

DO SUJEITO DE DIREITO À PESSOA HUMANA: REFLEXÕES SOBRE SUBJETIVIDADE JURÍDICA, TEORIA DO DIREITO CIVIL E TUTELA DA PESSOA

Diego Carvalho Machado¹

Resumo: O presente trabalho analisa o caminho percorrido pelo destinatário da proteção do direito (civil), a começar da moderna concepção de sujeito de direito de acordo com o pensamento jusracionalista, para chegar à noção de pessoa humana, inspirada pelo personalismo ético, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Sujeito de direito. Direito civil tradicional. Pessoa humana. Constitucionalização do direito civil.

FROM THE SUBJECT OF RIGHT TO THE HUMAN PERSON: REFLECTIONS ON LEGAL SUBJECTIVITY, CIVIL LAW THEORY AND PERSON'S PROTECTION

Abstract: This paper analyzes the path taken by the (civil) law's protection receiver, starting from the modern conception of subject of right in accordance with the jusracionalist thought, to achieve the notion of human person, inspired by the ethical personalism, enshrined in brazilian law by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Subject of right. Traditional civil law. Human person. Civil law constitutionalisation.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI. Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. A pessoa no jusracionalismo e no *Code Napoléon*: o sujeito de direito subjetivo de propriedade; 3. A pessoa na pandectística e no *BGB*: o sujeito integrante de uma relação jurídica; 4. A codificação civil brasileira de 1916: conservadorismo, privatismo doméstico e o sujeito de direito; 5. Crise do direito subjetivo e do sujeito de direito e ascensão da pessoa humana; 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO



Com o traçado proposto objetiva-se desvelar que, num intervalo de aproximadamente duzentos anos entre o advento da Revolução Francesa (1789) e o final do século XX, seguindo o evolver do pensamento jusfilosófico e as transformações dos ordenamentos jurídicos, o destinatário da tutela do direito civil se definiu, inicialmente, por uma noção abstrata, formalista e estrutural de pessoa como sujeito de direito e rumou para uma concepção valorativa radicada na concreta realidade do ser humano, histórica e plural, qual seja: a pessoa humana. A representação desta peregrinação terá por ponto de partida a revolução burguesa que se deu em França e o pensamento jusfilosófico dos séculos XVII e XVIII que inspirou os ideais revolucionários e deu base às decorrências político-jurídicas do pós-1789, a exemplo do movimento de codificação, cujo fruto de maior viço introduziu o século XIX: o *Code Napoléon*. Passando à análise da escola histórica do direito, notadamente em seu viés conceitualista, isto é, a Pandectística, ver-se-á o sujeito de direito plenamente abstrato e conceitual, o qual foi entronizado legalmente no texto do Código Civil alemão de 1896 (*BGB*), este que seria o último dos códigos civis oitocentistas, não fosse o Código Civil brasileiro de 1916, rebento legítimo do século XIX, que, não desligado das peculiaridades da socie-

dade brasileira da época, também cuidou do sujeito de direito.

Segue a investigação apontando a crise do conceito de direito subjetivo e, conseqüentemente, do sujeito de direito no terreno árido e “puramente” jurídico do positivismo normativista kelseniano para, por fim, chegar em benfazejas terras nas quais se testemunha um giro paradigmático no direito civil: a ascensão da pessoa humana.

Porém, desde já cumpre sublinhar que o percurso traçado não culmina com a consagração desta última em detrimento do sujeito de direito, haja vista que este conceito não foi lançado ao ostracismo.

2. A PESSOA NO JUSRACIONALISMO E NO *CODE NA-POLÉON*: O SUJEITO DE DIREITO SUBJETIVO DE PROPRIEDADE

A queda da Bastilha em 14 de julho de 1789 representa a ruína de uma ordem política e jurídica feudal, absolutista e hierarquizada, que assegurava, arbitrariamente, inúmeros privilégios a poucos (Primeiro e Segundo Estado) em detrimento de muitos (o chamado Terceiro Estado). Tais privilégios eram respaldados pelo pluralismo jurídico que existia na sociedade européia medieval – fenômeno este, portanto, também presente na França pré-revolucionária –, que se definia pela “coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo *ordenamento jurídico*” – ou seja, num mesmo espaço social vigiam distintos complexos normativos, com legitimidade e conteúdo também distintos² – e que guarnecia as ordens jurídicas particulares por meio da regra da preferência do particular sobre o geral, protegendo verdadeiros “direitos especiais” em face do direito comum³.

² HESPAÑA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 92.

³ Sobre esta característica do direito medieval, Hespanha destaca: “Ou, finalmente, o regime de protecção dos privilégios, que impedia a sua revogação por lei geral ou

Os ideais do liberalismo, que ganharam mais corpo com a obra de John Locke, foram abraçados – senão propriamente concebidos – pela burguesia ascendente que, inteiramente refratária a essa ordem de privilégios e de hierarquia (divina, natural e social), dirigiu o movimento revolucionário que ocasionou a ruptura com o Antigo Regime⁴. Por conseguinte, uma vez caído o Estado absolutista, se dá início à construção do Estado moderno (e liberal), o qual, alicerçado na doutrina política do liberalismo, achou-se, ainda, inspirado, em termos de teoria do direito, pelo jusracionalismo⁵, que certamente substancia o substrato jusfilosófico que impregnou as manifestações jurídico-legais pós-revolucionárias. É sobre esta configuração teórica que, indubitavelmente, a codificação civil francesa foi elaborada, e a partir da qual se desenhou a moderna teoria do sujeito de direito⁶, que afastou o ser humano concreto

sem expressa referência; ou mesmo a sua irrevogabilidade pura e simples, sempre que se tratasse de privilégios concedidos contratualmente ou em remuneração de serviços («*privilegia remuneratoria*»). Ou seja, em todos estes casos, ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político, podiam derogá-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição («*superiorem recognoscens*») dos corpos de que provinham. E, nessa medida, eram intocáveis. Pois decorrendo estes corpos da natureza, a sua capacidade de autogoverno e de edição de direito era natural e impunha-se, assim, ao próprio poder político mais eminente” (Ibid., p. 96-97).

⁴ Cf. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 402-403.

⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 312. Este paradigma do direito pode receber a qualificação de iluminista. Sobre a ligação íntima existente entre jusracionalismo e iluminismo vide WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 353 e ss.

⁶ O sistema jusracionalista, eminentemente privatístico, deitou bases a doutrina do sujeito de direito como teoria geral. Neste sentido, leciona Wiacker: “O ponto de partida deste sistema [do jusracionalismo] foi constituído pelas antigas figuras da antropologia moral, com as quais o jusnaturalismo fundamentou a partir de então a possibilidade lógica da obrigação contratual, da validade do direito e do dever de prestação. Estas figuras favoreceram também as *doutrinas privatísticas do sujeito de direito*, da declaração da vontade e do negócio jurídico, doutrinas que o antigo direito comum não tinha construído ainda de forma expressa como *teorias gerais*. Estas

da noção de pessoa.

O jusracionalismo exerceu direta influência sobre a ciência do direito, a legislação e a jurisprudência da maior parte da Europa entre os anos de 1600 a 1800, e constituiu-se, na verdade, “um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo”⁷.

Este novo jusnaturalismo, fundado na razão, representa o início da modernidade para o direito, porquanto a aplicação dos modernos parâmetros metodológicos na ciência jurídica teve o condão de retirá-la do estado de inércia em que se encontrava relativamente às coordenadas da filosofia escolástica (*auctoritas* e *ratio*)⁸, dominantes na ciência do direito da Idade Média, para alinhá-la com a nova visão de mundo que vinha se formando desde o século XVI através das leis de Galileu Galilei sobre a queda dos corpos, da física clássica de Isaac Newton e do pensamento filosófico de Francis Bacon e René Descartes⁹.

O paradigma moderno em formação concebia o conhecimento científico estreitamente vinculado à intervenção hu-

peças fundamentais da dogmática privatística, ainda hoje válidas [...], não são outra coisa senão princípios jusnaturalistas transformados em princípios de caráter técnico-jurídico (sem prejuízo do incomensurável trabalho prévio da jurisprudência romanística e canonística da Idade Média e do *usus modernus*)” (grifou-se) (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 310-311).

⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 280.

⁸ Sobre os métodos da filosofia escolástica na ciência jurídica medieval, Wiacker observa: “[...] A missão da razão era, não a crítica das autoridades pré-estabelecidas, mas a sua incansável defesa através da interpretação dos textos. Esta ligação aos textos não foi perdida, mas antes, pelo contrário, sentida de forma ainda mais impressiva à medida que a interpretação jurídica se foi tornando cada vez mais artificiosa e imponente, a fim de poder dar resposta às necessidades práticas sem a quebra da autoridade do *Corpus Iuris*” (Id., *ibid.*, p. 281-282).

⁹ Cf. WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 281. Ainda que considerado o fundador do jusnaturalismo moderno, Hugo Grócio (1583-1645) não introduziu em sua obra a renovação metodológica que a cosmo-visão moderna promoveu na ciência do direito; isto se deu somente na segunda fase do jusracionalismo, dita matemática ou sistemática, com Hobbes, Espinosa e Samuel Pufendorf (Id., *ibid.*, p. 340 e ss.).

mana sobre a natureza, que, a partir de então, foi vista como objeto do conhecimento humano passível de ser conhecido, controlado e dominado¹⁰. Uma vez regida pelo princípio da causalidade – que estabelece a produção de cada fenômeno natural por uma causa eficiente que o determina –, a natureza se fez compreensível à razão humana por meio do descobrimento, permitido pelo rigor dos métodos lógico-matemáticos, das leis eternas (de causa e efeito) que a governam, expressas, por sua vez, em caracteres matemáticos. Não obstante ditos métodos serem formulados na seara das renovadas ciências naturais, tornaram-se os parâmetros que dotavam de cientificidade (é dizer, racionalidade) uma investigação intelectual sobre um dado objeto.

Sucedeu que, firmado o status epistemológico privilegiado das ciências naturais, os métodos destas ciências estenderam-se à ética social e ao âmbito das ciências sociais, as quais, a partir de então, haveriam de desvendar racionalmente o fechado sistema¹¹ de leis naturais que vigorava na sociedade, isto

¹⁰ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 255.

¹¹ O mais importante contributo do jurracionalismo ao direito privado foi o seu *sistema*. A ciência jurídica europeia fora, até então, “uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projecto sistemático do humanismo. Para o jurracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um *sistema fechado* tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos” (grifou-se) (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 309-310). Este sistema jurracionalista ordenou a elaboração científica conceitual da ciência do direito, ou seja, forneceu as diretivas metodológicas para a tecitura de conceitos e categorias jurídicos: “Com o sistema do jurracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua *construção conceitual*. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jurracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais pra os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*,

é, o direito natural¹².

Nesse passo, incumbida de conhecer as leis naturais imanentes à sociedade, e ocupando-se das questões acerca do homem e seu lugar no meio social, a ciência jurídica jusracionalista se caracterizou, também, como uma filosofia social, o que se deu em observância à tradição jusnaturalista, que, “desde o início, procurou as leis imutáveis e válidas em geral da vida em comum dos homens, sobretudo dos direitos e deveres dos indivíduos na sociedade”¹³. Conquanto herdado por tradição do antigo jusnaturalismo, este viés do jusracionalismo não deixou de ajustar-se ao contexto sócio-político e jurídico dos séculos XVII e XVIII, de institucionalização do Estado moder-

a metafísica de Espinosa” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 310).

¹² Neste diapasão é a lição de Wiacker: “No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge nos *Principia mathematica* de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um «direito natural». Eis aqui a origem remota deste novo reflexo do direito natural da antiguidade ocidental a que chamamos jusracionalismo” (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 288). Também sobre o “jusnaturalismo moderno” escrevem Eduardo Bittar e Guilherme Almeida: “Marcado profundamente pela idéia, que predominava no século XVI, de que a verdade das ciências estava confiada à razão matemática e geométrica, o jusnaturalismo moderno elege a reta razão como guia das ações humanas” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 227). E sobre a “cientificização” do direito e sua axiomatização, perpetradas pelo pensamento jusracionalista, vide HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 158-159.

¹³ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 280-281.

no e da justificação e limitação do seu poder perante a sociedade civil.

Nos debates nesta sede travados ganharam grande vulto as teorias contratualistas de John Locke¹⁴ (1632-1704) e de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) entre as ideias inspiradoras da revolução burguesa ocorrida em França, a qual levou a efeito a constituição de um Estado liberal. Ambos pensadores comungam de uma visão política demo-liberal¹⁵, de modo que para eles a instituição do Estado e da sociedade civil pelo contrato social (passagem do estado de natureza para o estado civil) determina limites ao poder estatal perante a sociedade, e o poder, confiado nas mãos desta, de criação do direito.

Os pontos dissonantes que, porém, existem entre as teorias lockeana e rousseauniana não serão objeto de maiores considerações por não comportarem-se nas balizas deste trabalho e sequer deste tópico. Há que se ressaltar as propostas destes teóricos que foram recepcionadas no ideário da Revolução Francesa e tiveram reflexos diretos na ordem jurídica liberal criada e na concepção de sujeito de direito que se ultimou no início do século XIX, quais sejam: a teoria dos direitos naturais e suas repercussões na teoria dos direitos subjetivos do jusnaturalismo individualista de Locke; e a noção de lei de Rousseau.

O jusnaturalista inglês John Locke, um dos principais filósofos liberais, em sua teoria contratualista concebe de forma otimista o estado originário em que os indivíduos viviam – submetidos tão-somente às leis naturais –, na medida em que se os seres humanos sempre se conduzissem racionalmente, isto é, inspirados pelos preceitos do direito natural, este ideal estado

¹⁴ Marilena Chaui destaca o relevantíssimo papel da teoria liberal de John Locke para conferir legitimidade à visão de mundo da burguesia ascendente e às revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, v. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 401-402.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 150 e ss.

de natureza se tornaria um real estado de paz social¹⁶. No entanto, os conflitos interindividuais invariavelmente irrompem-se dando lugar a um “estado de guerra”, pois que os indivíduos nem sempre se comportam pautados na razão; e pelo fato de não haver qualquer autoridade que lhes seja superior e capaz de resolver as controvérsias, cada homem arvora-se como juiz em causa própria¹⁷.

Neste “estado de guerra” em que reina a força, os direitos naturais de cada indivíduo, como a vida e a liberdade, restam seriamente ameaçados pelas pretensões dos demais indivíduos de realização desimpedida de seus próprios intentos; circunstâncias estas que fazem emergir, então, a necessidade da constituição do estado civil, que, havendo a *finalidade de conservar os “direitos naturais fundamentais”*¹⁸ de cada homem, põe termo àquele conflituoso estado de coisas¹⁹.

Cumprir destacar que os direitos naturais que o Estado deveria garantir não se limitam à vida e à liberdade, há ainda outro direito prévio que deve ser assegurado, qual seja: a propriedade individual. Fundada no trabalho do homem, a propriedade, na teoria lockeana, é direito que se configura já no estado de natureza; logo, é antecedente à própria constituição do Estado. Ademais, não bastasse receber a natureza de direito natural, a propriedade individual, para Locke, estabelece-se em posição sobranceira, visto que sua proteção, em última análise,

¹⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 37-38.

¹⁷ Cf. Id., *ibid.*, p. 37.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 39.

¹⁹ No mesmo sentido aduz Eduardo Bittar e Guilherme Almeida: “O Estado Civil é erigido para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que correriam grande perigo, no estado de natureza, por encontrarem-se totalmente desprotegidos. Assim, é a guerra e a desordem que ameaçam os homens e os motivam a formar as regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 234).

“passa a significar o próprio fim da atividade do Estado”^{20/21}.

O pensamento deste teórico liberal muito contribuiu para a teoria dos direitos subjetivos, a qual atingiu sua fase de perfeição com o jusracionalismo²². Segundo esta perspectiva jusfilosófica, “os direitos subjetivos são [...] os direitos atribuídos pela natureza a cada homem, de dar livre curso aos seus impulsos instintivos ou racionais. Estão [...] ligados à personalidade, à sua defesa, à sua manutenção, ao seu desenvolvimento”²³. Os ditos direitos subjetivos, na verdade, consubstanciam os direitos naturais da teoria lockeana, em especial o de propriedade.

Ainda a respeito do contributo da doutrina de John Locke à teoria dos direitos subjetivos, importante é atentar, por fim, para dois aspectos: (i) no estado de natureza o titular de direitos naturais é o *indivíduo*, o homem independente dos outros, isto é, da vida em sociedade, o qual limita sua liberdade natural para ligar-se aos vínculos da sociedade civil apenas para desfrutar seguramente de suas propriedades²⁴; e (ii) a limitação dos direitos naturais realizada para o surgimento da sociedade civil somente pode se dar por meio do consenso, pela *vontade* de cada indivíduo. Estes aspectos estão à base da concepção individualista e voluntarista dos direitos subjetivos, prevalente no século XIX.

Sem embargo, pensador cujas ideias grande influência exerceu sobre o movimento revolucionário burguês em França, Jean-Jacques Rousseau é considerado o último dos jusnaturalistas. Dentre os importantes aportes da teoria política deste

²⁰ Id., *ibid.*, p. 233.

²¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 401.

²² HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 153. Kelsen já atribuía ao jusnaturalismo importância decisiva na elaboração da noção de direito subjetivo: cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.144-145.

²³ HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 153.

²⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 39.

filósofo genebrino, destaca-se aqui apenas algumas notas da sua concepção de lei e outras noções que se imbricam para o correto entendimento da mesma.

Para Rousseau, a lei põe em movimento e dá vontade ao corpo político criado pelo contrato social²⁵, o qual, por sua vez, deita suas raízes no que o autor denomina de vontade geral. Esta representa, em verdade, o interesse comum ou público, e não a somatória dos interesses particulares. Impende, contudo, esclarecer que o critério definidor da vontade geral é a consideração de todos²⁶, “com a formação de um consenso da maioria”²⁷.

Daí decorre que, se a lei desenvolve o que foi pactuado no contrato social, é ela, em última análise, também fundada na vontade geral²⁸. Desta forma, uma vez tornada “orientação racional de todos para todos”, a lei consagra em si o interesse de “cada indivíduo e de todos os indivíduos”, se aproximando de tal maneira da lei natural que se faz uma continuidade desta²⁹. Eis que é precisamente a assimilação dos direitos naturais pelos direitos civis em termos contudísticos que retrata uma ordem justa, fundada na igualdade e no respeito do estado de natureza³⁰ – do qual, ao sentir de Jean Jacques Rousseau, o homem jamais deveria ter saído.

Outra característica da lei na perspectiva rousseauiana é sua *generalidade* e *abstração*, porque “se as leis são emanação da vontade geral, elas têm que ter por objeto a ação como conduta genérica e abstrata, e jamais versar sobre conteúdos específicos ou sobre o comportamento deste ou daquele cida-

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 47.

²⁶ Id., *ibid.*, nota 1, p. 40.

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 241.

²⁸ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 48.

²⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Op. cit.*, p. 252.

³⁰ Id., *ibid.*, p. 244.

ção”³¹. Está aí a generalidade e a abstração vertendo sobre a ordem jurídica a igualdade de todos perante a lei.

O caminho até aqui traçado, enfim, chega ao ponto em que todos esses pressupostos históricos e teóricos indicados cristalizaram-se no ordenamento jurídico e no sistema de direito privado que se consolidou após a Revolução Francesa e deram azo a uma nova concepção da pessoa como sujeito de direito.

Já em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a liberdade, a propriedade privada e a segurança foram estabelecidas como direitos inatos, sagrados e inalienáveis do homem. A Constituição francesa de 1791 e as posteriores mudanças advindas dos Atos Constitucionais – especialmente até 1795 – terminaram, a seu turno, por estatuir os direitos inatos e imprescritíveis de liberdade, de propriedade privada, à igualdade e à segurança do cidadão(-burguês).

Esses direitos ganharam efetividade na ordem jurídica francesa somente em 1804 com o *Code Napoléon*³², que, por

³¹ Id., *ibid.*, p. 252. Nas palavras do próprio Rousseau: “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que lei considera os vassallos como corpo, e as ações como abstratas, e nunca um homem como indivíduo, nem uma ação particular. Assim, a lei pode bem estatuir que há de haver privilégios, mas não dá-los a este ou àquele pessoalmente; a lei pode fazer muitas classes de cidadãos, especificar mesmo as qualidades que a essas classes darão direito, mas não pode nomear tais e tais para nelas se admitirem; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real; numa palavra, toda a função que se refere a um objeto individual não pertence ao poder legislativo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 48).

³² Depois de redigidos muitos projetos de uma codificação em matéria civil, em sua maioria por comissões presididas por Cambacérès, em 21 de março de 1804 foi aprovada a lei denominada “Código Civil dos Franceses” (*Code Civil des Français*), que teve por redatores um grupo de quatro juristas: François Tronchet, Jean Portalis, Félix Bigot-Préameneu e Jacques de Malleville. Após pouco tempo de vigência, o Império sucedeu o Consulado, e juntamente a esta mudança do regime político francês, em 1807 editou-se uma lei que harmonizou o texto do código com as novas instituições, e passou a ser chamado de “Código Napoleão” (*Code Napoléon*); em 1814 voltou a ser chamado de *Code Civil*, e no período de 1852 a 1870 retomou a denominação *Code Napoléon* (cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calou-

consequente, ocupou o centro do ordenamento jurídico e trouxe dentro de si um verdadeiro significado constitucional³³, pois que delineou a real conformação daqueles direitos inatos e imprescritíveis do homem – os direitos naturais na visão lockeana, e os direitos civis de Rousseau –, precipuamente o de propriedade, sustentáculo mais expressivo da recém-constituída ordem liberal-capitalista. Ademais, isso retrata a prioridade que o direito privado desfrutou na concepção jusracionalista da *summa divisio*, em que “o Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral”³⁴.

A propriedade, aqui individual e fundiária, foi sobejamente tratada pelo *Code*, de modo que três quartos dos seus artigos a ela foram consagrados³⁵. Este “código dos proprietários” exprimiu bem a condição da propriedade, ao lado do contrato, como pilar do sistema do direito privado³⁶. Ressalte-se, ainda, que, consubstanciando o direito subjetivo por excelência, o direito de propriedade se ligava àquele outro direito inato, a saber, o direito de liberdade, pois na medida em que este –

te Gulbenkian, 2003, p. 450 e ss.; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 388).

³³ Sobre o caráter constitucional dos códigos civis oitocentistas vide GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 41, jan. 1998. Segundo Perlingieri, “in Francia il codice era anche Costituzione, era il pilastro fondamentale della società civile” (PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 39). Neste sentido, vide também GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 128.

³⁴ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 38, jan. 1998.

³⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 537.

³⁶ Cf. GIORGIANNI, Michele. *Op. cit.*, p. 39.

em sua acepção negativa³⁷ – prescrevia um âmbito de ação infenso a (livre de) qualquer intervenção legislativa ou estatal para o indivíduo, aquele estava compreendido no interno dos limites desta esfera de atuação individual, e, portanto, podia ser exercido por seu titular como bem quisesse.

No que diz respeito ao direito à segurança, é a própria idéia de codificação e sua pretensão à completude e perenidade que efetivam esse direito na ordem civil. Os códigos civis modernos foram gestados e concebidos na “época da segurança”³⁸, em que, para rechaçar por completo aquela antiga ordem jurídica pulverizada e promíscua, a burguesia em ascendência estabeleceu as “regras do jogo” para dar certeza às relações privadas na defesa da propriedade, da própria esfera de autonomia e iniciativa, etc³⁹.

Por derradeiro, o direito à igualdade é também operado pela codificação francesa – assim como pelos demais códigos civis modernos. A dimensão da igualdade aqui em questão, contudo, é tão-somente formal, é dizer, a isonomia que se almejava promover era aquela que assegurava leis iguais para

³⁷ Norberto Bobbio define com clareza o que se entende por “liberdade negativa”: “Esta liberdade pode ser chamada ‘negativa’, porque consiste em ter um âmbito de ação no qual as leis não intervêm com ordens ou proibições próprias nas quais nossa ação não está impedida pelas leis, ou está *livre* de qualquer interferência legislativa (a ‘liberdade negativa’ é também chamada *liberdade de...*)” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 43).

³⁸ IRTI, Natalino *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 48, set. 2000.

³⁹ Sobre essa “época de segurança” escreve Maria Celina Bodin de Moraes: “De acordo com Irti, o sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornou a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se. O ‘mundo da segurança’ é, portanto, o ‘mundo dos códigos’, que consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 48, set. 2000).

todos, capaz de abolir os privilégios que a precedente ordem medieval havia outorgado com supedâneo na multiplicidade de fontes, subvertendo a antiga valorização do particular pela exaltação do geral e abstrato, que a todos abarca indistintamente. Logo, as desigualdades fáticas entre as pessoas não foram consideradas pelo Código Napoleão, até mesmo porque tal consideração era descabida para o legislador, que tinha em vista um único sujeito (ou modelo abstrato de sujeito jurídico) merecedor de tutela jurídica: o indivíduo proprietário⁴⁰.

Destarte, observando todos os pressupostos e lineamentos do sistema jurídico pós-revolucionário, em que o Código Civil gozava status constitucional, é possível identificar o destinatário da proteção do direito privado. A pessoa a que, logo em seu Livro I, o *Code Napoléon* se inclinava não era o ser humano concreto, mas sim o indivíduo titular de propriedade imobiliária e fundiária, o *sujeito de direito*⁴¹ *subjetivo de propriedade*; soberano para, dentro de sua intangível esfera privada, exercer seu direito subjetivo segundo a própria vontade, inclusive transmitindo-o por meio do contrato; previdente e diligente em suas relações (obrigacionais e familiares), já que as regras do jogo estavam previamente postas.

⁴⁰ A respeito da igualdade propugnada pelo sistema jusnaturalista e a criação do único e abstrato modelo de sujeito, afirma Paolo Grossi: “È importantissimo per il civilista moderno segnalare invece che il giusnaturalismo ha creato un mondo di soggetti astratti, ha creato un mondo di modelli, l’uno uguale all’altro, l’uno, rispetto all’altro, titolare di una seria di situazioni giuridiche perfette, prima fra tutte la proprietà individuale. [...] d’ora in avanti *il diritto civile* – che è un diritto che si occupa di soggetti astratti, di schemi astratti – *conoscerà soltanto un soggetto, perché tutti i soggetti saranno uguali, uguali giuridicamente*” (grifou-se) (GROSSI, Paolo *apud* PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39).

⁴¹ Segundo Michelle Giorgianni, o sistema de direito privado concebido nas entranhas do jusracionalismo pôs o *sujeito* de direito no centro do ordenamento jurídico, “subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição” (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 38, jan. 1998).

3. A PESSOA NA PANDECTÍSTICA E NO *BGB*: O SUJEITO INTEGRANTE DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA

A pessoa como figura jurídica, então sujeito de direito subjetivo de propriedade, isto é, o proprietário destinatário da tutela jurídica do direito civil, tornou-se uma abstração ainda maior na teoria do direito da posterior escola jurídica que maior desenvoltura e influência teve no século XIX. Originada em território germânico e com autores de nomeada como Friedrich Carl von Savigny, a escola histórica do direito, cuja construção científica do direito privado sedimentou-se no Código Civil alemão de 1896, elevou a pessoa a um mais alto nível de abstração e generalização conceitual, por via da noção de relação jurídica, positivada legalmente por meio da estruturação de uma parte geral da codificação alemã, e do conceito de capacidade jurídica, categoria vestibular daquela estrutura.

Tal escola surge na época em que o jusracionalismo começava a ser vigorosamente contestado, principalmente após a obra filosófica de Immanuel Kant, que através de seus escritos “Crítica da razão prática” e “Fundamentos metafísicos da Teoria do Direito” refutou a “metafísica jurídica do anterior jusnaturalismo, bem como do jusracionalismo” e provou “a inadmissibilidade dos seus postulados materiais”⁴². Uma vez desmantelados alguns dos pressupostos ético-filosóficos jusracionalistas, é neste mesmo Kant que a escola histórica se alicerça, mais precisamente em sua teoria do conhecimento – que supera o debate inatismo-empirismo sobre a razão – e em sua ética formal do dever e da liberdade, deduzida a partir de sua propugnada autonomia moral da personalidade⁴³.

⁴² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 402.

⁴³ Cf. Id., *ibid.*, p. 427-428. Vide o percuciente estudo de Bobbio sobre o pensamento de Kant e a teoria do direito em BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 49 e ss.

Uma primeira vertente da escola histórica, marcada pelo organicismo e o tradicionalismo, contestava o direito universal e atemporal dos juracionistas⁴⁴ e valorizava a cultura e a tradição político-jurídica de seu povo, sua nação. O “espírito do povo” (*Volksgeist*) era fonte de toda manifestação histórico-cultural da nação, dentre as quais estava o direito⁴⁵.

Todavia, o alvo prioritário da escola histórica era erigir uma ciência do direito consciente dos próprios métodos e sistemática⁴⁶. Daí haver despendido maiores esforços na “construção de uma civilística sistemática”⁴⁷, adequada ao novo ideal de ciência que se formava nos idos de 1800⁴⁸, tornando-se, assim, uma “pandectística” (*Pandektenwissenschaft*) ou “ciência das pandectas”⁴⁹, ou, ainda, “jurisprudência dos concei-

⁴⁴ “O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de facto, uma abstracção. Produto de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma Razão a-histórica. O Estado (e o Código) não têm nem lugar, nem tempo. São formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais. Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar” (HESPAÑA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 181).

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 182.

⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 419.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 491.

⁴⁸ Neste sentido, Franz Wieacker expõe de modo esclarecedor: “O seu núcleo é antes constituído por um processo de mutação interna da própria ciência jurídica que, por volta de 1800, tinha em vista o novo ideal de uma ciência jurídica ao mesmo tempo positiva – i.e., autónoma – e filosófica – i.e. – sistemático-metódica. [...] A participação central nesta clarificação foi constituída pela averiguação do conceito de ciência da filosofia idealista depois de Kant, em particular a teoria da ciência de Fichte e a hermenêutica de Schleiermacher, bem como pela concepção de uma ciência do direito e da legislação por Anselm Feuerbach e alguns outros juristas não pertencentes à Escola Histórica, e, ainda, pela referência à importância central da “Methodenlehre” de Savigny (1802/3) e ao papel rector de Pucta [sic] na construção do formalismo conceitual da ciência jurídica. Tudo isto significa a elevação da dogmática jurídica do *usus modernus* a uma ciência, fundamentada do ponto de vista gnoseológico, organizadora da totalidade do direito positivo num sistema interno” (Id., *ibid.*, p. 419-420).

⁴⁹ Esta designação se deu mais por força da referência às *Pandectas* feita no título dos seus manuais mais importantes do que pela revalorização do direito romano,

tos”⁵⁰. Esta é a sua vertente formalista ou conceitualista.

A edificação duma renovada ciência jurídica, *autônoma e sistemático-metódica*, como foi objetivado pela escola histórica alemã, se mostrou plausível aos seus cultores mediante a aplicação, no âmbito do direito, da teoria do conhecimento de Kant – que representou uma “revolução copernicana”⁵¹ na filosofia. Dizia-se, desta forma, autônoma, porque haveria de observar as exigências do conhecimento racional e verdadeiro que se amoldava às *formas apriorísticas* da razão; e, sistemático-metódica, devido à ordenação do conhecimento do direito por coerentes *conceitos* forjados através das categorias do entendimento que organizavam os conteúdos empíricos, por exemplo, os textos normativos recebidos da tradição romanística.⁵²

uma vez que toda a ciência europeia se firmou, essencialmente, sobre as *Pandectas* de Justiniano.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 185.

⁵¹ No oferecimento de uma solução para a problemática do inatismo e do empirismo, este filósofo alemão concebeu a razão de maneira tal, que se diz em Filosofia que uma “revolução copernicana” foi realizada. Assim como Copérnico contestou o geocentrismo da tradição antiga e medieval, explicando que os planetas giram em torno do sol (heliocentrismo), que é o centro de nosso sistema planetário, Kant opôs-se à postura dos inatistas e empiristas, os quais explicavam a razão afirmando que a realidade, objeto do conhecimento, era racional em si mesma, ou seja, que poderia ser plenamente conhecida pelas idéias da razão, o que colocava em foco o objeto do conhecimento e fazia o sujeito do conhecimento apenas rodeá-lo. Tal oposição se deu porque o filósofo mostrou que antes de asseverar uma racionalidade imanente das coisas, se devia responder o que vem a ser a razão e o que ela pode; era necessário pôr a razão e o sujeito do conhecimento no centro e os objetos do conhecimento (realidade objetiva) em órbita ao seu redor (CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 77). Daí a proparlada “revolução copernicana”.

⁵² Na Escola Histórica a história exerce o papel de conferir o conteúdo (matéria) “jurídico” (v.g., tradição romanística, legislação local) a ser organizado sistemático-metodicamente e conhecido racionalmente; aqui presente os pressupostos gnoseológicos de Kant. Neste diapasão, Wieacker ensina: “A elaboração histórica servia para averiguar a matéria jurídica, a qual é necessariamente pré-estabelecida pela história (ou, mais exactamente, pela tradição científica dos textos e da ciência); a elaboração filosófica devia organizar esta matéria num sistema interno, o qual não constituísse já um simples “agregado” de normas jurídicas, mas que manifestasse a coerência espiritual de toda a matéria. Esta ligação metodológica entre matéria e forma corresponde exactamente ao modelo científico apresentado pela renovação das ciências do espírito sob a influência da teoria do conhecimento de Kant” (WIEACKER, Franz.

Nesta medida, os preceitos metodológicos tecidos por Savigny para a ciência do direito no início do século XIX, inspirados no formalismo gnoseológico kantiano, assentaram-se sobre uma nova fundamentação de um formalismo científico⁵³, que determinava o tratamento formal do conteúdo empírico, qual seja, o material legislativo. Esta orientação, por seu turno, foi muito desenvolvida por um seu discípulo e sucessor: Georg Friedrich Puchta.

Considerado o fundador da jurisprudência clássica dos conceitos do século XIX⁵⁴, Puchta logrou êxito em impor o rigoroso *formalismo conceitual* da pandectística⁵⁵. Na construção de sua doutrina civilista sistemática e conceitual, este jurista parte da seguinte premissa metodológica: se a razão organiza os conteúdos percebidos a partir de categorias para formular o conhecimento por conceitos, estes, por sua racionalidade e veracidade científica, podem ser base para o alcance lógico de novos conhecimentos, isto é, a elaboração de novos conceitos também racionais e verdadeiros. Daí provém a sua propalada idéia de “pirâmide conceitual”, que postulava a existência de uma hierarquia de conceitos tecida contínua e logicamente a partir dos axiomas, chegando-se por dedução às normas jurídicas e, por fim, às decisões dos casos concretos.⁵⁶ Era possível descer do conceito puro de direito até uma norma jurídica qualquer ou a direito subjetivo isolado. A legitimidade destes se sustentava “exclusivamente na sua correcção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade”.⁵⁷ Sendo assim, a criação do sistema jurídico se daria pelo desenvolvimento de

História do direito privado moderno. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 421-422).

⁵³ Cf. Id., *ibid.*, p. 424.

⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 456.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 455.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 457. Relativamente a este ponto v. ORRÙ, Giovanni. *Pandettistica*. In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. v. XIII. Turim: UTET, 1996, p. 251-252.

⁵⁷ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 457.

conceitos (“construção criadora”), o que elevaria a produção científica ao nível de fonte do direito.⁵⁸

Vê-se, por conseguinte, que o sistema conceitual era dotado de *plenitude*, pois, muito embora o dado legislativo fosse lacunoso, nada escapava ao alcance dos conceitos jurídicos e de sua construção sistemática. Ademais, decorre também do formalismo conceitual que a ciência jurídica pandectista “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação, exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extra-jurídicos [...] a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas”⁵⁹. Grosso modo, nisso consiste a interpretação objetivista⁶⁰.

Não restam dúvidas, nesse passo, que neste fechado sistema conceitual, autônomo até mesmo relativamente à realidade social que pretendia regular, inseria-se o conceito de sujeito de direito. O abstrato modelo do destinatário da tutela jurídica foi, porém, incrustado em outra moldura desenhada pela pandectística, com fulcro na ética de Kant, a saber: a relação jurídica⁶¹.

⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 456-457. Há que se ressaltar que esse princípio metodológico é uma das heranças jusracionalistas da Escola Histórica. Não obstante o embate travado pelos sectários desta escola contra o jusracionalismo iluminista fulminar o direito natural material, de conteúdo jurídico-filosófico, a ciência jurídica positiva que Gustav Hugo, Savigny e Puchta intentavam levantar “adoptou os axiomas, o sistema e a estrutura conceitual do anterior jusracionalismo [...], sempre que estes eram compatíveis com a crítica de Kant”. Inclusive, a “pirâmide conceitual” de Puchta tem suas raízes nos primeiros trabalhos do jusracionalista Christian Wolff (Id., *ibid.*, p. 425, 426).

⁵⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespánha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 492.

⁶⁰ Para uma abordagem mais detalhada v. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 192.

⁶¹ Para Kant a liberdade jurídica (ou externa) do sujeito implica sua responsabilidade perante os outros sujeitos pela ação realizada. Em tal relação intersubjetiva, ao dever de quem se adéqua à lei corresponde, no(s) outro(s), um poder coercitivo pelo qual tenho que cumprir a ação, poder este entendido como direito subjetivo (Cf.

Esta fórmula, de simplicidade que salta aos olhos, constituía-se através da atribuição de um direito subjetivo a um sujeito e de um correspondente dever jurídico a outro sujeito, ambos integrados, respectivamente, nos polos ativo e passivo da relação. Tal noção tornou-se um axioma que, também composto pelos conceitos de objeto de direito e fato jurídico, estava à base do sistema de conceitos jurídicos da ciência das pandectas.

Daí conceber-se, então, a pessoa simplesmente como sujeito⁶², mero elemento subjetivo da relação jurídica, uma figura ainda mais distante da concretude da vida⁶³, haja vista que foi feito modelo – também capaz de compreender o ente coletivo, ou seja, a pessoa jurídica – inserto numa moldura mais abrangente que o enlaçou a outros modelos conceituais (objeto de direito, fato jurídico, direito subjetivo etc.). Esta estrutura, em seguida, introduziu-se legalmente no corpo do *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Ao Código Civil alemão, publicado em 18 de agosto de 1896 e posto em vigor em 01 de janeiro de 1900, se impôs, incontestemente, o rigor do formalismo jurídico-científico e o complexo sistemático-conceitual da pandectística – a participação e influência de Bernhard Windscheid, “o príncipe dos pandectistas”, na elaboração do código já é convincente. No que atine propriamente à noção de relação jurídica, sua tradução legal se deu com a originalidade estrutural do *BGB* de cunhar

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 60-61).

⁶² A ética da liberdade de Kant foi o esteio para se conceber juridicamente a pessoa como sujeito, ensina Hans Hattenhauer. A liberdade externa que define a pessoa como responsável por sua ação perante os outros, fazia desta o sujeito a quem os atos poderiam ser imputados. Daí a prevalência da noção de sujeito no século XIX (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 18-19).

⁶³ Cf. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93 e ss.

uma parte geral, a qual pretende conter os traços gerais de toda e qualquer relação jurídico-privada cuja relevância para o direito se constataria na disciplina da parte especial do código (direito de família, direito sucessório etc.). Noutras palavras, a parte geral coloca entre parêntesis os conceitos gerais (modelos) coligidos na moldura, mais abstrata e generalizante, da relação jurídica, plasmando a geral disciplina das pessoas, bens e fatos jurídicos.

Ainda na parte geral, o *BGB* é introduzido por outro conceito técnico-jurídico que Savigny construiu para ligar o sujeito à relação jurídica, qual seja, a capacidade jurídica. Se a relação jurídica é o laço entre o sujeito de um direito subjetivo e o sujeito de um dever, pessoa é o sujeito capaz de direitos e deveres, ou seja, o sujeito com aptidão para titularizá-los – é a definição de capacidade jurídica. Conforme denuncia Hattenhauer, as pessoas haviam se “convertido em materiais de construção, indispensáveis para propósitos de maior envergadura. Não eram o fundamento do Direito, posto que o decisivo nelas era exclusivamente a qualidade que garantiria sua aplicabilidade nas relações jurídicas: a capacidade jurídica [...]”⁶⁴.

Das considerações expendidas a respeito da pandectística e sua civilística sistemática, o sujeito parece assumir a forma de um *ente conceitual e neutro*, real expressão da verdade científica, que independe de considerações valorativas, ideológicas ou político-sociais. Essa pretensa neutralidade a própria escola pandectista aspirava realizar em todo o seu direito privado abstrato – erigido segundo sua metódica conceitual – e não apenas relativamente ao sujeito de direito.

Todavia, dita pretensão – característica do *positivismo científico*⁶⁵ que animou essa escola germânica – frustrou-se, de modo que a ideia de neutralidade já encerrava em si uma valo-

⁶⁴ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 20.

⁶⁵ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 491 e ss.

ração, uma opção ético-social e política que assegurou “lugar constitucional” para a ciência jurídica no Estado de direito do século XIX⁶⁶. Demais disso, a pandectística e o *BGB* se prestaram a realizar a ordem liberal-individualista vigente, atendendo aos interesses da classe burguesa dominante, assim como o *Code Napoléon*⁶⁷. Ainda que não fundado na doutrina do direito natural jurracionalista, o direito privado pandectista plasmado na codificação alemã também se consubstanciou num instrumento da sociedade de classes e de realização do programa liberal-individualista, visto que estava lastreada na teoria do direito de Kant, cuja doutrina da justiça como liberdade inspirou o Estado liberal – a justiça seria a garantia da coexistência das liberdades externas dos indivíduos, ou seja, coexistência das esferas de não-impedimento⁶⁸.

Cumprir destacar, que os direitos de liberdade, de propriedade privada, à igualdade e à segurança, conquanto não serem positivados tal qual o eram no ordenamento jurídico francês como direitos inatos, imprescritíveis e inalienáveis, foram realizados no ordenamento alemão por seu Código Civil⁶⁹, semelhantemente ao *Code*: a propriedade privada foi também enaltecida, entretanto, se mostrou com maior abstra-

⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 501.

⁶⁷ O código francês espelhou com maior clareza a imagem da vida da burguesia vitoriosa do que a codificação civil alemã. Cf. WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 549.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 73-74. Sobre a Pandectística enquanto na perspectiva do positivismo científico e a função que exerceu em prol do liberalismo: “Apesar das concepções conservadoras da vida da maior parte dos seus fundadores, o positivismo científico encontra-se numa sintonia inconsciente com as exigências políticas e econômicas da época liberal. Os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjectivo, da propriedade e a exigência, recolhida da teoria do direito de Kant, vinham mais directamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares da classe de empresários” (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 505).

⁶⁹ Deveras, o *BGB* gozou de status constitucional por operacionalizar o direito de liberdade – único direito inato na teoria do direito kantiana –, estabelecendo regras que permitem a coexistência das esferas de liberdade dos indivíduos.

ção⁷⁰ e influenciada pelo advento da Revolução Industrial; a liberdade, no exercício da propriedade e de vinculação contratual, ganhou com o negócio jurídico uma figura voluntarística mais geral e abstrata; as regras do jogo exprimiam a segurança, principalmente econômica, em que estavam fiados os burgueses; e a igualdade formal mais uma vez tem lugar com a lei abstrata e geral que oferece proteção jurídica ao sujeito, modelo jurídico da pessoa que figura numa relação jurídica.

Por fim, emerge do sistema do direito privado de matriz

⁷⁰ Para Paolo Grossi a propriedade moderna, que não mais se prendeu à natureza da própria coisa e se tornou emanção das potencialidades do sujeito, simples e abstrata, perfectibilizou-se, plenamente, só com a Pandectística: “Noção simples, portanto, a propriedade, como é simples uma virtude, uma vontade, uma intenção, um ato interior. O procedimento liberatório colocado em ato pela cultura moderna desagrega-a das coisas para agregá-la ao intra-subjetivo; e uma segunda aquisição, ao lado da simplicidade, junta-se a ela e a ela é conseqüente. Simplicidade quer dizer também purificação extrema da relação, quer dizer que conseguiu se livrar dos empecilhos dos conteúdos mais variados para fazer dela aquilo que, com terminologia dos teólogos voluntaristas, poder-se-ia definir como uma *potentia*. A propriedade já é, nesta versão tão exasperadamente subjetivista, uma capacidade, uma capacidade de envolver e dominar todo o conteúdo, rejeitando portanto todo conteúdo como contribuição à sua quidade. O conteúdo já é somente um acidente, que nunca está em condições de repercutir sobre a substância da relação. Ao lado – a atrás – da simplicidade, eis o segundo traço tipificador da propriedade nova: a abstração”.

[...]

“Onde finalmente a grande espera pela cunhagem de um modelo técnico coerente com aquele ideológico se aplaca é com a Pandectística alemã, e as antecipações do parágrafo precedente ao labor doutrinal do príncipe dos pandectistas [Windscheid] fizeram-no claramente entrever. Aqui a propriedade se torna a criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração. Simples como é o sujeito, realidade unilinear sobre a qual se modela e da qual é como que a sombra no âmbito dos bens; abstrata como o indivíduo liberado da nova cultura, do qual quer ser uma manifestação e um médio validíssimo de defesa e de ofensa. É nesta transcrição ao sujeito que ela reclama a sua unidade e a sua indivisibilidade: uma e indivisível como ele, porque como ele é síntese de virtude, capacidade e poderes. Uma transcrição tão aderente a ponto de parecer quase uma fusão: a propriedade é somente sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre mim e meu caem” (GROSSI, Paolo. *A propriedade e as propriedades na oficina do historiador*. In: _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71, 81-82).

pandecrista a pessoa como o sujeito (jurídico) que simplesmente integra uma relação jurídica. Porém, tendo em vista o entrelaçamento da Pandectística com o ideário liberal e com os intentos da burguesia alemã refletido no *BGB*, o verdadeiro destinatário da tutela jurídica do direito civil foi, precisamente, o *sujeito de direito*, que ao seu direito subjetivo titularizado – cujo modelo inspira-se na propriedade – corresponde um dever jurídico. Essa prerrogativa é o poder da vontade do indivíduo, que tudo pode dentro de seu âmbito de liberdade, como proprietário, contratante e chefe de família.

4. A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA DE 1916: CONSERVADORISMO, PRIVATISMO DOMÉSTICO E O SUJEITO DE DIREITO

Já se disse que o *BGB* foi “um compêndio da história do século XIX”⁷¹. No entanto, este código, cujo termo inicial de vigência se deu no ano de 1900, não fechou as portas do dito século. Verdadeiramente, foi o Código Civil brasileiro de 1916 a última das codificações oitocentistas.

Malgrado ter entrado em vigência no ordenamento jurídico nacional só em 01 de janeiro de 1917, o Código Civil 1916 foi pensado e projetado por Clovis Bevilacqua ainda no Brasil da década de 1890. Este dado cronológico é, sem dúvida, de grande importância, mas não é bastante para justificar a classificação da codificação brasileira entre os códigos civis oitocentistas. Além deste aspecto temporal, o que autoriza arrolá-la em tal elenco é o fato de ter exprimido – assim como o fizeram os códigos francês e alemão – aqueles preceitos pensados desde o jusracionalismo, que uma dicotômica ordem jurídica liberal-individualista pretende realizar no âmbito do direito privado, quais sejam: a forte proteção ao direito subjetivo de

⁷¹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 24.

propriedade; a liberdade de contratar e exercer a propriedade sem qualquer impedimento; a segurança jurídica, que a estipulação prévia do regime jurídico-privado oferece; e a igualdade formal, em razão da qual a lei vê todos indistintamente.⁷² Ademais, há que se ressaltar que Bevilacqua importou e gravou em seu projeto a estrutura do *BGB*, separando parte geral de parte especial do código, em consonância com o espírito formal-conceitualista da escola pandectista germânica, o que, por conseguinte, consagrou na civilística pátria os conceitos e categorias jurídicos de relação jurídica, capacidade de direito (CC/16, art. 2º), sujeito de direito, entre outros.

Apesar dos influxos do movimento de codificação europeu, principalmente através do *Code Napoléon* e do *BGB*, é mister salientar que o Código de 1916 possuía algumas especificidades que decorreram de características próprias da sociedade brasileira do fim do século XIX e início do século XX, a começar pela ideologia liberal que, supostamente, subjazia ao Código Civil e este visava pôr em prática. A despeito de ter-se inspirado no direito centro-europeu, que se inclinou à promoção dos valores de um Estado autenticamente liberal erigido por uma burguesia em ascendência, a codificação brasileira não foi – e nem poderia ser – capaz de relegar a arrumação das forças socioeconômicas presente num país de recente independência política em face de sua antiga metrópole, e de estruturas ainda coloniais. Predominavam então os interesses dos fazen-

⁷² Cf. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94-95. Caracterizando o CCB/16 como integrante do movimento da codificação, afirma Gustavo Tepedino: “O Código Civil brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão, foram incorporadas pelas codificações do século XIX. Embora em vigor a partir de 1 de janeiro de 1917, o projeto do Código Civil foi elaborado por Clovis Bevilacqua em 1889, na mesma esteira, portanto, do movimento legislativo que caracterizou o século XIX” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 48, p. 324-325, 2001).

deiros latifundiários e de uma burguesia mercantil e urbana nos moldes do sistema colonial, que reduzia a economia do país “ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados”⁷³, atividades estas desempenhadas, respectivamente, por aquelas classes.

O Código Civil foi elaborado por intelectuais que formavam uma classe média alocada nos cargos públicos burocráticos e militares, e, conquanto atraídos pela modernidade jurídica europeia, eram subservientes aos interesses dos mencionados setores dominantes da sociedade brasileira da época, visto que sua afluência à máquina estatal foi ensejada e sustentada por aquela mesma estrutura colonialista controlada por fazendeiros e por uma burguesia mercante. Daí decorre o *conservadorismo* do Código Bevilaqua, conformado em observância às aspirações – em certa medida conflitantes – da poderosa oligarquia rural, que temia pelas consequências da aplicação cabal dos ditames liberais, e da burguesia mercantil, desejosa de um “regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal”⁷⁴. Portanto, foi de mais um sincretismo tupiniquim que nasceu esse elemento conservador: de entre os ideais modernos do liberalismo e os interesses das camadas superiores de manutenção do domínio político e econômico numa sociedade de estrutura ainda colonial.

Outra especificidade do Código Civil de 1916 digna de nota é a influência daquilo que Orlando Gomes nomeou *privatismo doméstico*. Com esta expressão o autor designa o fenômeno da preponderância da ordem privada numa organização social eminentemente estruturada no campo, caracterizada pelo estilo de vida colonial fortemente marcado pelo patriarcalismo e cuja influência se fez sentir até o fim do século XIX –

⁷³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

⁷⁴ Id. *Ibid.*, p. 29.

época em que Clovis Bevilacqua iniciava seu projeto de Código Civil. Nos dizeres de Orlando Gomes, “esse predomínio viera da sociedade colonial, ‘dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática’, que criara uma forma de organização social infensa à politização”⁷⁵. A emancipação política do país, entretanto, não modificou fundamentalmente essa estrutura, cuja classe política foi constituída pelas “famílias que detinham a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representantes [...] os doutores, que agiam em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder”⁷⁶.

Este fenômeno – que se espalhou na legislação nacional – teve maior repercussão, no tocante à codificação civil, na seara do direito de família, em que consagrou-se uma privilegiada posição do homem nas relações familiares, seja enquanto marido e chefe da sociedade conjugal, seja enquanto pai, titular por excelência das prerrogativas do pátrio-poder perante o filho⁷⁷.

Desta forma, dados os influxos dos códigos civis oitocentistas, como o *Code Napoléon* e o *BGB*, e do ideário liberal-burguês, e as peculiaridades da sociedade brasileira do final do século XIX e início do século XX projetadas no Código Civil de 1916, cumpre inferir que para o sistema de direito privado brasileiro pessoa, natural ou jurídica, era o sujeito integrante de

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.

⁷⁶ Id., *ibid.*, p. 18-19.

⁷⁷ Sobre a família no Código Civil de 1916 anota Keila Grinberg: “Os maridos deviam ser o cabeça do casal não só na prática – decidindo, inclusive, onde suas mulheres e filhos iriam viver, se iriam trabalhar e como seus bens seriam administrados – como também perante a justiça, tendo o poder de representar a todos. As mulheres casadas, assim, permaneciam “incapazes”, como o eram deficientes mentais, mendigos, menores e indígenas” (GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 45). Interessantes páginas escreve Sérgio Buarque de Holanda com relação ao poder do patriarca proprietário de terras na sociedade colonial brasileira: Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 80-82.

uma relação jurídica⁷⁸; todavia, indo mais ao fundo, o destinatário da proteção jurídica desse sistema não era a abstrata pessoa-sujeito, mas sim o *sujeito de direito subjetivo de propriedade*, que, livre de empecilhos alheios, era senhor absoluto de suas vastas terras (latifúndios), em que sua vontade predominava, assim como no seio familiar, nas relações conjugal e paterno-filial.

5. CRISE DO DIREITO SUBJETIVO E DO SUJEITO DE DIREITO E ASCENSÃO DA PESSOA HUMANA

O sistema do direito civil oitocentista apreendeu a pessoa como uma noção abstrata e formal, despida de concretude e historicidade que só a referência ao ser humano vincado na realidade da vida pode oferecer⁷⁹. Este conceito abstrato e pretensamente neutro confundiu-se com o elemento subjetivo da relação jurídica, ou seja, o sujeito de direitos e deveres (ou obrigações), o que logo confirmou que a proteção jurídica do direito civil inclinava-se para a figura do sujeito de direito⁸⁰.

A noção de sujeito de direito, cuja centralidade no direito privado dos séculos XVIII e XIX já foi sobejamente ventila-

⁷⁸ Neste respeitante, é esclarecedora a definição de Bevilacqua: “*Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações*” (grifos no original) (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Rio, Livraria Francisco Alves, 1975, p. 70).

⁷⁹ Consoante Luiz Edson Fachin, a teoria tradicional do direito civil “compreende a apreensão jurídica do sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica. Pessoa e relação jurídica, elevadas ao nível de categorias, excluem-se do real impresso na vivência efetiva das pessoas e seus vínculos” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

⁸⁰ Apesar da consagração do conceito de relação jurídica, que importa em considerar ser pessoa os sujeitos do direito e do dever, muitos clássicos ainda definiram a pessoa, precisamente, como o sujeito de direito: cf. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. t. I. Trad. de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 325; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Nápoles: Jovene, 1989, p. 23.

da⁸¹, não é, contudo, construída autonomamente, pois que não possui em si mesma os elementos bastantes para sua conceituação. Na verdade, o sujeito de direito é definido por outro conceito, a saber, o de direito subjetivo. A dependência conceitual daquele em relação a este é muito bem explicitada pela doutrina tradicional, seja pelo seu expresso reconhecimento⁸², seja pela opção de diversos escritores de primeiro tratar do direito subjetivo para depois, então, se ocupar do seu sujeito⁸³, de sorte que será a partir deste constatado comensalismo entre estas noções que se verá a corrosão ambivalente que as críticas ao direito subjetivo deram causa – este que é o conceito forte, definidor do sujeito de direito. Com isso se quer dizer, enfim, que a crise que já no fim do século XIX se esboçou instalar sobre o

⁸¹ Além de estar ao centro do sistema jurídico, a noção de sujeito de direito experimentou uma verdadeira reviravolta semântica se comparada à sua origem etimológica, conforme assinala Michele Giorgianni: “No centro do sistema, cujas origens ideais remontam justamente ao movimento renascentista, está o ‘sujeito’ de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição (*subiectum*)” (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 38, jan. 1998).

⁸² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Op. cit.*, p. 325; VON THUR, A. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. v. I. Trad. de Tito Ravá. Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 371. Hans Kelsen se atentou argutamente para esse liame existente entre os conceitos de direito subjetivo e sujeito de direito: “O conceito de sujeito jurídico na teoria tradicional está claramente na mais estreita conexão com o seu conceito do direito subjetivo como titularidade de um direito (*Berechtigung*). O conceito de um sujeito de Direito como o portador (suporte) do direito subjetivo (no sentido da titularidade jurídica – *Berechtigung*) é aqui, no fundo, apenas uma outra forma deste conceito de direito subjetivo que, no essencial, foi talhado pela noção de propriedade” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 189). Também Enrique Ramos Chaparro observa a conexão entre o conceito abstrato de pessoa e a explicação de um sistema centrado nos direitos subjetivos (CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995, p. 128).

⁸³ Entre outros, vide: BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Rio, Livraria Francisco Alves, 1975; ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. t. I. Trad. de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953; VON THUR, A. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. v. I. Trad. de Tito Ravá. Barcelona: Marcial Pons, 1999.

conceito de direito subjetivo, em razão das críticas de que foi alvo, importou colocar também em crise a noção de sujeito de direito, decisivamente abalada com as vicissitudes do pós-guerra do conflito mundial que terminou em 1945.

Já se viu que o jusracionalismo foi responsável pelo grande desenvolvimento da teoria do direito subjetivo, sendo John Locke um dos pensadores que muito contribuíram para tal. Para este filósofo político em especial, os direitos subjetivos se consubstanciavam nos direitos naturais do homem, que, inclusive, não se desnaturavam com o advento do fim do estado de natureza causado pela superveniência do contrato social e instituição do Estado. Dentre tais direitos se revestiu de primazia o direito de propriedade do indivíduo, prerrogativa que se fundava no trabalho do homem⁸⁴ e que todos deveriam respeitar abstendo-se de qualquer ingerência sobre suas fronteiras. Mais do que um limite para o Estado, a proteção deste direito se tornou, em verdade, o objetivo da atividade estatal.

Nesta medida, para se instrumentalizar devidamente à tutela do direito de propriedade, o conceito de direito subjetivo deveria recair sobre um objeto – que seria apropriado – e se prestar à ideia de obtenção de utilidades externas ao indivíduo sujeito deste direito – o que ulteriormente determinou os contornos da noção de bem jurídico. Este programa efetivamente se cumpriu na noção de direito subjetivo, que então se alinhou à finalidade, principalmente da tutela dominical, de assegurar juridicamente a aquisição de utilidades ou bens externos que integram o patrimônio do sujeito do direito⁸⁵.

⁸⁴ Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. de Magda Lopes e Marisa L. da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 100-101.

⁸⁵ Para uma abordagem histórica e crítica do direito subjetivo como conceito forjado conforme os moldes do direito de propriedade, ou seja, segundo a lógica do “ter”, vide PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58; DONEDA, Danilo. Os direitos da personalida-

Funcionalizado, dessarte, desde seu nascedouro, à idônea proteção dos interesses patrimoniais do indivíduo⁸⁶, o direito subjetivo se acomodou com tamanha adequação num direito civil edificado sobre um complexo legislativo que se atentava mormente para os aspectos patrimoniais da vida em sociedade, que praticamente se tornou impensável uma dogmática jurídica sem este conceito⁸⁷. Todavia, tal categoria jurídica se viu acoçada a partir da segunda metade do século XIX pelas consequências da introdução no arraial da ciência jurídica – promovida principalmente por juristas alemães – de uma noção radicada na ética: a *personalidade*.

Foi Georg Carl Neuer um dos primeiros autores a dar tratamento jurídico a esta noção, que houvera sido há pouco consagrada na filosofia kantiana. Em livro que data do ano de 1866 (*Wesen und Aten der Privatrechtsverhältnisse*), este autor cuidou da personalidade, entretanto sem distingui-la do conceito de pessoa como antes se fazia entre a qualidade ética, uma capacitação para a liberdade na qual o homem deveria se de-

de no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43-45; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-100; MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della). In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XXXIII. Milão: Giuffrè, 1983, p. 356-359. Ademais, a afirmação desta doutrina no sentido de ser a propriedade o direito subjetivo por excelência é também endossada por HATTENHAUER, para quem o direito de propriedade, juntamente à pretensão de direito obrigacional, se constitui o principal exemplo de direito subjetivo (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 118). Ressalte-se que mesmo a pretensão de direito obrigacional faz remissão, em última análise, à propriedade, visto que a figura mais eminente do direito obrigacional, a saber, o contrato, na verdade era meio de transmissão da propriedade.

⁸⁶ Apontando o perfil histórico do direito subjetivo, Danilo Doneda assinala que esta “categoria foi estruturada com a função de garantir o patrimônio individual perante o estado [...]” (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84).

⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 153.

envolver (personalidade), e o conceito jurídico (pessoa)⁸⁸. Baseado nestas noções Neuer elaborou sua teoria do direito da personalidade, em que, alicerçada em Kant, mas ainda com pouca clareza para a dogmática jurídico-civil, concebia esta categoria como o direito da pessoa de ser seu próprio fim: “entre os direitos da personalidade, entendemos que o direito da pessoa é uma finalidade em si mesmo que se deve fortalecer e desenvolver”⁸⁹.

Posteriormente, já no século XX, a doutrina dos direitos da personalidade, enfrentando muitas dificuldades, paulatinamente recebeu acolhida e se firmou nos quadrantes do direito privado. Esta categoria passou a ser compreendida como os direitos atinentes à tutela da pessoa, sua vida, corpo, liberdade e honra; bens considerados essenciais ao ser humano. Logo, uma vez situados no âmbito das relações entre particulares e arvorando-se como instrumento de para tutelar juridicamente a pessoa, a consagração dos direitos da personalidade resultou no rompimento com a antiga postura de atribuir somente ao direito público a função de proteção da pessoa⁹⁰.

No entanto, a acolhida dos direitos da personalidade pela doutrina majoritária não afastou o problema que assolava esta categoria ainda no século XIX quando nasceu, de sorte que

⁸⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, p. 21. A equivalência entre os conceitos de pessoa e personalidade foi endossada por Edouard Hölder. Para este civilista alemão “los términos persona y personalidad se usan frecuentemente en un mismo sentido. La segunda palabra designa una cualidad, la primera una cosa que posee aquella cualidad. Ambas pueden aplicarse en un mismo sentido porque no existe sin personalidad, ni personalidad sin persona que le corresponda” (HÖLDER, Edouard *apud* HATTENHAUER, Hans. *Op. cit.*, p. 22-23).

⁸⁹ Tradução de: “entre los derechos de la personalidad, entendemos que el derecho de la persona es una finalidad en sí mismo que hay que fortalecer y desarrollar” (NEUER, Georg Carl *apud* HATTENHAUER, Hans. *Op. cit.*, p. 22).

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 32-33; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73-74.

o mesmo motivo que deu arrimo à tese negativista foi também a razão da confusão conceitual que grassou nos debates doutrinários sobre o tema durante longos anos do século XX, a saber: como é possível ao sujeito ser titular de direitos subjetivos sobre bens como vida, liberdade e o próprio corpo se estes “objetos” se confundem com o próprio sujeito titular?

Os teóricos que negaram a plausibilidade da categoria dos direitos da personalidade (Roubier, Unger, Dabin, Savigny, Thon, Von Thur, Enneccerus, Zitelmann, Ravà, Simoncelli, dentre outros) se pautaram, em suma, na ilogicidade de a personalidade, que se identificava com a aptidão à titularidade de direitos, ser ao mesmo tempo o objeto de tais direitos⁹¹.

De outro lado, entre os defensores da dita categoria jurídica não se viu insuperável barreira para se admitir bens da personalidade como objeto de direitos subjetivos. Ocorre que para tanto esta corrente encarou a personalidade de ponto de vista diverso daquele que só a considerava numa acepção idêntica à capacidade jurídica⁹². San Tiago Dantas expôs brilhantemente essa diferença de sentidos: “[...] a palavra personalidade está, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos de personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como a personalidade”⁹³.

Contudo, ao se valer do conceito de direito subjetivo

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 25. A este respeito, vide também DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 42.

⁹² TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 26-27.

⁹³ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. ed. rev. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 192.

como estrutura jurídica para viabilizar a tutela da pessoa através dos direitos da personalidade, a tese vencedora desencadeou sobre aquele conceito uma crise constituída de duas facetas: (i) a inadequação do conceito de direito subjetivo às relações jurídicas não patrimoniais; e (ii) a exaustoração do direito subjetivo como única categoria aplicável para uma tutela jurídica plena.

A necessidade de acomodar a categoria dos direitos da personalidade ao esquema preestabelecido do direito subjetivo⁹⁴ incitou a doutrina a desesperadamente buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito⁹⁵. Esse imperativo de

⁹⁴ Sobre a operação de adequação de novas ou de desconsideradas realidades e demandas sociais aos modelos jurídicos pré-fixados, observa Luiz Edson Fachin: “Apesar de os sistemas de Direito se proporem como intrínsecos à realidade, e sobre esta terem a pretensão de dar luminosidade a alguns fatos e atos de relevância jurídica, acabam por não se debruçar sobre os demais atos e fatos sociais, e, quando o fazem, procuram enquadrar esta situação juridicamente não definida nos modelos estáticos de definição preexistentes”.

“O Direito, nesse sentido, opera um corte epistemológico, ou seja, coopta os fatos da realidade que lhe interessam; situação esta que acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37).

⁹⁵ As anotações de Orlando Gomes sobre as dificuldades existentes em torno da delimitação do objeto dos direitos da personalidade manifestam essa exasperação da doutrina: “Reclama, assim, a definição do direito de personalidade o alargamento do conceito jurídico de *bem*, que lhe reconheça significação diversa da que se lhe atribui em Economia. Em Direito, *tôda utilidade, material ou não*, que incide na faculdade de agir do sujeito, *constitui um bem, podendo figurar como objeto da relação jurídica*, porque sua noção é histórica, e não naturalística. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como o objeto de direitos de natureza especial”.

“Não há outra explicação para eliminar a objeção de que nos *direitos de personalidade, sujeito e objeto* se confundem, rejeitada por Biermann e Bekker com a escapatória inadmissível de que pertenceriam à categoria dos *direitos sem objeto*. Por não terem admitido êsses *bens jurídicos*, escritores do porte de Windscheid e Ferrara ativeram-se a construção dogmática francamente inaceitável. Para Ferrara, os direitos da personalidade, sendo *absolutos*, teriam como *objeto* não a *res*, mas os outros homens adstritos a lhes respeitar o gôzo e, por isso, a vida, o corpo, a honra seriam

referência a um bem externo decorre do fato de o conceito de direito subjetivo ter sido construído com olhar fixo na tutela jurídica de situações patrimoniais, “já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominical, lhe são sempre externas”⁹⁶. Desta forma, uma vez que a categoria dos direitos da personalidade diz com o próprio ser da pessoa e suas intrínsecas condições, como a vida, a liberdade e a integridade psicofísica, é dizer, internalidades da pessoa, o conceito de direito subjetivo se torna inabilitado para atender as demandas das situações jurídicas não patrimoniais. Portanto, a mencionada crise do direito subjetivo (e seus respectivos prismas) é decorrência da imprestabilidade deste conceito para uma adequada tutela da personalidade.

É aqui, então, que se visualiza também, por extensão, a primeira crise do sujeito de direito, pois, antes de qualquer coisa, o sujeito de direito se viu desconfortavelmente qualificado como o próprio objeto dos direitos da personalidade⁹⁷, e, depois, presenciou a capitulação do parâmetro patrimonialista que o definia: o direito subjetivo.

A segunda ordem de críticas que fustigou o conceito de

apenas o *térmo de referência* da obrigação negativa que incumbe à generalidade das pessoas. Observa Santamaria que transformar a função reflexa de tutela social dos direitos absolutos em seu *objeto* é expor-se a um cerebrino deslocamento deste elemento da relação jurídica ou ao absurdo, já superado, dos direitos sem sujeito, ou sem objeto” (grifou-se) (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 142).

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 30. Em sentido semelhante a tais considerações vide MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della). In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XXXIII. Milão: Giuffrè, 1983, p. 358-359.

⁹⁷ Nesta direção, v. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83. A discussão em torno do objeto tutelado pelos direitos da personalidade, segundo Zeno-Zencovich, foi a razão da demora para a sedimentação da categoria (ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Personalità (diritti della). In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. v. XIII. Turim: UTET, 1996, p. 436-437)

direito subjetivo e, junto com ele, o de sujeito de direito veio da pena de Hans Kelsen em sua *Teoria pura do direito*. O jurista vienense alicerçou sua obra numa noção de ciência que obedece a pressupostos filosóficos neokantianos no intuito de alcançar a pureza metodológica que asseguraria o estudo do direito em si e por si⁹⁸. Para Kelsen, a norma jurídica e a sanção por ela prevista são elementos determinantes da juridicidade – direito se traduz em ordem da conduta humana –, do que decorre a importância da categoria do *dever* jurídico em sua teoria, haja vista que a norma jurídica o institui e prescreve a sanção para a hipótese de seu descumprimento⁹⁹.

Sendo assim, lastreado nestas premissas Kelsen submete ao crivo de seu purismo metodológico a contraposição comumente estabelecida entre direito subjetivo e dever. Na estrutura em que a doutrina concebeu ambos, apesar da notória primazia dada ao direito subjetivo, um é correspondente ao outro. O titular do direito pode exigir determinada conduta do(s) sujeito(s) titular(es) do dever, e este é juridicamente obrigado a conduzir-se de certa maneira em face daquele; estes seriam direito subjetivo e dever jurídico e seus respectivos conteúdos. No entanto, segundo o autor, o que se designa por direito (subjetivo) de um indivíduo nada mais é do que o próprio dever do(s) outro(s) em face dele¹⁰⁰; não há falar aqui em situações juridicamente diferentes, pois que “a situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo”¹⁰¹. Na verdade, para Kelsen, a

⁹⁸ Vide sobre o tema: LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. VII-XXXIII.

⁹⁹ Sobre o dever jurídico diz Kelsen: “Ele não é, porém, senão a norma jurídica positiva que prescreve a conduta deste indivíduo pelo fato de ligar à conduta oposta uma sanção” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129-130).

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

¹⁰¹ Id., *ibid.*, p. 142.

conduta do indivíduo ante o qual há o dever, isto é, de exigir o comportamento devido, já está conotada no conteúdo do dever, o que, por conseguinte, faz da conduta que se entende por “direito” meramente um reflexo do dever¹⁰². Daí ser o direito subjetivo uma noção supérflua em sua teoria pura.

Nesse passo, no positivismo normativista kelseniano é impróprio falar em sujeito de direito, visto que direito subjetivo na acepção tradicionalmente consagrada não existe; se há sujeito, este é o indivíduo obrigado, como se vê: “[...] quando um homem é obrigado a conduzir-se de determinada maneira em face de outro homem, apenas aquele, e não esse, é ‘sujeito’, a saber, sujeito de uma obrigação (dever)”¹⁰³. Decorre que ao afastar as figuras do direito subjetivo e do sujeito de direito, Kelsen também acaba rechaçando a sinonímia que a doutrina estabelece entre pessoa e sujeito de direito. Eis que com o objetivo de desfazer tal identificação conceitual, mas antes de definir a pessoa com o rigor metodológico de sua teoria formal, a primeira crítica que este jurista faz ao sujeito de direito desvela a sua *função ideológica* em prol da ordem liberal-capitalista. Para ele o jusnaturalismo se valeu desta noção, assim como do conceito de direito subjetivo, para justificar uma ordem jurídica que visa garantir a instituição da propriedade privada¹⁰⁴.

¹⁰² Id., *ibid.*, p. 143.

¹⁰³ Id., *ibid.*, p. 144.

¹⁰⁴ Vale a pena transcrever a perspicaz crítica deste jurista de grande importância para a cultura jurídica ocidental: “A concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que aquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é sem dúvida devida à doutrina do Direito natural. Esta parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos as homem, que existem antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva. Entre eles desempenha um papel principal o direito subjetivo da prioridade individual. A função de uma ordem jurídica positiva (do Estado), que põe termo ao estado de natureza, é, de acordo com esta concepção, garantir os direitos naturais através da estatuição dos correspondentes deveres. Esta concepção, porém, também influenciou os representantes da escola histórica do Direito, os quais não só inauguraram o positivismo jurídico do século XIX como também influíram, de um modo inteiramente decisivo, na elaboração conceitual da teoria geral do Direito. Assim, lemos, por exemplo, em Dernburg: “Os direitos em sentido subjetivo existiam historicamente já muitos anos antes de uma

Isto posto, nos termos até aqui traçados se colocam as críticas ao sujeito de direito, as quais, verdadeiramente, dão testemunho de um conceito em crise, subserviente ao restrito ideário da burguesia liberal clássica e impossibilitado de corresponder às novas demandas de tutela jurídica do ser humano que a categoria dos direitos da personalidade visa suprir na esfera privada. O estiolamento do sujeito de direito sinalizada nesta conjuntura é, entretanto, coetâneo à emersão da noção de personalidade num sentido renovado cuja inspiração se achou na dimensão da ética e na realidade humana, que foi oportunizada pelas discussões travadas em torno dos direitos da personalidade. Demais, esta mesma noção aponta para a necessária revisitação do conceito de pessoa¹⁰⁵ enquanto categoria designativa do ser humano, que com a moderna construção da subje-

ordem estadual autoconsciente ter sido elaborada. Eles fundamentavam-se na personalidade dos indivíduos e no respeito que eles conseguiram obter e impor pela sua pessoa e pelos seus bens. Somente através da abstração é que mais tarde se deveria extrair gradualmente da concepção de direitos subjetivos preexistentes o conceito de ordem jurídica. É, portanto, uma concepção a-histórica e incorreta aquela segundo a qual os direitos em sentido subjetivo mais não são do que projeções do Direito em sentido objetivo”. Se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129-130).

¹⁰⁵ Malgrado a precedente crítica feita por Hans Kelsen aos conceitos de direito subjetivo e de sujeito de direito, este teórico do direito concebeu a pessoa do modo mais abstrato e formal possível. A noção superabstrata ou normativista de pessoa – segundo Enrique Ramos Chaparro – formulada por Kelsen levou às últimas consequências a abstração em que a noção de pessoa estava imersa. O indivíduo portador de direitos e deveres não era pessoa (física), pois esta é o complexo de normas jurídicas que tem em conta o ser humano apenas enquanto regula sua conduta por meio de deveres e poderes jurídicos. É uma concepção atomística da pessoa e da subjetividade: “A pessoa física ou jurídica que “tem” – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade” (Id., *ibid.*, p. 192-193). Cf. CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995, p. 135-139.

tividade jurídica passou a se confundir com o abstrato e desenraizado sujeito de direito (e de dever), verdadeiro *homo oeconomicus*¹⁰⁶.

Precipualemente após os dramáticos eventos da Segunda Guerra Mundial, que deram ocasião a uma indelével mácula na história e consciência humanas devido aos terríveis atos de desprezo ao ser humano e aos ideais humanitários, afluiu para o direito, que antes houvera franqueado a legalidade daqueles atos, grande aporte ético-valorativo cuja profusão permitiu o rompimento dos firmes limites dos sistemas jurídicos orientados pelo positivismo jurídico e da estrita visão formal da pessoa. É o que demonstrou as declarações de direitos, notadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, e as novas cartas constitucionais promulgadas nesse período, a exemplo daquelas italiana (1947) e alemã (1949), ao tratar do ser humano e seu primacial valor logo em suas disposições iniciais, antecedendo a um generoso catálogo de direitos fundamentais: é a exaltação da *dignidade da pessoa humana* como princípio jurídico fundamental.

Esta entronização da dignidade da pessoa humana que seguiu ao pós-guerra representou para o direito uma apreciação diversa da pessoa, não mais a partir de um viés endógeno – noção assente no próprio sistema jurídico¹⁰⁷ –, mas uma consideração que está para além do direito, apoiando-se num fundamento moral e multifacetado. Em outras palavras, o homem passou a ser visto não simplesmente a partir da concepção neutra e abstrata de subjetividade jurídica que lhe desfigurava o rosto das feições propriamente humanas, perfilado junto a pessoas jurídicas e outros entes despersonalizados; foi tomado

¹⁰⁶ Vide nota de rodapé nº 80.

¹⁰⁷ Este clássico conceito de pessoa redonda numa patente circularidade, em que define-se por pessoa o sujeito de direito, e por sujeito de direito a pessoa (v. CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995, p. 127-128.

como *pessoa humana*, num perfil ético-axiológico e fincado na plúrima realidade humana, é dizer, com atenção volvida para a realidade concreta, tanto aquela presente, quanto a que se quer concretizar por meio da realização do inexpugnável valor da personalidade humana.

Assim, o direito deixou de se inclinar para aquele sujeito de direito, expressão do indivíduo, um ser abstrato, a-histórico e dotado de vontade e razão para livremente exercer seus direitos subjetivos¹⁰⁸, e colocou no centro de suas ocupações a pessoa concreta, de carne, osso e alma, o “sujeito de necessidades”¹⁰⁹ historicamente situado e engajado na sociedade¹¹⁰. A contraposição que então se estabelece entre a pessoa

¹⁰⁸ Jussara Meirelles chama este ente abstrato de “sujeito virtual”, quase uma quimea jurídica que habitava (ou ainda habita?) os códigos civis oitocentistas: “Traçando-se uma espécie de paralelo tem-se, de um lado, o que se pode denominar *pessoa codificada* ou *sujeito virtual*; e, do lado oposto, há o *sujeito real*, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a *pessoa gente*”.

“O sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito *real*”(MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 91-92).

¹⁰⁹ A expressão é de Luiz Edson Fachin e de Carlos Eduardo Ruzyk: v. FACHIN, L. E. e RUZYK, C. E. P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

¹¹⁰ Cf. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, p. 140. Daniel Sarmiento se manifesta no mesmo diapasão sustentado no texto, pois que para este constitucionalista o princípio da dignidade da pessoa humana tem por foco o ser humano concreto: “O conteúdo do princípio será mais tarde alargado, por influência da doutrina social da Igreja Católica, e das teorias socialistas e social-democratas, que deslocarão seu foco, antes *centrado no indivíduo abstrato do liberalismo*, para o *ser humano concreto e situado, portador de necessidades vitais que cumpre aten-*

na concepção insular¹¹¹, ou seja, o indivíduo, e a pessoa no sentido que se prende à realidade da vida e seu contexto histórico, social e cultural, apresenta, deveras, o confronto entre individualismo e personalismo; conflito este que a Declaração Universal da ONU e os constituintes europeus do pós-guerra resolveram, indubitavelmente, com o compromisso personalista que firmaram em seus respectivos textos normativos.

Cumprido ressaltar que, deitando raiz na corrente filosófica personalista, pode-se falar na órbita do direito dum *personalismo jurídico* que nesta sede buscou aplicar os pressupostos éticos daquela filosofia. Malgrado as variações que se verificam dentro desta orientação filosófica pouco sistematizada¹¹² (vertentes angloamericana e europeia), existe um “núcleo fundamental” capaz de definir o personalismo e que, conforme Enrique Chaparro, na verdade é um resultado histórico que se constitui no último elo de uma corrente na qual se reconhece uma trajetória ou tradição filosófica de muitos séculos: “Este núcleo vem constituído pela *consideração da pessoa como princípio ontológico fundamental, explicativo da realidade*”¹¹³.

O propósito desta corrente no âmbito do direito, de introduzir no plano jurídico a pessoa concretamente considerada, captura a mesma dos pontos de vista: (i) *unitário*, porquanto a pessoa humana é uma totalidade integrada por aspectos corpo-

der” (grifou-se) (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87-88). No mesmo sentido se coloca a assertiva de Teresa Negreiros: “Com efeito, as Constituições contemporâneas, em lugar do sujeito abstrato, levam em conta as necessidades concretas, de uma pessoa concreta, situada socialmente, isto é, na sua relação com seus ‘diferentes semelhantes’” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54).

¹¹¹ Antônio Junqueira de Azevedo utiliza a expressão “concepção insular de pessoa” em seu estudo: AZEVEDO, Antônio Junqueira. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

¹¹² Cf. CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995, p. 108.

¹¹³ Id., *ibid.*, p. 106-107.

rais, psíquicos, espirituais e sociológicos, e não simplesmente por uma mente que tem um corpo, segundo a antropologia do racionalismo iluminista que está à base da concepção insular de pessoa¹¹⁴; e (ii) *dinâmico*, visto que o desenvolvimento da sociedade deve caminhar no sentido da “progressiva realização, na própria vida social, da aspiração do homem a ser tratado no todo, como uma pessoa ou como um todo, não como uma parte”^{115/116}. Neste diapasão, mas com outras palavras, se põe a lapidar lição de Edgar de Godoi da Mata-Machado: “O certo é que o Direito se refere à *pessoa*, enquanto é esta que se engaja na sociedade, não importando o fato de nela, só sob um aspecto, o aspecto *indivíduo*, se constituir como parte. Nisso mesmo, aliás, reside a razão por que a norma jurídica, especificação da norma do todo social, deve estar a serviço da *pessoa*, que é um *todo* também. O direito terá, assim, como motivo determinante, assegurar, numa sociedade de *todos*, o respeito a essa totalida-

¹¹⁴ Antônio Junqueira de Azevedo explica a visão da antropologia do racionalismo iluminista que destacava a mente do corpo: “Do ponto de vista antropológico [...] o homem não é u’a ‘mente’, que *tem um corpo*; ele todo é *corpo*. O racionalismo iluminista, que deu origem à concepção insular, corresponde visualmente à figura do homem europeu: o terno que veste deixa-lhe à mostra somente a cabeça e as mãos (=razão+ação, ou vontade); o resto do corpo é a parte oculta do *iceberg* – a natureza física, cuja essência, no homem, aquela filosofia ignora. Essa parte do corpo – (entre parêntesis, observamos que insensivelmente ‘o corpo’ é pensado por nós muitas vezes à européia como sendo a parte de nosso ser que não é a cabeça) – essa parte do corpo, repetimos, é considerada uma ‘máquina’ ou um ‘mecanismo’ tido pela mente” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 5-6, jan./mar. 2002). O primado da razão na modernidade pôs em realce a mente do homem, seu intelecto, sua capacidade cognitiva, o que culminou por desaguar, também no entender de José Antônio Peres Gediel, numa certa desvalorização do corpo humano (GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63-64).

¹¹⁵ MARITAIN, Jacques *apud* MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 199-200.

¹¹⁶ Cf. CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995, p 108.

de, e o seu fim há de ser o de criar as condições dentro das quais a *pessoa* se possa afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo *independente e livre*¹¹⁷”.

A opção personalista das cartas normativas supracitadas, que plasmaram em seus textos a primazia da dignidade da pessoa humana e a partir de então consubstanciaram o alicerce para a (re)construção dos direitos humanos, importou para o interior do direito uma profunda compreensão da pessoa, enquanto ser humano, que antes lhe era estranha. Tal escolha se desenvolve no sistema jurídico em duas frentes a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Primeiramente, assim como a dignidade da pessoa constitui um dado preexistente que ao direito cabe tão-só reconhecer, a pessoa humana – em quem a dignidade se prende – é necessariamente *reconhecida pelo direito como uma realidade prévia*, uma “realidade ontológica natural”¹¹⁸ manifesta na pessoa concreta¹¹⁹. Em segundo lugar, a pessoa humana é também *reconhecida numa dimensão axiológica* como um *valor fundamental* que dá unidade material e valorativa ao ordenamento jurídico e que deve ser realizado pelo direito^{120/121}.

¹¹⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 199.

¹¹⁸ CHAPARRO, Enrique Ramos. *Op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹ Nesta direção se posiciona Ingo Sarlet: v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44-45. Este constitucionalista gaúcho assevera que “a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato”, motivo pelo qual não se deve confundir dignidade da pessoa humana com dignidade humana, quando esta se referir à humanidade como um todo (Id., *ibid.*, p. 54).

¹²⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85-86; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, *passim*. Ademais, é mister pôr em relevo aqui, que nesta acepção valorativa a doutrina mais recente tem usado como equivalentes os conceitos de pessoa humana, personalidade e dignidade da pessoa humana, principalmente a civilística, como será visto posteriormente.

¹²¹ Antônio Junqueira de Azevedo propõe uma revisão, melhor dizendo, a superação do personalismo ético como marco filosófico adequado ao delineamento dos traços

Este é o posicionamento do civilista espanhol Enrique Ramos Chaparro, que entende ser a pessoa um *prius* ontológico e axiológico que o direito reconhece; reconhecimento este que no ordenamento jurídico espanhol se deu através da consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 10.1 da Constituição espanhola de 1978. O autor toma a pessoa como um antecedente ao próprio direito numa visão que, em suas palavras, tende a “ver no tecnicismo jurídico «pessoa» (em seu sentido próprio, restrito à «física») a designação de uma realidade ontológica natural e de uma valoração ética historicamente comprovada, que se impõem ao Direito como dados extrínsecos com existência própria”¹²².

De semelhante modo, compartilham deste parecer José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz. Os professores da Universidade Federal do Paraná, em 1980 publicaram um estudo em que claramente adotam postura personalista, concebendo, outrossim, a pessoa humana nas dimensões ontológica e axiológica. Cumpre aqui transcrever a lição destes autores, pioneira no Brasil: “Em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir, dentro do sistema, a noção de personalidade, assume uma noção pré-normativa, a noção de pessoa humana, faz de tal noção uma noção aceita pela ordem positiva. Não a assume nem a aceita, porém, no mesmo sentido de pura aceitação da realidade externa como que aceita e assume a qualidade de *objetos*, de *coisas*, que têm uma árvore e um animal. É que, no caso do ser humano, o dado preexisten-

conceituais da dignidade da pessoa humana, em crítica assente numa espécie de (neo)jusnaturalismo biológico: cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 29-40, jul./set. 2008.

¹²² Tradução de: “ver en el tecnicismo jurídico «persona» (en su sentido propio, restringido a la «física») la designación de una realidad ontológica natural y de una valoración ética históricamente comprobada, que se imponen al Derecho como datos extrínsecos con existencia propia” (CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22).

te à ordem legislada não um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser; ele é também axiológico. E *ser* e *valor* estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem *vale*, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é. É inconcebível que um ser humano *seja sem valer*¹²³.

Apesar da avançada proposta dos mencionados civilistas para o direito brasileiro logo no início da década de 80, as percucientes alterações que a Declaração de 1948 e as constituições do segundo pós-guerra promoveram nos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente pela escolha personalista de inserção e enaltecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, somente se tornaram factíveis no direito brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que em seu art. 1º, III alçou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República e em dispositivos seguintes encartou um longo rol de direitos fundamentais.

As aludidas transformações que tiveram ensejo com o conagraçamento da dignidade da pessoa humana foram, todavia, impedidas de se expandir até os domínios do direito civil. Devido ao vigor com que ainda vicejava o vetusto axioma da *summa divisio* no direito pátrio – não obstante as críticas que já lhe fazia parte da doutrina alienígena –, a pessoa humana, em todas as suas dimensões, foi inicialmente reputada um habitante intramuros do direito público, afastada das relações sociais regidas pelo direito civil – ou seja, aquela sorte de interações sociais mais comuns ao homem¹²⁴ – na medida em que os es-

¹²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 16, fev. 1980.

¹²⁴ Isso se dá pelo fato de ser o direito civil voltado para o cotidiano das pessoas. Como assinala Mota Pinto: “Regulando as relações de pessoa a pessoa, reconhecendo a autonomia desta, disciplinando, assim, as formas de vida que são o núcleo íntimo e a razão de ser da organização social, bem podemos dizer que o *direito civil regula a vida quotidiana do homem comum*” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. 9. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994, P. 42).

paços público e privado se distanciavam. Desta forma, para a definitiva intromissão da pessoa humana nos quadrantes do direito civil e com ela as decorrências dogmáticas que carrega, há que se perpassar por dois importantes fenômenos desencadeados ao nível constitucional no pós-1988, que determinaram o importante papel da Constituição e sua eficácia normativa no ordenamento jurídico brasileiro e inevitavelmente incidiram sobre aquela dicotomia, quais sejam: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; e (ii) a constitucionalização do direito civil.

Em 1959 o professor Konrad Hesse, em resposta a Ferdinand Lassalle e a outras teorias reducionistas da eficácia normativa da Constituição, propõe em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg a doutrina da “força normativa da Constituição”¹²⁵. Com esta tese Hesse quer rechaçar o juízo de total ineficácia proferido por Lassalle em relação à Constituição – foi ele quem afirmou ser esta uma mera folha de papel –, assim como refutar o amesquinçamento em que a doutrina constitucionalista mais tradicional lançou a Lei Fundamental negando normatividade a vários princípios e direitos fundamentais, porque seriam simples programas que haveriam de direcionar a atuação do Estado – logo, normas programáticas.

A partir da nova concepção da Constituição que dá maior eficácia às normas constitucionais, incluindo entre estas os princípios e direitos fundamentais, as tarefas constitucionais se ampliam, assim como o papel da jurisdição constitucional, e os princípios e valores consagrados no texto constitucional passam a penetrar todos os ramos do ordenamento jurídico, dilatando, então, a eficácia transformadora da axiologia constitucional¹²⁶. É assim, portanto, que o princípio da dignidade da

¹²⁵ Vide a obra traduzida do alemão: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹²⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

pessoa humana se espraia por todos os recantos do ordenamento jurídico, inclusive o direito civil.

O processo de constitucionalização do direito civil, por seu turno, só tem lugar uma vez que se reconheça a força normativa da Constituição¹²⁷. É um fenômeno que não se exaure com o fato de princípios gerais e institutos de direito civil receberem tratamento em sede constitucional, tal como a CF/88 fez, por exemplo, com a família, a propriedade, a livre iniciativa e a empresa; do contrário poderia ser revestido apenas de um significado formal: a mera transplantação de institutos, outrora disciplinados pelo Código Civil, para o corpo da Constituição, que seria um “código” político. Isso não causa qualquer mudança de fundo no direito civil tradicional. O sentido mais profundo da constitucionalização do direito civil, num viés de cunho sistemático, somente pode advir com a confissão da normatividade e eficácia direta dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Conquanto tenha relevância a sobredita migração de princípios gerais e institutos civilísticos do texto do Código Civil para o texto constitucional (acepção formal), notadamente para indiciação da erosão da *summa divisio*, é o segundo sentido mais rico em consequências e capaz de fornecer “o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil”¹²⁸. De fato, é o que ocorre se se partir dos pressupostos da (i) unidade do ordenamento jurídico, da (ii) superioridade hierárquica da Constituição e suas normas, e da (iii) eficácia normativa dos princípios constitucionais – dentre eles precipuamente a dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, a superioridade hierárquica da

¹²⁷ Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

¹²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107.

Constituição a coloca no ápice do ordenamento jurídico, cuja unidade é assegurada pela mesma mediante o controle de validade das normas infraconstitucionais e do oferecimento de normas diretivas, ou normas-princípio, para orientar o sistema jurídico por inteiro, incidindo diretamente no campo do direito civil na medida em que informa e concretiza em seus institutos jurídicos os valores que os princípios constitucionais tencionam realizar¹²⁹, e em que protege os direitos fundamentais nas relações privadas. Eis que, desta feita, a rígida contraposição entre direito público e direito privado desmorona¹³⁰.

Nesse direito civil lido à luz da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana incide imediatamente sobre o âmbito privado, com toda intensidade, de modo que também nesta seara a pessoa humana – não mais aprisionada nos confins do direito público – é reconhecida plenamente em suas dimensões ontológica e axiológica, o que determina uma verdadeira virada paradigmática no direito civil brasileiro¹³¹.

Se o direito civil tradicional era centralizado na noção de propriedade e de patrimônio, portanto, na ordem do *ter*, o

¹²⁹ Entre outros vide: TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In:_____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

¹³⁰ Sobre o tema vide os ensinamentos de Pietro Perlingeri e de Maria Celina Bodin de Moraes: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. rev. ed. integrata. Nápoles: ESI, 1991, p. 105-106; TEPEDINO, Maria Celina B. M. *Op. cit.*, p. 24-29.

¹³¹ Na mesma direção sustentada no texto, sobre a dignidade da pessoa humana Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski lecionam que: “Trata-se de um reconhecimento pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede – como princípio simultaneamente lógico e ético – o próprio ordenamento jurídico. Com efeito, o ‘mundo do dever-ser’ que constituiria o direito, como criação humana, possui elementos ‘metajurídicos’ que constituem condição de possibilidade para o próprio direito” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 101, jul./set. 2008).

direito civil contemporâneo, arejado pela abertura sistêmica ocasionada pelos princípios constitucionais e pela personalidade humana como valor-fonte, privilegia a categoria do *ser* sobre o *ter*, os aspectos existenciais do ser humano concreto e de sua vida imediatamente sobre os aspectos econômico-patrimoniais. Sob este ângulo de análise, tem razão Jussara Meirelles ao firmar que: “[...] a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o *ser* é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo *ter*, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica”¹³².

Neste cenário, o sujeito de direito, abstrato e formal, que o direito privado clássico tinha em consideração, cede espaço ao protagonismo da pessoa humana, o ser humano concreto, histórico, sujeito de necessidades e aspirações¹³³. O sujeito a quem o direito busca proteger não é mais aquele ente abstrato, o “homem” ou “cidadão” que mais se parecia um modelo conceitual de indivíduo. Doravante, o destinatário da tutela jurídica é a pessoa humana, o homem e a mulher; as crianças, os ado-

¹³² MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 111.

¹³³ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 102, 113, jul./set. 2008; TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

lescentes e os idosos; a pessoa com deficiência etc¹³⁴.

Certamente no afã de sepultar toda sorte de privilégios feudais, os vencedores das revoluções liberais lançaram mão do direito e da norma jurídica para tratar a todos igualmente (isonomia), enfeitando a diferença fundada na estratificação social, fonte de injustiças; já o direito contemporâneo reconheceu que a igualdade formal também pode ser causa de iniquidade quando desconsidera a vulnerabilidade de uns e outros e as diferenças que conformam a identidade das pessoas. Por isso que o direito brasileiro, com base num compromisso constitucional com a dignidade da pessoa de carne e osso, atenta-se para a proteção da igualdade material e do direito à diferença com o bastião dos direitos humanos e fundamentais¹³⁵. Diversas normas constitucionais e infraconstitucionais possuem essa inspiração, como a que tutela o consumidor (CF/88, art. 5º, XXXII; Lei n. 8.078/1990), a criança e o adolescente (CF/88, art. 227; Lei n. 8.069/1990), o jovem (CF/1988, art. 227, § 8º; Lei n. 12.852/2013), o idoso (CF/88, art. 230; Lei n. 10.741/2003), a mulher vítima de violência doméstica (Lei n. 11.340/2006), a pessoa com deficiência (Lei n. 13.146/2015; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹³⁶) e a pessoa negra (Lei n.

¹³⁴ Vale a pena transcrever a lição de Norberto Bobbio relativamente à contemporânea tendência de especificação, cada vez mais intensa, dos sujeitos titulares dos direitos: “Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, faz-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63).

¹³⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

¹³⁶ Essa convenção internacional da ONU e seu protocolo facultativo foram incorpo-

12.288/2010).

No que tange especialmente à dimensão axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, importante salientar que, para designar o valor guarnecido neste princípio fundamental, a doutrina tem se valido das expressões *pessoa humana*, *personalidade humana* e *dignidade da pessoa humana* de forma intercambiável no mais das vezes¹³⁷, como se sinônimos fossem, fator que, mesmo não sendo o mais desejável em termos conceituais, não é motivo de alarde, pois não é prejudicial ao intérprete. Tais expressões, por seu turno, dialogam com um unitário valor, fundamental e que imanta todo o ordenamento jurídico brasileiro, valor este que faz da tutela da pessoa humana um problema igualmente unitário, é dizer, não fracionado “em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não intercomunicáveis entre si”, como se a personalidade humana pudesse ser dividida em interesses determinados e esquemas apriorísticos.

A pessoa humana, nesse perfil axiológico, há de ser realizada prioritariamente em toda circunstância prática. Havendo exigência ou manifestação deste valor, o direito deverá oferecer a adequada proteção jurídica, não importando se já exista previsão especial que dê suporte legislativo à hipótese. Isso quer dizer que a tutela da personalidade humana, valor “ten-

rados no ordenamento jurídico interno brasileiro com a estatura de norma constitucional, visto que foram ratificados pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF/88, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

¹³⁷ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 142 e ss.. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “sob a significação de valor ético, a personalidade se vincula inelutavelmente à dignidade da pessoa humana e da compreensão do ser humano em toda a sua complexidade pelo Direito Civil” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. XV).

dencialmente sem limitações”¹³⁸, não pode ser amarrada a modelos jurídicos típicos, como se houvesse um número fechado de hipóteses a serem tuteladas. Na verdade, dito valor está à base de uma série aberta de situações jurídicas existenciais, as quais traduzem o seu histórico, mutável e impostergável imperativo de proteção jurídica. Decorre daí que para elaborar uma dogmática apta a tutelar e promover devidamente a dignidade da pessoa humana é necessário que o intérprete se valha de instrumental idôneo para uma proteção jurídica atípica, o qual no ordenamento jurídico pátrio tem fulcro no art. 1º, III da CF/88, a saber, a *cláusula geral de tutela e promoção da personalidade humana*¹³⁹: verdadeira concretização do perfil aludido. Tal importa em outorgar proteção jurídica às mais diversas situações jurídicas subjetivas – e.g., direito subjetivo, direito potestativo, poder jurídico, estado etc. – mediante as quais a personalidade humana se manifesta e se realiza, e não apenas nas situações tipicizadas na moldura normativa como aquela presente no Código Civil de 2002 em relação aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No itinerário traçado entre a construção jusracionalista e pandectista do sujeito de direito e a recente consagração pessoa humana é importante se ter a equilibrada compreensão, assim como Stefano Rodotà, de que a crítica advinda da contraposição entre a excessiva formalização e abstração do sujeito e a realística consideração da pessoa titular de direitos não culmina na simplista rejeição total daquela elaboração resultan-

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 144.

¹³⁹ Id., *ibid.*, p. 141 e ss.

te do pensamento jurídico moderno¹⁴⁰. Falar-se em declínio do sujeito de direito não significa sua irrelevância na dimensão jurídica, mas tão-somente a perda da primazia¹⁴¹.

A subjetividade jurídica deve ser inadiavelmente repensada pelos teóricos do direito não apenas pela impossibilidade de subsistência de um sujeito único, abstrato e isolado, mas também devido ao surgimento de problemas e necessidades de proteção jurídica provocados pelos avanços tecnológicos e científicos.

O progresso técnico e industrial iniciado com a primeira Revolução Industrial, que deu lugar a demanda de recursos naturais nunca antes vista, legou a todas as nações a difícil questão ambiental. Com a intensa degradação do meio ambiente em escala global, além dos prejuízos para a qualidade de vida das atuais gerações, aquelas que ainda virão restam ameaçadas, eis que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é imprescindível para toda a humanidade presente e futura – esta a titular do direito fundamental inscrito no art. 225 da CF/88¹⁴². Ademais, a consciência ambiental adquirida nas últimas décadas, com efeito, está na origem da discussão encetada sobre a atribuição de direitos a animais, árvores e florestas – ou, talvez, a seres vivos?¹⁴³

Outras questões são ensejadas pelas tecnologias digitais e da informação e da comunicação. Em diversos ambientes *online* como o dos *blogs*, dos jogos e, principalmente, o “mun-

¹⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, p. 141-145.

¹⁴¹ Cf. OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 6, p. 835, nov./dez. 2002.

¹⁴² Para considerações quanto a direito das futuras gerações e sobre a humanidade e seu “patrimônio”, v. RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 175-177.

¹⁴³ Michael Freeman faz alerta para este ponto: “The most fundamental of rights is the right to possess rights. This is a right we deny animals: some are concerned about this. We deny it also to trees, rain forests, mountains: this is less controversial, but they have their supporters too” (FREEMAN, Michael. Why it remains importante to take children’s rights seriously. *International Journal of Children’s Rights*, Londres, n. 15, p. 8, 2007).

do virtual” em três dimensões de *Second Life*, o usuário cria um seu *avatar*, que, neste último caso, mais do que uma representação gráfica criada é uma “pessoa virtual” com identidade própria e que se relaciona com outros entes virtuais. Um caso ocorrido em solo norte-americano deu mostras de interação que pode haver entre o mundo físico e o virtual. Marc Bragg ajuizou em outubro de 2006 uma ação em face dos operadores de *Second Life*, Linden Research, Inc. e Philip Rosedale, com o objetivo de recobrar valores e outros “bens” obtidos com seu avatar e que foram, segundo o autor, indevidamente confiscados pelos réus no ambiente *online*. A despeito de não julgada, a demanda foi admitida pelo judiciário norte-americano, o que foi suficiente para instaurar o debate a respeito da possibilidade de se conferir direitos e deveres a avatares.

Há quem se valha do conceito de *pessoas abstratas*¹⁴⁴ para cogitar da subjetividade jurídica de entidades virtuais como esta recém descrita assim como os *software agents*, programas de computador inteligentes que efetuam tarefas (v. g., financeiras) autonomamente¹⁴⁵.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

¹⁴⁴ FIDIS. *New (id)entities and the Law: perspectives on legal personhood of non-humans*. [S.l.: s.n.,] 2008. Disponível em: <<http://www.fidis.net>>. Acesso em 15 nov. 2015.

¹⁴⁵ Em ensaio sobre o assunto, Suzanne Smed aponta: “These products, ‘the second generation of intelligent software agents’, will be able to learn from their experiences and adapt their behavior accordingly. Software programs with this ability to learn will, consequently, be capable of decision-making, resulting in software that may take actions that neither the licensor nor licensee anticipated” (SMEND, Suzanne. *Intelligent software agents and agency law*. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 14, n. 2, p. 503, 1998).

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 03-24, jan./mar. 2002.
- _____. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 29-40, jul./set. 2008.
- BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Rio, Livraria Francisco Alves, 1975.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- _____. *A era dos direitos*. 11. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHAPARRO, Enrique Ramos. *La persona y su capacidad civil*. Madri: Tecnos, 1995.
- CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. ed. rev. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-58.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Trad. de Blas Pérez Gonzáles

- e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. t. I.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008.
- FIDIS. *New (id)entities and the Law: perspectives on legal personhood of non-humans*. [S.l.: s.n.,] 2008. Disponível em: <<http://www.fidis.net>>. Acesso em 15 nov. 2015.
- FREEMAN, Michael. Why it remains importante to take children's rights seriously. *International Journal of Children's Rights*, Londres, n. 15, p. 5-23, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 57-85.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fron-

- teiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 41, jan. 1998.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. de Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. VII-XXXIII.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 87-113.
- MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della). In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1983. v. XXXIII.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p.

- 48, set. 2000.
- _____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.
- _____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. 9. reimp. Coimbra: Coimbra, 1994.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.
- OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 6, p. 835, nov./dez. 2002.
- ORRÙ, Giovanni. Pandettistica. In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. Turim: UTET, 1996. v. XIII.
- PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Nápoles: ESI, 1972.
- _____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. rev. ed integrada. Nápoles: ESI, 1991.
- _____. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33-68.

- PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos* (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47-76.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Nápoles: Jovene, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SMEND, Suzanne. Intelligent software agents and agency law. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 14, n. 2, p. 503-507, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.
- _____. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.
- _____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 48, p. 323-345, 2001.
- _____. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.

II, p. 340-342.

VON THUR, A. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Trad. de Tito Ravá. Barcelona: Marcial Pons, 1999. v. I.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Personalità (diritti della). In: *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. Turim: UTET, 1996. v. XIII.