Geral) no Supremo Tribunal Federal (RE 670.422), a análise da alteração do registro civil de transexuais que não realizaram o procedimento de redesignação sexual.

A questão fulcral que se põe é a de admitir-se, ou não, a alteração física (causadora de “violação” à integridade corporal), como medida de tratamento médico-terapêutico, haja vista sua irreversibilidade, mas tendo em vista o fato de consubstanciar medida de preservação da dignidade do paciente, que sofre de outras patologias associadas e encontra-se em sério risco de automutilação e/ou autoextermínio.

36 Com propósitos positivos, como o melhoramento genético, a eugenia e a eliminação de doenças. No entanto, a Lei de Biossegurança veda a prática em âmbito nacional, impedindo, para alguns, o avanço científico e da humanidade, e, mantendo, para outros, o grau de normalidade que caracteriza a espécie humana, desde o início dos tempos.

37 Além das discussões usuais a respeito da interrupção da vida, mediante o exercício da livre escolha do indivíduo, discussões éticas são travadas, no Brasil, quanto ao procedimento da ortotanásia (não previsto em lei específica), regulada pela Resolução CFM nº. 1.805/2006 (norma administrativa), que permite, ao médico, limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, garantindo-lhe, contudo, a continuidade de todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive, o direito da alta hospitalar.

Por isso, são, constantemente, discutidas técnicas de aplicação do direito, como a ponderação de interesses – hoje, tipificada no art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), no âmbito de estudos da Teoria da Decisão Judicial.

De toda forma, importa notar que a superação da problemática, nos quadros do próprio positivismo jurídico (*lato sensu*), ainda não se mostra possível, ainda mais, no contexto ‘pós-positivista’ vivenciado neste início do século XXI, pois os defensores do moralismo jurídico³⁸, tal qual os do realismo jurídico³⁹, permanecem em constante oscilação entre congruências e dissidências de ideias e ideais.

3 Considerações Finais

O que se pode concluir, basicamente, é que, para a definição de pessoa, em nosso ordenamento jurídico (se bem que esta constatação toma ares de veracidade para todos os sistemas ocidentais), uma tomada de posição filosófica é necessária, ao menos, entre as duas principais tendências correntes (*unitária e reducionista/expansionista*).

O objetivo desta tomada de consciência gravita em torno da percepção, pela legislação e pela sociedade, do indivíduo humano como um ser dotado de ‘corpo e alma’ (“*corpore et anima unus*”), desde a concepção, ou então, como um ser que inicia seu desenvolvimento biológico de forma dissociada dos elementos da sensibilidade/ racionalidade/espiritualidade, que aderem à matéria corporal em momento posterior, viabilizando o exercício de suas funcionalidades (psicofísicas e sociais).

Logo, estabelecendo-se o momento da animação (*lato sensu*) corporal, coincidente, ou não, com o início da matéria (fecundação) potencialmente evolutiva (ao menos, quando não sujeita a fatores externos), e sua capacidade de (des)agregação, tem-se por estabelecidos os parâmetros éticos de início e fim da vida, e da própria personalidade, enquanto projeção do espírito humano.

Isto porque a legislação positiva carece de elementos suficientes (filosóficos, antropológicos ou biológicos) à fixação do momento em que se origina a pessoa humana, e, por isso mesmo, busca recursos na interdisciplinariedade.

No mais, há de se ter em mente que a Constituição de 1988 traz um extenso rol de direitos fundamentais, dentre eles, os direitos à vida e à integridade física, com um

38 Consoante Dimitri Dimoulis, o moralismo jurídico é a “Teoria do direito, pertencente ao positivismo jurídico *lato sensu*, que faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a mandamentos e valores de origem moral. Admite a tese da necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral”. (In: *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 276).

39 O autor, ainda, conceitua realismo jurídico como uma “Abordagem no âmbito do PJ *stricto sensu*. Concentra seu interesse cognitivo nas normas formuladas pelas autoridades que aplicam o direito e, principalmente, pelos juízes, considerando que a aplicação do direito não se vincula causalmente a normas gerais e preexistentes”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 277).

propósito nitidamente protetivo, induzindo o intérprete a uma exegese igualmente tutelar/cautelar, ou melhor, pretensamente preocupada com as consequências das ações inadvertidas e imbricadas ao subjetivo de grupos sociais (minoritários ou majoritários).

A pessoa e os direitos que, a esta condição, se ligam, não podem ser objetificados, pois a dignidade humana impede uma postura normativa desta natureza, cedendo-se, com isso, um vasto espaço ao moralismo, e, como consequência, ao decisionismo.

Por isso, doutrinadores de peso afirmam, nesta quadra da história, que a retomada de valores deve guiar-se em consonância com o positivismo jurídico sociológico, com o realismo jurídico, com o positivismo jurídico inclusivo, ou, até mesmo, com o pragmatismo jurídico-político (se é que existem grandes diferenças entre eles).

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n.º. 60, out./dez. 1978.
- BITTAR, Eduardo C. B. Direito natural: sentido natural *versus* sentido cultural. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n.º. 152, p. 183-189, out./dez. 2001.
- DE LOUREIRO, Lourenço Trigo. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. Tomo I. Pernambuco: Typographia da Viuva Roma & Filhos, 1851.
- DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.
- _____. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- EUSEBI, Luciano. *Proteção do Embrião Humano: Perfis Jurídicos*. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007.
- PALAZZANI, Laura. Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007.
- RAMÓN LUCAS LUCAS, L.C. O Estatuto Antropológico do Embrião Humano. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio. *Identidade e Estatuto do Embrião Humano: Atas da Terceira Assembléia da Pontifícia Academia para a Vida*. Bauru: Edusc, 2007.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. Tomo II. Título IV. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático*. Bauru: EDUSC, 1998.