

2

CORPO, PESSOA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1

As relações entre corpo e mente: o corpo humano e a pessoa

Ao se pensar em termos de pessoalidade emerge a problemática da aparente dicotomia e interação entre os elementos corporal e mental da pessoa humana. De fato, não se pode compreender totalmente o fenômeno pessoa ao se desconsiderar as dimensões espaciais e temporais em que esta se insere através da corporeidade, visto que do corpo nascem e se propagam as significações que fundamentam a existência tanto individual quanto coletiva, sendo o lugar e o tempo nos quais a existência toma forma através da fisionomia singular de um ator¹.

Neste aspecto, a experiência subjetiva da existência é percebida, de maneira um pouco óbvia, através de uma perspectiva corpórea, muito embora essa mesma experiência informe acerca de algo não situável no espaço e constante ou, ao menos em certa medida, estável no tempo: a mente ou, como preferem outros, a alma ou o espírito.

Esta percepção corpórea da existência é bem descrita por Descartes, como segue:

A natureza também me ensina através destes sentimentos de dor, fome, sede, etc., que não me encontro conectado a meu corpo como um piloto em seu navio, mas, por outro lado, que me encontro ligado a ele de forma muito próxima e, de fato, tão jungido e amalgamado com meu corpo que formo, como se assim fosse, um só todo com ele. Porque, se assim não fosse, quando meu corpo é ferido, eu não iria por causa disto sentir dor, eu que sou apenas uma coisa pensante, mas deveria perceber o ferimento pela só compreensão, justo como um piloto observa com seus olhos se ocorre algum dano com seu navio; e quando meu corpo precisa beber ou comer, eu saberia simplesmente sem ser avisado disto pelos confusos sentimentos de fome ou sede. Porque na verdade todos esses sentimentos de fome, sede, dor, etc., não são outra coisa senão certas maneiras confusas de pensar, que

¹Cf. LE BRETON, David. *A Sociologia do Corpo*. [Trad.] Sonia M.S. Fuhrmann. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 07.

emergem e dependem da união e, como se assim fosse, amálgama da mente e do corpo².

Tais observações de Descartes expressam como a relação com o próprio corpo é imediata e íntima. Toma-se conhecimento do que ocorre com o corpo, mas não da mesma maneira que se toma conhecimento do que ocorre distintamente do corpo, ou seja, não se está “*conectado ao corpo com um piloto em seu navio*”.

Descartes, entretanto, talvez seja mais conhecido por outro ponto de vista: o de que mentes e corpos são entidades separadas que interagem causalmente³, o chamado *dualismo*, uma doutrina que ele nunca conseguiu conciliar de forma satisfatória com a visão de percepção do corpo por ele apresentada acima citada⁴.

De fato, embora todos experimentem a relação íntima e subjetiva com seu corpo como acima descrita, poucos conseguem descrever de forma clara como o elemento corporal se integra e se compõe com a idéia de pessoa, seja compreendida esta em toda sua amplitude semântica, seja em sua redefinição dentro da ciência do direito.

Isto porque todo o discurso acerca do corpo e de suas relações com o sujeito encontra-se influenciado por um amplo espectro de compreensões, conflitantes entre si e, ao mesmo tempo, complementares. Conflitantes porque, como tradicionalmente retratadas e diante de uma abordagem analítica, são auto-excludentes. Complementares porque, quando da articulação de juízos práticos, costuma-se valer da mais adequada, instrumentalmente, à racionalização de intuições experimentadas diante de um problema isolado, de forma que comumente se reduz a pessoa ao corpo ou se destaca completamente esta daquele conforme uma pré-compreensão (ou mesmo um pré-conceito) acerca da situação concreta analisada.

Exemplar de tal racionalização instrumental é um dos argumentos levantados a favor da amplamente divulgada e comentada proibição concernente ao arremesso de anões como entretenimento em bares na *Commune* de Morsang-

²DESCARTES, René. *Meditations on First Philosophy*. In: Cottingham, J. Stoothof, R. e Murdoch, D. [Eds]. *The Philosophical Writings of René Descartes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 159.

³DESCARTES, René. *Discurso do Método*. [Trad.] João Gama. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 51-52.

⁴Cf. CRANE, Tim. *Elements of Mind*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 35.

Sur-Orge, Ville d' Aix-em-Provence, França, caso este apresentado em detalhado estudo de Gros e Froment.⁵ A prática, depois de decisões administrativas locais, terminou em juízo sendo proibida por decisão de última instância do Conselho de Estado (*Conseil d'état*).

Neste caso, o principal argumento a favor da proibição seria o fato de que o arremesso reduz o corpo do anão à condição de projétil (objeto) sendo, portanto, atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se, entretanto, que a venda de sua força de trabalho por um trabalhador de uma mina de carvão não suscita tal polêmica, sendo que, neste caso, o corpo do trabalhador é também reduzido à condição de objeto ou instrumento. De fato, só não seriam instrumentalizantes, nesta perspectiva, atividades laborais de caráter intelectual.

Sendo assim, a instrumentalização do corpo encontra-se presente em ambos os casos. Entretanto, no que se refere ao arremesso de anões, identifica-se corpo e pessoa, ou reduz-se esta àquele em nome da dignidade da pessoa humana, ao passo que, relativamente ao trabalhador de uma mina de carvão, dissocia-se pessoa e corpo e contorna-se a questão relativa à ofensa ou não à dignidade através do tratamento instrumentalizante. Observe-se que a questão da instrumentalização é levantada, portanto, a partir de uma compreensão não da exploração do corpo em si, ou das relações corpo-pessoa, mas acerca do juízo apriorístico de se impedir a publicidade de um corpo socialmente desvalorizado.

Neste momento, após a ilustração da problemática feita acima, se pretende investigar, dentro dos limites do conhecimento atual sobre a questão, como se relacionariam corpo e mente na dinâmica de um conceito normativo de pessoa. Para tanto, expõe-se, primeiramente, a evolução diacrônica das correntes de pensamento acerca desta temática para que se compreendam as bases da visão contemporânea das relações corpo-mente para, posteriormente, conjugá-la com um conceito de pessoa.

⁵GROS, Manuel et FROMENT, Jean-Charles. Notes de Jurisprudence (C.E., Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge; Ville d'Aix-em-provence). Paris, *Revue de Droit Public*, Mars-Avril 1996, p. 56-564. Tal polêmica também é objeto de análise por Antônio Junqueira de Azevedo, que se manifesta favoravelmente à proibição do arremesso sob o prisma do direito à igualdade como componente da idéia de dignidade humana. Veja-se em AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

A visão que se toma como marco histórico inicial acerca destas relações no ocidente, para os fins que aqui se pretende, disseminou-se a partir da perspectiva filosófico-teológica do pensamento medieval. Parte de tal período a análise aqui pretendida justamente por ser este o momento em que surgiram as concepções teóricas mais refinadas acerca do conceito de pessoa.

Neste aspecto, os filósofos cristãos dos primeiros séculos, influenciados por um pensamento neoplatonista, tiveram que lidar com duas verdades reveladas que se assemelhavam absurdas dentro do contexto da época: a encarnação e ressurreição dos corpos⁶. Como poderia o divino assumir um corpo, passar por um processo de crescimento e corrupção, morrer, ressuscitar e permanecer divino? Sendo ainda os corpos matéria, como poderiam se tornar incorruptíveis e eternos?

Até o século IV houve grande indefinição acerca dessas questões, quando estabeleceu Santo Agostinho um diferente rumo para sua abordagem, ao inverter os termos do problema. Evitando a formulação de conceitos absolutos de alma e corpo para tentar depois combiná-los, busca ele um conceito que resuma a mistura de alma e corpo, que seria a realidade da natureza humana e o signo de sua imperfeição, investigando, em seguida, como essa natureza mista poderia ser orientada para seu lado espiritual ou carnal⁷. Não haveria, portanto, almas prisioneiras de um corpo, mas uma mistura de alma e corpo, de espírito e matéria, sendo a aparente dicotomia fruto do pecado e conseqüente corrupção⁸.

O pensamento agostiniano alicerçou concepções posteriores da relação entre corpo e alma como a de São Tomás de Aquino, que nele se apóia, embora negando o aspecto da contingencialidade, da união accidental e conflitante⁹, enxergando tais relações a partir da idéia de *unidade substancial* e

⁶Cf. MAMMI, Lorenzo. O Espírito na Carne: o cristianismo e o corpo. In: NOVAES, Adauto [Org.]. *O Homem-Máquina: a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p.111.

⁷Cf. AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. 10 ed. t.I, [Trad.] Oscar Paes Leme, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, X, 24, 26 e 28; e ainda AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. 8 ed. t.II, [Trad.] Oscar Paes Leme, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, XX, 28.

⁸Cf. AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. [Trad.] J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 23 ed. 2008, X, 30; e ainda MAMMI. O Espírito..., op. cit., p.112.

⁹Cf. MORETTI, Mario. *Dualismo Greco e Antropologia Cristiana*. [s.l.]: L. U. Japadre Editore – L'Aquila, 1972, p. 126 e ss.

consequente sacralidade da pessoa observada integralmente, sendo o corpo assim, também sagrado¹⁰.

Conforme afirmam Jacques Le Goff e Nicolas Truong:

Ao mesmo tempo alimentada pelas concepções de Platão, segundo as quais a alma preexiste ao corpo – filosofia que irá alimentar o desprezo pelo corpo dos ascetas cristão, como Orígenes (c. 185-c.252) –, mas ao mesmo tempo penetrada pelas teses de Aristóteles, segundo o qual “a alma é a forma do corpo”, a Idade Média concebe que “cada homem se compõe, assim, de um corpo, material, criado e mortal, e de uma alma, imaterial, criada e imortal”. Corpo e alma são indissociáveis. “Ele é exterior (*foris*), ela é interior (*intus*), e se comunicam através de toda uma rede de influências e signos”, resume Jean-Claude Schmitt. Vetor dos vícios e do pecado original, o corpo também é o vetor da salvação: “O Verbo fez-se carne”, diz a Bíblia. Como um homem, Jesus sofreu¹¹.

Para o pensamento medieval, portanto, a pessoa é o corpo e a alma, indissociáveis, em sua perspectiva realista e hierárquica do universo, possuindo cada pessoa, por sua natureza individual de caráter racional, seu lugar e seu papel no mundo somente conforme a lei divina e encontrando-se absolutamente fora de sua esfera de disponibilidade privada os indissociáveis elementos corporal e espiritual, ou seja, a pessoa não dispunha de si. Não por outro motivo, não se poderia conceber algo semelhante à proteção dos direitos fundamentais, do indivíduo perante o estado, visto que, pertencendo corpo e alma aos desígnios de Deus, não se cogitaria em estabelecer limites à atuação do soberano sobre eles, eleito por Deus para governar.

As contestações a tal pensamento emergiram a partir do momento conhecido por Renascimento, um período marcado pela revalorização do homem e do pensamento clássico. Tais características renascentistas podem bem ser observadas através da escultura e pintura do período, que passam a mostrar o corpo a partir de novas visões que o homem estabelece sobre si e sobre a natureza que o cerca.

Note-se que as mudanças verificadas não se devem propriamente a um avanço do conhecimento prático e a novos dados empíricos obtidos pelas ciências, como a anatomia. Antes, são mudanças de ordem teórica que motivam as transformações artísticas e a prática científica e que levam, aos poucos, ao

¹⁰RASSAM, Joseph. *Tomás de Aquino*. [Trad.] Isabel Braga. Lisboa: Edições 70. 1969, *passim*.

¹¹LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. *Uma história do corpo na Idade Média*. [Trad.] Marcos Flamínio Peres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 36.

abandono de velhos hábitos medievais e ao surgimento de novas interpretações acerca do corpo humano.

A novidade renascentista, comum a Donatello, Alberti, Leonardo e Michelangelo, está em observar o corpo e não mais apenas dissertar sobre ele, como tinham por hábito os teólogos medievais¹².

A arte e a ciência renascentistas nos mostram tempo, espaço e natureza dessacralizados, sendo que essa novidade também mudará a perspectiva de visão do corpo. Na medicina, o médico holandês Andreas Vesalius implementará, na prática, tal perspectiva teórica, fazendo desviar-se o olhar do texto para o corpo dissecado, das idéias para a observação sensível¹³.

O corpo, como representação, é desligado do campo negativo da morte e a compreensão de seu funcionamento passa a ser assimilada, progressivamente, a processos mecânicos, físicos e químicos totalmente objetivos¹⁴. Vesalius trabalha sobre um corpo-artefato, destituído e separado da alma, como bem pode ser ilustrado por sua *Sétima gravura dos músculos* (fig. 01, página seguinte).

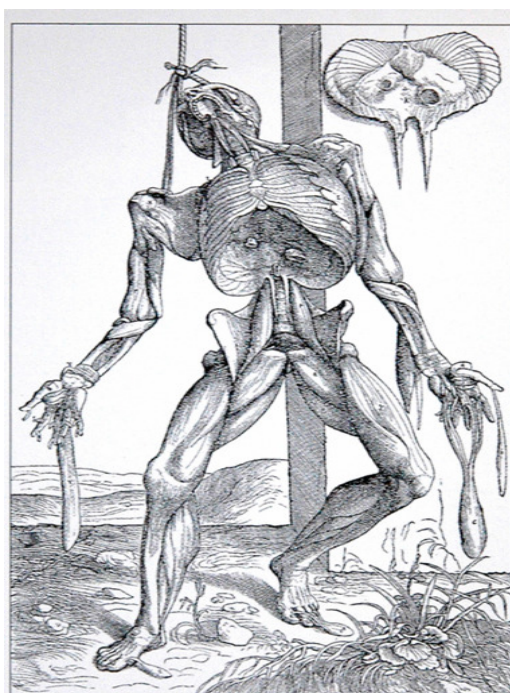


Figura 01. *Sétima gravura dos músculos*, Andreas Vesalius. *De humani corporis fabrica*, 1543, Veneza¹⁵.

¹²BRANDÃO, Carlos Antônio Leite. O Corpo do Renascimento. In: NOVAES, Adauto [Org.]. *O Homem-Máquina: a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 292.

¹³Cf. BRANDÃO. O Corpo..., op. cit., p. 292.

¹⁴Cf. BRANDÃO. O Corpo..., op. cit., p. 292.

¹⁵In: ECO, Humberto [Org.]. *História da Feiúra*. [Trad.] Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 252.

Conforme observa Carlos Antônio Leite Brandão:

O projeto de Vesálio é similar ao do cartesianismo. Na teoria dos autômatos de Descartes, corpo e universo, inteiramente distintos do *cogito* que constitui o sujeito, são reduzidos à *res extensa* e às propriedades geométricas e mecânicas passíveis de serem compreendidas e manipuladas pelo espírito. Ou seja, a subjetividade da alma não se introduz na extensão autômata do corpo e das coisas¹⁶.

Assim, ao subtrair-se do corpo a alma, este se constitui objeto da medicina moderna, surgindo também a noção do corpo-máquina. Segundo o mesmo autor:

As próteses químicas e a inteligência artificial desenvolvidas em nossos dias são a alma que fazemos florescer sobre este corpo desanimado que estendemos na maca da Modernidade e que Rembrandt pinta na *Lição de anatomia do dr. Tulp* (1632) [Fig. 02, página seguinte] e na *Aula de anatomia do dr. Joan Deyman* (1662)¹⁷.

Como será visto no próximo item (2.2), esta visão da relação corpo-mente embasou as correntes racionalistas da filosofia, incluindo Kant e, conseqüentemente, do Direito, encontrando-se na origem dos movimentos *jusracionalistas*, que desembocaram no positivismo jurídico, com seu conceito puramente formal-conceitual de pessoa desencarnada da base empírica sobre a qual se aplica. No Direito Civil, foi o impulso ao voluntarismo e abstração que subjaz às codificações modernas.



Figura 02. *A lição de anatomia do Professor Tulp*. Rembrandt.. 1632, Mauritshuis, Haia¹⁸.

¹⁶ BRANDÃO. O corpo..., cit., p. 293.

¹⁷ BRANDÃO. O corpo..., cit., p. 294.

¹⁸ In: ECO. *História da Feiúra...*, op. cit. p. 252.

Opondo-se a esta concepção racionalista, emergiu uma corrente puramente materialista e mecanicista ainda durante o iluminismo que pode melhor ser compreendida se são trazidas ao debate as idéias de La Mettrie.

A expressão “*homem-máquina*” deriva de um escrito de 1748 do Doutor em medicina Julien Offray de La Mettrie: *Homem-máquina*¹⁹, posteriormente considerado seu livro mais importante.

A tese de La Mettrie é uma radicalização das idéias cartesianas, para quem os animais são simplesmente máquinas, visto não possuírem alma. Levando este raciocínio a extremos inimagináveis pelo autor do Discurso do Método, La Mettrie defendia a hipótese de que os homens são, em todos os aspectos, próximos aos animais, não possuindo também alma. São meras máquinas, puramente matéria, sem qualquer substância de caráter espiritual ou transcendente, ao contrário do que pretendia Descartes²⁰.

Isto é o que confere contemporaneidade aos escritos de La Mettrie. Ele é claramente o ancestral do materialismo biológico que ocupa o centro dos debates em muitos temas relativos à ética prática e ao Direito. Sua radicalização de Descartes é uma das bases para a atual abordagem acerca da pessoa humana que reduz a pessoa ao corpo.

Por exemplo, La Mettrie certamente endossava a idéia de autonomia da espécie humana diante de qualquer tipo de conteúdo heterodeterminado, como a religião, mas reduzia a idéia de autonomia individual à noção de agir em acordo com sua própria natureza, ou seja, a um comportamento biologicamente determinado. Ele propalava a verdade da natureza em oposição à falsidade da cultura²¹.

Sendo assim, a partir da renascença, passando pelo Iluminismo e adentrando a modernidade, separou-se o corpo da alma, ou melhor dizendo, como

¹⁹LA METTRIE. *Man a Machine* [L’Homme Machine]. [Trad.] Richard A. Watson Maya Rybalka. Indianapolis: Hacket Publishing Company, 1994.

²⁰Cf. DESCARTES. *Discurso...*, op. cit., p. 49-61.

²¹Por exemplo, La Mettrie defendia que um assassino ou um homem desonesto não poderia ser considerado culpado, já que suas ações seriam determinadas por sua natureza, sua particular ou natural inclinação para comportamentos daquele tipo. É relevante notar que TANCREDI, Laurence - *Hardwired Behavior: What Neuroscience Revels about Morality*, New York, Cambridge University Press, 2005, traz justamente a discussão acerca da necessidade de se repensar os conceitos de responsabilidade civil e penal diante das novas descobertas da neurociência acerca da integração entre os elementos físico e mental de seres humanos.

fruto do processo de secularização da sociedade, da mente. Desde então, prevalece no ocidente ou o chamado dualismo cartesiano, sendo corpo e mente entidades distintas que interagem causalmente ou um monismo materialista, em que a matéria é tudo e determina a pessoa²².

Tais dualismo e materialismo certamente foram úteis, em determinado momento, para a pesquisa científica, afastando a autoridade dos religiosos sobre a ciência. Entretanto, no século XX, emerge como um obstáculo, já que leva a situar a consciência e outros fenômenos mentais fora do mundo físico ordinário e, por conseguinte, fora do domínio da ciência natural, ou até mesmo nega a existência de fenômenos mentais elementares, como a própria sensação de liberdade por cada um experimentada, no sentido de se poder escolher entre cursos de ação diferenciados.

Não se podendo aceitar as idéias de alma e mente como entidades metafísicas em uma perspectiva científica, ou mesmo admitir a inexistência de alternativas de comportamento, ou seja, de mínima liberdade, como então compreender as relações entre corpo/cérebro e mente?

A melhor forma de se compreender tal problemática, ainda que dentro de estritos limites no que se refere ao funcionamento do cérebro é, inicialmente, afastar os equívocos muito em voga acerca da matéria.

Nesse aspecto, talvez o mais divulgado e aceito equívoco seja aquele que estabelece a idéia de que cérebros são como computadores. De fato, cresce atualmente a tendência ao tratamento do corpo apenas como uma plataforma através do qual o “*self*” se apresenta (ou seja, um *hardware*, no qual se encontra armazenado um *software* específico).

Em um romance *cult* da cibercultura, intitulado *Neuromancer*²³, o protagonista Case, culpado de ocultar informações de seus superiores é punido com a expulsão da Matriz, no caso, o ciberespaço (um ambiente virtual onde sua existência seria extra-corpórea), o que representa a queda. Conforme salienta David Le Breton²⁴, ele é condenado ao corpo. Sua prisão é a carne. Somente ao se reconectar com a Matriz, reencontra a personagem existência como sujeito

²²Para uma visão geral acerca das diversas tendências contemporâneas acerca do problema mente-corpo, bem como suas subdivisões vide CRANE. *Elements...*, op. cit., p. 35-69.

²³GIBSON, William. *Neuromancer*. Nova York: Ace Books, 1984.

²⁴BRETON, David Le. Adeus ao Corpo. In: NOVAES, Adauto [Org.]. *O Homem-Máquina: a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 123.

integral. O corpo não seria mais uma fronteira identitária, mas vestígio deixado no espaço, reduzido à carne.

Outro exemplo, agora verídico, é noticiado pelo mesmo autor: o de uma comunidade denominada extropianos. Veja-se:

Uma comunidade virtual norte-americana – os *extropianos* (que estão fora da entropia) – quer prolongar ao infinito sua existência, graças ao aperfeiçoamento da técnica. [...] Eles se ocupam com a possibilidade de transferir seus espíritos para a net, a fim de se libertar definitivamente do corpo e de viver uma vida virtual e eterna. Para D. Ross, seu teórico, “basta” construir um programa de computador com cada neurônio e cada sinapse de um cérebro particular, para que se faça a transferência entre o espírito, com toda a sua memória, e o computador, deixando o corpo de lado²⁵.

Como resta claro, tal abordagem se deixa seduzir por uma suposta analogia entre o cérebro humano e o computador. Isto se daria porque, de forma resumida, pensar é processar informação e o processamento de informação é justamente um processo de manipulação de símbolos através de regras. Como os computadores fazem manipulação de símbolos através de regras, a melhor maneira de se compreender o pensamento ou a cognição seria estudar programas computacionais de manipulação de símbolos que existam em computadores ou cérebros²⁶.

Todavia, tal analogia não se sustenta. De fato, no sentido em que os seres humanos seguem regras, de modo algum os computadores as seguem, mas apenas atuam de acordo com certos procedimentos formais²⁷, desprovidos de intencionalidade intrínseca. A sistemas formais de processamento de informação, como aos computadores, só se pode atribuir intencionalidade no sentido de uma intencionalidade “*como-se*”²⁸, ou seja, extrínseca. Trata-se, na verdade, de adotar uma postura intencional diante do sistema. Entretanto, a distinção entre intencionalidade intrínseca e intencionalidade “*como-se*” não pode ser desprezada. Como afirma John Searle:

Se você rejeita a distinção [entre intencionalidade intrínseca e extrínseca], resulta que tudo no universo tem intencionalidade. Tudo no universo segue

²⁵BRETON. Adeus..., op. cit., p. 124.

²⁶Cf. SEARLE. John R. [Trad.] Arthur Morão. *Mente, Cérebro e Ciência*. Lisboa: Edições 70, [s.d], p. 54-55.

²⁷Cf. SEARLE. *Mente ...*, op. cit., p. 59.

²⁸Cf. SEARLE, John R. *A Redescoberta da mente*. [Trad.] Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 116-122.

leis da natureza e, por esta razão, tudo se comporta dentro de um determinado grau de regularidade, e por esta razão tudo se comporta *como-se* estivesse seguindo uma regra, tentando executar determinado projeto, atuando de conformidade com determinados desejos etc. Por exemplo, suponha que eu deixe cair uma pedra. A pedra *tenta* chegar ao centro da Terra, porque *quer* chegar ao centro da Terra, e fazendo assim *segue a regra* $S=1/2 \, gt^2$. Em resumo, o preço de rejeitar a distinção entre intencionalidade intrínseca e *como-se* é absurdo, porque torna mental tudo no universo²⁹.

O que tal passagem demonstra é que muitas das ações humanas (que são desencadeadas por processos mentais) se baseiam em representações mentais, e não apenas em processos sintáticos, ou seja, em procedimentos formais de obediência a regras. São dotadas, portanto, de conteúdo semântico. Isto leva a um raciocínio simples, de apenas três passos, que desconstrói a analogia entre cérebros e computadores:

1. Programas são totalmente sintáticos.
 2. As mentes têm uma capacidade semântica.
 3. A sintaxe não é a mesma coisa que a semântica, nem é, por si só, suficiente para garantir um conteúdo semântico.
- Conseqüentemente, programas não são mentes³⁰.

Esta postura de identificação entre mentes e programas decorre ainda de um equívoco metodológico acerca do fenômeno da consciência. Isto porque o que se pode definir como consciência é um conjunto de estados subjetivos, os *qualia*, aos quais não se pode ter acesso a partir da perspectiva do observador ou de terceira pessoa. Pode-se pressupor, a partir do comportamento, que outros entes que não o observador possuam consciência, mas não se pode experimentar a consciência de outrem. Do fato de não se poder experimentar estados subjetivos de outros, todavia, não se pode inferir que todo e qualquer sistema que se comporte *como se fosse* portador de consciência seja também portador de crenças, desejos e outros estados mentais.

Esta tese se baseia, portanto, no equívoco de desconsiderar que nem toda realidade é objetiva, mas parte dela é subjetiva³¹, não sendo acessível por outros os peculiares estados de consciência de alguém. Na verdade, é uma

²⁹Cf. SEARLE. *A Redescoberta...*, op. cit., p. 121-122

³⁰SEARLE, John R. *O Mistério da Consciência*. [Trad.] André Yuji Pinheiro Uema e Vladimir Safatle. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 38.

³¹Cf. SEARLE, John R. *A Redescoberta...*, op. cit., *passim*.

tentativa de se superar o dualismo a partir de uma perspectiva reducionista que incorre em um erro filosófico quanto ao que seja propriamente essa redução.

Quando se fala em redução em termos filosóficos, pode-se estar diante de uma das seguintes hipóteses: a) se demonstra que A é na verdade B, ou seja, $A=B$ (redução identitária); b) se demonstra que A é causado por B, de forma que os fenômenos de fundo são responsáveis pelos fenômenos de superfície (redução causal).

Na analogia computacional da mente, trata-se de buscar uma redução em termos de identidade entre mente e processos formais de processamento de informação, algo como o que ocorre, por exemplo, quando se analisa o pôr-do-sol. Ora, sabe-se que o sol não se põe, mas sim que existe uma ilusão de que ele se põe por parte de observadores estáticos em virtude do movimento de rotação da terra. Sendo assim, o pôr-do-sol é, na verdade, o movimento de rotação da terra. Daí decorre o materialismo de que a mente é o cérebro, se constituindo como sinapses e outros fenômenos físico-químicos.

Tal postura encontra-se em voga visto que se aceitar uma redução causal pode levar, aparentemente, a um dualismo de substâncias, sendo que os processos físico-químicos do cérebro seriam a causa de outra entidade: a mente. Todavia, isto somente ocorre caso se atenha a um modelo de causalidade que opera com eventos distintos, como, por exemplo, “o disparo da arma causou a morte da vítima”. O risco de tal dualismo é justamente situar em um plano metafísico o conhecimento dos processos e fenômenos mentais e, portanto, não científico.

Isto deriva, contudo, de outro equívoco. Muitos fenômenos físicos causais funcionam de acordo com o modelo logo acima descrito de causalidade, mas nem todos. Cite-se, como exemplo, a solidez de uma mesa. Sabemos que ela é causada pelo arranjo e nível de energia das moléculas que a compõem. Entretanto, a solidez não é o conjunto de moléculas (reducionismo identitário), nem mesmo algo distinto da mesa. A solidez é uma propriedade, que emerge a partir da estrutura físico-química da mesa.

Afastando-se estes equívocos, pode-se apresentar a seguinte definição de mente, que não se rende a um dualismo de substâncias (o cérebro, substância física, causa a mente, substância metafísica) ou a um reducionismo identitário (o cérebro é a mente), e que não se encontra dissociada da base física e bioquímica,

ou seja, da base sensível na qual se apóiam as idéias de individualidade, subjetividade e, portanto, pessoalidade:

1. Todos os estados, sucessos e processos mentais são estados, sucessos ou processos nos cérebros de vertebrados superiores;
2. Esses estados, sucessos e processos são emergentes com respeito àqueles dos componentes celulares do cérebro;
3. As relações denominadas psicofísicas (ou psicossomáticas) são relações entre subsistemas diferentes do cérebro, ou entre algum deles e outros componentes do organismo³².

A compreensão das relações entre corpo e mente, portanto, deve se dar a partir do prisma da unidade, sem que haja uma submissão aos desígnios teológicos medievais ou ao racionalismo desencarnado e materialismo radical que emergiram a partir do iluminismo e encontram-se ainda em cena, para que se investigue acerca de um conceito de pessoa.

2.2

Um conceito normativo de pessoa

O conceito de pessoa afigura-se como um dos mais importantes para o Direito. Todavia, normalmente pouca atenção é destinada, na literatura jurídica, à elucidação de como se enxerga uma individualidade específica como devendo pertencer ao conjunto daqueles a quem se atribui tal qualitativo. Isto porque, na doutrina tradicional, existe preocupação em se descrever as conseqüências normativas de se considerar determinado ente pessoa, entretanto, o motivo pelo qual se atribui o qualitativo de pessoa não recebe tratamento em termos deontológicos, mas meramente políticos. Exemplifica-se com a seguinte passagem de Carlos Alberto da Mota Pinto. Veja-se:

Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputação de poderes e deveres jurídicos, ser um centro de uma esfera jurídica. Neste sentido técnico-jurídico não há coincidência entre a noção de pessoa ou sujeito de direito e a noção de ser humano. **Os seres humanos não são necessariamente, do ponto de vista lógico, pessoas em sentido jurídico (...)**

O conceito técnico-jurídico de pessoa não coincide, portanto, necessariamente com o de homem ou de ser humano. Se o direito tem,

³²BUNGE, Mario. *El Problema Mente Cérebro: un enfoque psicobiológico*. [Trad.] Benito Garcia Noriega. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 42.

todavia, em vista a disciplina de interesses humanos, se todo o direito é constituído por causa e para serviço dos homens, é logicamente forçoso que, pelo menos alguns homens sejam dotados de personalidade jurídica (grifou-se)³³

Atualmente, entende-se que todo ser humano é pessoa, ou seja, deve ser dotado do atributo técnico da personalidade. Tal compreensão se desenvolveu justamente através da rejeição a um conceito meramente formal de pessoa, que admite a inclusão ou exclusão de seres humanos do universo personificado para o direito e, conseqüentemente, do universo de portadores de direitos e deveres, igualando-os, ainda, a entes meramente instrumentais, como as pessoas jurídicas.

Note-se que, quando se afirma que todo ser humano é pessoa para o direito, se está considerando que a personalidade, como atributo técnico, não pode se encontrar desvinculada da personalidade enquanto valor no caso de se tratar de pessoas humanas³⁴. Críticas poderiam ser feitas no sentido de se estar a recorrer um determinismo biológico quanto à deontologia da pessoalidade. Ou seja, todo ser humano *deveria* ser pessoa para o Direito em função se sua base biológica, por pertencer à espécie *homo sapiens*. Entretanto, sabe-se que nem todo ser humano é considerado como devendo ser pessoa para o Direito. Cite-se, como exemplos, o embrião não implantado ou mesmo um ente humano que apresenta diagnóstico de morte encefálica. Em ambos os casos a estrutura biológica é, inegavelmente, humana e encontra-se, inegavelmente, biologicamente viva, mas se lhes negam a personificação. Pertencer à espécie *homo sapiens*, portanto, não é uma condição bastante para a posse do *status* de pessoa. A ênfase conferida atualmente, desta forma, à humanidade e sua relação com a pessoalidade não traduz propriamente uma adesão a um pensamento jusnaturalista. Como elucida Maria Celina Bodin de Moraes, ao discorrer acerca dos fundamentos da dignidade da pessoa:

³³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 84-85.

³⁴ Sobre a diferenciação da personalidade enquanto atributo técnico e enquanto valor, veja-se TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27-28. Tal diferenciação é elucidativa acerca do problema do objeto dos chamados direitos de personalidade, entretanto, não pode ser compreendida como se não houvesse uma conexão interna entre a idéia de personalidade enquanto atributo técnico e enquanto valor, sendo que a presença daquilo que valoramos como personalidade deve ser acompanhada do reconhecimento do atributo técnico. Esta questão, como se verá, será melhor desenvolvida adiante.

Esclareça-se desde logo que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporarem os princípios às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, possuidor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos³⁵.

Ou seja, a ênfase conferida à humanidade no discurso acerca dos direitos de personalidade não se deve à crença em uma deontologia biológica, ou a um *especismo* (em analogia com o racismo), como critica Singer³⁶, mas na necessidade de afirmação de que, muito embora o conceito de pessoa seja construído a partir de outros elementos que não a base biológica, importante é atentar-se para o substrato material personificado³⁷. Isto porque, tendo em vista as bases do reconhecimento da pessoalidade, existe uma ampla área de sobreposição lógica entre ser humano e ser pessoa para o Direito, apesar de não de não ser esta absoluta, bem como existe determinado conteúdo ou substância no conceito de pessoa, somente por analogia aplicável este último aos entes ideais ou pessoas coletivas e apenas em seu aspecto formal, o que pode ser melhor compreendido se, ao invés de simplesmente se tentar descrever o conjunto de entes personificados, se buscar identificar as bases deontológicas de inclusão na categoria, ou seja, um conceito normativo de pessoa.

O foco da investigação no presente momento, conseqüentemente, não se volta para o mero conceito formal de pessoa, como um centro de imputação de direitos e deveres, mas à compreensão do que é ser uma pessoa, como um *self* dentro do contexto da identidade moderna, de forma conexa à exposição apresentada³⁸, já que à compreensão das relações entre corpo e mente descritas subjaz determinada concepção de pessoa.

³⁵BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53.

³⁶SINGER, Peter. *Ética Prática*. [Trad.] Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim*.

³⁷Não por outro motivo, ao referir-se ao substrato material da dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes o identifica com a existência de um sujeito moral (ético) que reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, dotado de vontade livre (autodeterminação) e parte do grupo social. Como se verá adiante, tal substrato material da dignidade corresponde aos elementos hodiernamente reconhecidos como necessários à atribuição do *status* de pessoa. Veja-se BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. [Org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 118-119. Se poderia já afirmar que, conforme se demonstrará adiante, a dignidade, portanto, é da pessoa e decorrente das qualidades condicionantes da personificação.

³⁸Não se ignora que o conceito de pessoa, dotado de rica semântica, possui manifestações na antiguidade grega, em áreas como a Gramática, a Retórica, etc., e romana, ou mesmo a existência

Neste aspecto, a *descrição* do conceito de pessoa até os dias atuais não apresenta grandes variações. As grandes transformações ocorridas se verificam dentro dos horizontes morais a partir dos quais tal descrição é compreendida com relação aos três eixos daquilo que se poderia denominar pensamento moral, quais sejam: i) o sentido de respeito pelos outros e de obrigação perante eles; ii) o modo de compreender o que constitui uma vida plena e iii) a dignidade, no sentido de se pensar em si como merecedor de respeito e até mesmo admiração das pessoas que os cercam³⁹, o que é definido por Charles Taylor como “respeito atitudinal”⁴⁰. Portanto, passa-se a se analisar a evolução do conceito filosófico de pessoa, o que elucidará as bases sobre as quais se identifica um conceito normativo específico de pessoa para os dias atuais.

Durante a Idade Média prevaleceu a clássica definição de pessoa articulada por Boécio de pessoa como “Substância individual de natureza racional”⁴¹, também aceita por Santo Tomás de Aquino⁴². Esta definição incorporava a idéia de liberdade inerente à pessoa como decorrência de seu subsistir por si próprio em uma natureza racional e concretizada no livre arbítrio, bem como a origem da noção de alteridade, enquanto o que está absolutamente em jogo é também a subsistência da relação (relação subsistente) entre o que se é (natureza) e seu modo ser. Ou seja, o conceito de pessoa revela-se eminentemente relacional, por ser derivado de uma bipolaridade intrínseca.

Esta visão de pessoa insere-se dentro de um universo hierárquico, repleto de muitos tipos diferentes de seres criados para funcionarem harmoniosamente juntos de acordo com a lei eterna divina. Sendo assim, a idéia de liberdade como livre arbítrio, que permite à pessoa atribuir a si seus próprios atos e ser responsável por eles não incluía a noção de auto-governo, mas puramente de escolha entre o bem e o mal. Não se poderia, portanto, falar ainda em autonomia, visto que os deveres perante outros e a definição de vida plena, ou

de manifestações análogas anteriores ao pensamento ocidental (como o *ahamkara*, na Índia e a noção de *ming* na China antiga). Todavia, o conceito de pessoa, com o caráter que se manifesta atualmente, é nitidamente ocidental. Para uma análise da arqueologia do conceito de pessoa vide STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. 2008, Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

³⁹Cf. TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. [Trad.] Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997, p. 28-29.

⁴⁰TAYLOR. *As Fontes...*, op. cit., p. 29.

⁴¹BOÉCIO. *Escritos (Opuscula Sacra)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

⁴²TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. 2. ed. v.1. São Paulo: Loyola, 2003, *passim*.

vida boa, eram heterodeterminados. Já a idéia de “respeito atitudinal” ou dignidade decorria, por sua vez, da relação subsistente entre ser criado, como pessoa, e criador, de forma análoga às relações existentes entre as pessoas no mistério da Trindade⁴³.

A ruptura com tal visão admitiu um período de transição, no qual o giro antropocêntrico promovido a partir do Renascimento conviveu com uma mentalidade teísta, entre os séculos XV e XVII, visto que impensável, até então, a concepção de vida digna sem remissão a Deus.

Ilustrativo de tal período é o pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola, *Conte di Concordia e della Mirandola*. Seu Discurso sobre a Dignidade do Homem (*Oratio de Hominis Dignitate*), talvez seja o mais famoso e conhecido texto do primeiro momento do Renascimento⁴⁴.

Extremamente relevante é aqui observar que Della Mirandola apresenta, na *Oratio*, uma interessante formulação do tema da natureza e da dignidade humana, claramente se afastando do pensamento medieval. O homem é concebido com um ser que livremente pode determinar e escolher seu próprio destino, sendo sua marca distinta o fato de não ser dotado de propriedades fixas, podendo ao mesmo tempo partilhar todas as propriedades dos outros seres⁴⁵. Sendo assim, não possui natureza determinada. Ao contrário dos animais, que só podem ser animais, ou dos anjos, que somente podem ser anjos, o homem, pela liberdade, tem o poder de se constituir segundo o que quiser, sendo o problema de sua natureza colocado *a posteriori*, e não *a priori*, como no pensamento medieval. Veja-se:

Ó suma liberalidade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao (sic.) qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer. As bestas, no momento em que nascem, trazem consigo do ventre materno, como diz Lucílio, tudo aquilo que depois terão. Os espíritos superiores ou desde o princípio, ou pouco depois, formam o que serão eternamente. Ao

⁴³Neste aspecto, a noção de pessoa fundada numa perspectiva eminentemente relacional entre a natureza e seu modo de ser é utilizada também por Tomás na Suma Teológica para explicar a relação existente entre as pessoas do mistério da trindade, assim: Deus, enquanto Pai existe para o Filho, enquanto é aquele princípio não principiado que dá o ser ao Filho e este, por sua vez, enquanto é princípio principiado, que recebe o ser do Pai, e assim por diante em relação ao Espírito Santo.

⁴⁴CF. SIRGADO GANHÓ, Maria de Lurdes. Acerca do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola. In: MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. [*Oratio de Hominis Dignitate*]. Ed. Bilíngüe, [trad.] Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 07.

⁴⁵Cf. LOIA, Luis. Estudo pedagógico introdutório. In: DELLA MIRANDOLA, Giovanni Pico. *Discurso sobre a dignidade do homem*. [*Oratio de Hominis Dignitate*]. Ed. Bilíngüe, [trad.] Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 44.

homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie de germes de toda a ida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão os seus frutos. Se vegetais, tornar-se-á planta. Se sensíveis, será besta. Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus, e se, não contente com a sorte de nenhuma criatura, se recolher no centro de sua unidade, tornado espírito uno com Deus, na solitária caligem do Pai, aquele que foi posto sobre todas as coisas estará sobre todas as coisas⁴⁶.

Encontra-se, portanto, no pensamento de Della Mirandola, uma rejeição das rígidas hierarquias medievais, bem como a valorização da racionalidade, do intelecto, em detrimento de uma natureza predeterminada. É o alvorecer da subjetividade e do racionalismo, desenvolvidos, posteriormente, no pensamento de Descartes.

Deve-se observar que a moderna noção de pessoa é inegavelmente tributária do pensamento de Descartes, seja pelas concepções derivadas do ultramaterialismo radical de alguns iluministas, como visto no item anterior, que em certa medida ainda encontram eco, seja através das concepções racionalistas que, de fato, prevaleceram no pensamento ocidental a partir daquele que é, sem duvida, o grande marco do pensamento moderno: Kant.

Kant, como o grande pensador da autonomia, defendeu-a como princípio moral para todos, sob o prisma da igualdade. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, buscando os alicerces da moral, da ética e do Direito, toma ele como ponto de partida o conceito de boa vontade, desenvolvendo em seguida as concepções de imperativo hipotético e imperativo categórico⁴⁷.

Enquanto o imperativo hipotético é imposto à vontade, tendo por teleologia sua utilidade, sendo, portanto, contingente e subjetivo, o imperativo categórico busca a vontade boa em si mesma, independentemente de qualquer motivação empírica. É o “dever que contém em si a boa vontade”⁴⁸, universal e válido para todo ser racional, assim descrito:

⁴⁶DELLA MIRANDOLA, Giovanni Pico. *Discurso sobre a dignidade do homem*. [Oratio de *Hominis Dignitate*]. Ed. Bilíngüe, [trad.] Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 57 e 59.

⁴⁷KANT, Immanuel. Fundamental principles of the metaphysic of morals. In: HUTCHINS, Robert Maynard [ed.]. *Great Books of the western world*. v. 42, Kant, London: William Benton, 1952, p. 253-290, *passim*.

⁴⁸KANT. *Fundamental...*, op. cit., p. 265.

O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possa ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal⁴⁹.

Para tanto, Kant pressupõe que se parta de uma vontade livre e que se considere todo ser racional como capaz de agir em conformidade com tal imperativo categórico. Introduz, a partir daí, sua concepção de pessoa. Veja-se:

Admitindo porém que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha valor absoluto e que, como fim em si mesmo possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um imperativo categórico, quer dizer, uma lei prática.

Ora, digo eu – O Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para uso arbitrário dessa ou daquela vontade⁵⁰.

Deixa claro ainda, logo em seguida, que tais seres racionais são, precisamente, pessoas:

Seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue como fins em si mesmos⁵¹

Pode-se afirmar, desta maneira, que a partir de Kant surge o que se poderia chamar de uma “*concepção liberal de pessoa*”⁵², baseada na crença de que toda pessoa é, em potencial, um legislador universal, devendo todos exercer a autonomia na criação de normas ou eleição de modos de vida, tendo como base que todas as outras pessoas são também livres para fazê-lo, fundando-se sua dignidade (ou a idéia de respeito atitudinal) justamente em sua autonomia como seres que possuem fins em si e, fundamentalmente, em sua existência racional, salientando-se que o exercício da razão reta pressupunha, para Kant, um desprendimento de toda e qualquer influência externa ou sensível, ou seja, de qualquer base empírica.

Todavia, parece óbvio que os mais prováveis candidatos a serem pessoas – os seres humanos – não correspondem propriamente a este quadro desencarnado ou fantasmagórico. Além da racionalidade, da capacidade eleger fins, dos desejos, estão eles constituídos também por outros processos menos etéreos que afetam sua identidade, como o de estarem encarnados em corpos,

⁴⁹KANT. *Fundamental...*, op. cit. p. 268.

⁵⁰KANT. *Fundamental...*, op. cit. p. 271.

⁵¹KANT. *Fundamental...*, op. cit. p. 272.

⁵²NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel Derecho, 1989, p. 171.

possuírem uma vida mental específica que inclui lembranças e emoções, relações e a pertença a determinada comunidade da qual se absorve não apenas a linguagem como todo um sistema conceitual, costumes, crenças e valores⁵³.

Não por outro motivo, a partir da segunda metade do séc. XX , sucessivas críticas foram feitas a um conceito de pessoa puramente racionalista. Como bem expresso por Villela:

O homem no jusnaturalismo racionalista detinha a potestade de prerrogativas inalienáveis, era abstrato e impalpável. Pode dizer-se que existia na razão de seus criadores, mas não era achado jamais andando pelas ruas, bebendo nas tavernas, trabalhando ou padecendo fome, miséria e doenças. Nem mesmo festejando e se comprazendo nas cortes, porque sua existência jamais logrou deixar o empíreo da idealidade.⁵⁴

Observe-se que a crítica a um conceito puramente racionalista de pessoa não pode, entretanto, prescindir do reconhecimento de que o conceito de pessoa é construído intersubjetivamente, e não determinado a partir da natureza, dentro do que se poderia chamar de identidade moral contemporânea.

Esta identidade moral contemporânea não se apresenta como um quadro bem definido, mas composta de uma série de ontologias morais, o que se poderia chamar de configurações ou o “pano de fundo”⁵⁵ a partir do qual articulam-se nossas mais profundas intuições morais como a de que todas as pessoas humanas são dignas de respeito. Ou seja, o fundamento que pressupomos e ao qual recorremos em reivindicações de correção, não se apresenta de maneira uniforme.

A forma que assume esta configuração ontológica ou pano de fundo assemelha-se inseparável, por exemplo, de uma descrição do que merece nosso respeito, de sorte que mesmo concordando com o enunciado normativo de que todos os entes humanos merecem respeito, se poderia fundamentar tal assertiva com base em ontologias morais bem distintas, como a de que todos os seres humanos são criaturas de Deus feitos à sua imagem, que são almas imortais ou que são todos agentes racionais, possuindo assim uma dignidade que transcende a qualquer outro ser⁵⁶.

⁵³Cf. NINO. *Ética...*, op. cit., p. 173.

⁵⁴VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. In: *Revista Forense*, v. 261, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 28-29.

⁵⁵Cf. TAYLOR. *As Fontes...*, op. cit., *passim*.

⁵⁶Cf. TAYLOR. *As Fontes...*, op. cit., p. 17-18.

Essa articulação pode ser bastante difícil e controversa, não apenas pelo fato óbvio de os contemporâneos absolutamente não concordarem entre si em matéria de ontologia moral, mas também porque a ontologia moral que se encontre na base das concepções de alguém pode em grande medida permanecer implícita, somente vindo à tona em debates muito específicos, como o relativo à experimentação com embriões.

São exatamente as dificuldades apresentadas em torno da articulação entre uma ontologia moral e as decisões que se toma que abriu espaço para que, contemporaneamente, a moralidade seja vista e analisada prevalentemente a partir de um prisma procedimental, que confere maior ênfase às obrigações ou deveres para com outros que às questões de uma vida plena ou do respeito atitudinal, a serem determinadas de forma autônoma por cada agente. Nesse aspecto, as teorias procedimentalistas revelam-se particularmente preocupadas com o caráter universal de determinadas intuições morais, no que são obviamente derivadas do racionalismo kantiano, como uma última esperança face ao ceticismo ou relativismo morais.

Sendo assim, não podendo haver comprometimento com determinada ontologia moral específica, e buscando-se uma alternativa ao ceticismo moral absoluto, procura-se expor um conceito normativo de pessoa que necessariamente não se comprometa com uma ontologia do bem específica, ou com uma ontologia acerca do que nos confere dignidade no sentido de respeito atitudinal (o que se poderia também chamar de dignidade intrínseca), embora comprometido com as bases de uma moralidade procedimental ou de um procedimento discursivo para a criação de normas que regulem condutas, ou mesmo direitos e deveres, perante outros em aceitação de uma série de pressupostos pragmáticos do discurso.

Um conceito normativo de pessoa, portanto, pode ser inferido a partir das breves considerações acima feitas sobre as relações corpo-mente e sobre a evolução histórico-filosófica da idéia de pessoa, e espelharia a seguinte afirmação: deve ser considerado pessoa todo ente que apresente racionalidade autônoma, recorte psicofísico individual e que se encontre em relação com outros. Explica-se.

Como um sujeito racional, eminentemente livre, a idéia de autonomia encontra-se no centro do conceito contemporâneo de pessoa. As pessoas, portanto, encontram-se constituídas por sua capacidade de eleger fins, adotar interesses,

formular desejos, o que implica a faculdade de revisar e finalmente abandonar estes fins, interesses e desejos. Esta capacidade e a pessoa constituída por ela são prévias a qualquer outro fim, interesse ou desejo. Desta maneira, quando nos referimos a um interesse ou a um desejo pressupomos um sujeito destes e que a identidade desse sujeito, a pessoa, não muda juntamente com seus fins, interesses ou desejos. Ainda, essa separação da pessoa de qualquer fim, interesse ou desejo permite também isolar a pessoa do fluxo causal no qual os últimos, como qualquer fenômeno empírico, estão imersos. A capacidade para eleger fins não é, assim, afetada por este fluxo causal e o fim eleito pode ser normativamente atribuído à pessoa.

Como conceito eminentemente relacional, partindo da abertura para Deus e o outro na Idade média, da alteridade à descoberta da subjetividade e individualidade na modernidade, chega-se à compreensão contemporânea de pessoa como um conceito essencialmente intersubjetivo, somente se constituindo e se afirmando perante o outro e dependente do outro, o que influencia sobremaneira, como se verá posteriormente, a forma de raciocínio prático contemporâneo, abandonando-se o paradigma monológico kantiano e levando à descoberta de perspectivas dialógicas entre agentes racionais especificamente no tocante ao estabelecimento de direitos e deveres perante outros e, de forma reflexa, no modo através do qual mesmo as decisões mais íntimas e pessoais são tomadas.

Ser pessoa compreende ainda a idéia de individualidade, qual seja, a afirmação de si como um agente racional capaz de estruturar planos, eleger fins, possuir desejos, crenças, adotar interesses e compreender que esses são distintos dos planos, fins, desejos, crenças ou interesses de outros, ou ainda que sejam o melhor para si, ainda que não o melhor para outros. Isto significa que o conceito de pessoa pressupõe uma fronteira identitária entre si e outros, uma extensão espacial e temporal representada de forma privilegiada pelo corpo. Não existe pessoa destacada de sua corporeidade, mormente quando se percebe, como visto no item 2.1, que a mente, e conseqüentemente, a racionalidade, encontra-se entrelaçada à corporeidade e constitui-se, na verdade, como uma propriedade emergente dos fenômenos físico-químicos que ocorrem no cérebro e no corpo (como os mecanismos hormonais que estabelecem uma incessante troca de informações entre cérebro e corpo).

Obviamente, as características de *racionalidade autônoma*, de *encontrar-se em relação* e de *individualidade* acima descritas, dependem, ainda, de certa *estabilidade* ao longo do tempo, caso se pretenda avançar além de um mero conceito formal e apreender, ao menos em certa medida, a substância do ente qualificado como pessoa. Esta estabilidade ao longo do tempo constitui, propriamente, a identidade pessoal, comumente definida em termos continuidade de estados psicológicos e autoconsciência reflexiva⁵⁷.

Esta *identidade pessoal*, que se encontra constituída basicamente pela associação entre a mente e um repertório de condutas (interiores ou exteriores) não se revela estática. Isto porque, como visto, sem interação social, sem construções éticas, não se pode falar de pessoa e, justamente em decorrência da interação social e da autoconsciência reflexiva de um agente, a identidade que este apresenta, ao longo do tempo, é essencialmente mutável, sem o que não se poderia falar em liberdade ou autodeterminação.

Relevante, portanto, é aqui frisar que indivíduos que sofrem experiências traumáticas podem desenvolver identidades (ou personalidades) completamente novas, ou mesmo um indivíduo determinado pode apresentar personalidades distintas em meios diferentes. Tais modificações na personalidade, ou na identidade pessoal ocorrem, justamente, pela enorme plasticidade do aparato cerebral humano, e desta plasticidade são dependentes.

Uma mudança na personalidade, assim, é necessariamente acompanhada de novas sinapses nervosas, de novas relações entre diversos grupos de neurônios e áreas cerebrais. Mesmo a memória, como processo de reconstrução de estímulos anteriormente experimentados depende de mudanças de caráter fisiológico. Da mesma maneira, mudanças ocorridas na base orgânica podem levar, por sua vez, a transformações na personalidade. As modificações de personalidade e as modificações na base orgânica, qual seja, o corpo, constituem-se, portanto, como uma via de mão-dupla, não se podendo pensar a pessoa em termos de imutabilidade⁵⁸.

⁵⁷ Neste sentido e para uma interessante discussão sobre quanto aos efeitos normativos da projeção temporal da identidade pessoal veja-se WRIGLEY, Anthony. Personal Identity, Autonomy and Advance Statements. In: *Journal of Applied Philosophy*. v. 24, n. 4, 2007. Oxford: Blackwell, 2007, p.381-396.

⁵⁸ Cf. DAMÁSIO, Antônio R.. *O Erro de Descartes; emoção, razão e o cérebro humano*. [trad.] Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, *passim*.

Assim, ser pessoa não é ser uma entidade pronta e acabada, mas um incessante devir, um projeto permanentemente em execução e alteração. Somente através deste incessante movimento se manifesta sua singularidade, onde de maneira autocrítica o indivíduo se apropria de seu passado histórico efetivamente encontrado e concretamente rememorado e projeta suas possibilidades futuras constituindo-se como uma pessoa: insubstituível e inconfundível.

2.3

Pessoa e direitos de personalidade na temática das modificações corporais

A partir da concepção de pessoa acima exposta emerge também uma visão específica acerca dos direitos de personalidade. Sendo a pessoa um conceito descrito a partir da idéia de autonomia, intersubjetividade e individualidade, sendo a identidade pessoal algo essencialmente dinâmico, dificilmente se poderia compatibilizar tal descrição com uma percepção estática acerca dos direitos de personalidade.

O que se chama aqui de “percepção estática dos direitos de personalidade” é na verdade um conjunto de construções, as mais variadas, que articulam uma proteção à pessoa, ou à personalidade, a partir de paradigmas teórico-dogmáticos típicos de relações patrimoniais como o direito de propriedade. Se define tais posições como estáticas não apenas pela insuficiência de um aprisionamento em *fattispecies* fechadas, que traduzem a falsa idéia de que se poderia acomodar uma realidade multifacetada e complexa como a pessoa em um conjunto de enunciados independentes e não comunicáveis entre si⁵⁹, mas notadamente porque pressupõem uma determinação prévia do que é objeto de tutela, bem como dos limites desta tutela e seus mecanismos.

A tal colocação (de recusa a uma visão meramente estática dos direitos de personalidade) subjaz, claramente, a aceitação de uma cláusula geral de

⁵⁹Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os Direitos de Personalidade. In: VIEIRA, José Ribas [Org.]. *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse constitucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 373.

tutela da pessoa ou de um direito geral de personalidade, posição que pode ser descrita mesmo como dominante na doutrina⁶⁰.

Do conceito de pessoa apresentado se pode inferir que a tutela da personalidade corresponde, propriamente, à tutela da identidade pessoal, estruturada sobre os elementos constitutivos do conceito de pessoa, ou seja, a proteção dos traços estáveis (porém não imutáveis ao longo da existência de uma pessoa), dos juízos e das situações a partir dos quais a pessoa se projeta perante si e perante os outros e se auto-interpreta como ser digno e merecedor de respeito.

Talvez um dos poucos objetos de consenso contemporâneos seja a idéia de que inexiste consenso acerca de uma ontologia do bem. Não obstante, não se pode negar o fato de que os juízos pessoais acerca das obrigações perante outros, do que se apresenta como uma vida plena ou do que conduz ao respeito ou até admiração pelos outros, ou seja, à dignidade, inevitavelmente se desenvolvem dentro de certos horizontes ou configurações valorativas que traduzem, propriamente, ontologias morais pessoais.

Toda pessoa possui, portanto, um conjunto de valores a partir dos quais se orienta e que são também constitutivos de sua pessoalidade, e que permitem que se lhe atribua uma identidade pessoal específica a partir da qual se afirma sua personalidade que podem, da mesma maneira que o faz Charles Taylor, ser chamados de *hiperbens*⁶¹, e que são produto de uma avaliação forte⁶². Envolvem, portanto, discriminações acerca do certo ou errado, pior ou melhor que são validadas por desejos ou escolhas, mas que existem independentemente destes, oferecendo padrões pelos quais podem ser julgados.

⁶⁰Neste sentido, veja-se CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; LEITE DE CAMPOS, Diogo. Lições de Direitos de Personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXVII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991, p. 129-223; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito Civil Português*. v. 1, t. III, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007; TEPEDINO, Gustavo. Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-54; Contra, veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 2 ed. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

⁶¹TAYLOR. *As fontes...*, op. cit., *passim*.

⁶²Uma “avaliação forte”, em contraposição com o que se poderia chamar de “avaliação fraca”, seria aquela em que os desejos considerados e avaliados são distinguidos em conformidade com seu valor, e não meramente em função de questões contingentes ou mera preferência (cite-se, como exemplo de “avaliações fracas”, a escolha entre almoçar no restaurante x ou y). Avaliações fortes, portanto, são escolhas de fundo, relacionadas à maneira como avaliamos e valoramos certos bens como parte de uma forma de vida, em função do tipo de pessoa a que se aspira ser. Veja-se, acerca do conceito de “avaliação forte” TAYLOR, Charles. *Human Agency and Language: philosophical papers I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 16-27.

Esse conjunto de hiperbens é o que oferece orientações a partir das quais a pessoa se afirma perante outros e perante si mesma. Essa afirmação perante outros e perante si envolve uma série de ações carregadas de significado pelos hiperbens cultivados. Sendo assim, tais valores ou hiperbens não são apenas projeções da personalidade, mas elementos constitutivos desta, de modo que determinadas ações são necessárias à afirmação desta personalidade bem como outras ações devam ser evitadas para que não ocorra a negação da mesma e, por conseguinte, a negação, ainda que pontual ou dirigida, do *status* de pessoa. Isto é o que justifica a amplitude da proteção conferida atualmente à personalidade.

Diante disto, o corpo, além de traço estável de individualização do sujeito, constitui-se também como o terreno onde todo um conjunto de ações conexas às avaliações fortes ou hiperbens de determinada pessoa encontra seu lugar. O auto-flagelo ou o ascetismo religioso, por exemplo, são comportamentos que traduzem um comprometimento da pessoa com algo que ela considera essencial para que se entenda ela como dotada de uma vida plena de sentido e até mesmo merecedora de respeito (na acepção de compreender-se digna), o mesmo podendo ocorrer com cirurgias estéticas, a realização de tatuagens e *piercings*, etc.

Conforme afirma Taylor:

A vergonha ou humilhação são subjetivo-referentes [*subject-refering*], porque, para mim, algo somente é humilhante pelo fato de como me entendo [...], pelo modo como me vejo e aspiro aparecer na esfera pública. Algo só ofende minha dignidade porque incomoda ou desafia o modo como me apresento, me projeto ou me expresso na esfera pública⁶³

O fundamento da idéia de dignidade, portanto, são os elementos próprios que determinam a pessoalidade. A dignidade a ser protegida, dessa maneira, é a dignidade da pessoa, e não uma dignidade da espécie *homo sapiens*, muito embora praticamente todos aqueles integrantes da espécie *homo sapiens* (excetuando-se situações extremas como as citadas anteriormente) apresentem as características de racionalidade autônoma, estar em relação e individualidade.

Sendo assim, todas as pessoas são dotadas de dignidade intrínseca, com conteúdo determinado de forma autônoma. Ainda, a maioria dos membros da espécie humana, por se enquadrar no conceito de pessoa, possui também

⁶³TAYLOR. *Human agency*..., op. cit., p. 57.

dignidade intrínseca⁶⁴, mas não somente eles. Utilizando-se de um argumento modal, por exemplo, poderia-se afirmar que outras bases psicofísicas que não as estruturas baseadas em carbono que compõem os humanos, como formas de vida alienígenas, *devem* (visto tratar-se de um conceito normativo) ser consideradas pessoas desde que apresentem os requisitos de racionalidade autônoma, individualidade e se encontrem em relação com outros entes considerados pessoa⁶⁵.

Identificando-se aqui a proteção da personalidade com a proteção à identidade pessoal e seu livre desenvolvimento, convém observar que nem todas as tradicionais características atribuídas aos direitos de personalidade – v.g. a extrapatrimonialidade – como traços distintivos de uma categoria específica de direitos subjetivos⁶⁶, são propriamente aplicáveis em sua integralidade, notadamente as chamadas características de indisponibilidade e irrenunciabilidade, decorrentes da idéia de inalienabilidade⁶⁷.

Neste aspecto, bem observa Maria Celina Bodin de Moraes ao afirmar com relação ao Código Civil Brasileiro:

⁶⁴Deve-se observar, aqui, uma distinção entre dignidade intrínseca e extrínseca. A dignidade intrínseca decorre do juízo que o ente faz de si e deve ser protegida através dos direitos de personalidade, como direitos subjetivos. Já a dignidade extrínseca decorre da postura de respeito que adotamos diante de determinados entes, o que implica proteção, todavia, não através de direitos subjetivos. Nesse aspecto, todo e qualquer membro da espécie humana, por questões de identidade, é dotado de dignidade extrínseca. Entretanto, somente aqueles que possuem as características que levam à emersão da pessoalidade são dotados de dignidade intrínseca.

⁶⁵O mesmo se poderia argumentar em favor de algumas espécies animais que não a *homo sapiens*, como os chimpanzés, que apresentariam patamares de racionalidade autônoma e crítica superiores, por exemplo, a crianças humanas de até três anos de idade, e mesmo uma identidade pessoal, além de individualidade e encontrarem-se, em diversas situações, em relação. Neste sentido, veja-se SINGER, Peter. *Ética...*, op. cit., *passim*. Especificamente sobre o tema, dentro da Ciência do Direito, veja-se EBERLE, Simone. *Deixando a Sombra dos Homens: uma nova luz sobre o estatuto jurídico dos animais*. 2006. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, e ainda, VILLELA, João Baptista. *Bichos: uma outra revolução é possível?* In: *Revista Del Rey Jurídica*, v. 16, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12-13.

⁶⁶Sobre as características de generalidade, extrapatrimonialidade, imprescritibilidade, intransmissibilidade, inalienabilidade, distintivas dos direitos de personalidade enquanto categoria de direitos subjetivos veja-se, por todos TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela...*, op. cit.

⁶⁷Observe-se que a questão da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos direitos de personalidade são posturas comumente encontradas na dogmática civilista. Neste sentido, veja-se PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direitos de Personalidade*. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n 1 [Nova fase], 1995, p.262, bem como a clássica colocação de Adriano De Cupis, que afirma que “os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade de seu titular – é o que costuma exprimir-se, geralmente dizendo que os direitos da personalidade são irrenunciáveis [...]. Por isso, fazer da renunciabilidade um requisito do direito subjetivo significa atribuir à vontade um relevância absolutamente exagerada e errônea”. Veja-se em DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 58.

[...] no que se refere às relações extrapatrimoniais, o Código Civil, à luz de interpretação constitucionalizada, possivelmente regrediu. Com efeito, debate-se atualmente se, em virtude do mesmo princípio fundamental da proteção da dignidade humana, não derivaria, logicamente, uma expansão da autonomia privada no que se refere às escolhas da vida privada de cada pessoa humana? Ou seja, a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre seus bens mais importantes⁶⁸?

No que se refere à temática do corpo, dentro dos direitos de personalidade, o Código Civil apresenta, de início, dois dispositivos que chamam a atenção: os artigos 11 e 13⁶⁹. Refere-se o art. 11 à vedação geral de limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade e o art. 13, *caput*, estabelece hipóteses taxativas nas quais se autoriza a disposição do próprio corpo limitando-se a duas. Uma delas heterodeterminada, qual seja, a exigência médica. Outra, confirmatória de juízos de valor da coletividade, a dizer, a não contrariedade aos “bons costumes”, complementando-se esta última por uma necessária transitoriedade, ao vedar-se a diminuição permanente da integridade física. Já em seu parágrafo único, autoriza-se o ato de disposição para fim de transplantes, conforme regulado em lei especial (atualmente, a Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997).

Tais dispositivos já foram objeto de inúmeras críticas pela doutrina⁷⁰. Uma das mais contundentes, no que se refere ao art. 11 do CC 2002, é a apresentada por Villela. Veja-se:

⁶⁸BODIN DE MORAES. Ampliando... op. cit., p. 372. Observe-se que a menção à privacidade feita no parágrafo citado refere-se ao conceito de *privacy*, conforme compreendido pelo Direito Anglo-Saxão e sob a égide do qual se desenvolveu a tutela da personalidade na tradição do *Common Law*.

⁶⁹Veja-se o texto dos arts. 11 e 13 do CC 2002:

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

(...)

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

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

⁷⁰Veja-se, como frutos de tais críticas, os enunciados de número 04 e 06 da I Jornada de Direito Civil, número 139 da III Jornada de Direito Civil e 274 da IV Jornada de Direito Civil:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da

O art. 11 não pode ter querido excluir em caráter absoluto a abdicação voluntária dos direitos da personalidade, pois isso equivaleria a fazer deles antes uma prisão para seu titular, do que uma proteção de sua liberdade⁷¹.

De fato, impedir-se completamente a renúncia ao exercício consistiria em verdadeira subversão da lógica dos direitos subjetivos, que demandam uma postura ativa do titular ante a norma, e não meramente passiva⁷².

Já no que toca ao art. 13, percebe-se que a norma prevista de fato *retira* da esfera de exercício de autonomia da pessoa seu próprio corpo no que se refere a atos de disposição, subordinando a possibilidade de se dispor do corpo a uma aprovação (referente a um juízo de mérito) do ato pela comunidade médica ou à ontologia moral expressada pela maioria da comunidade através da necessária adequação entre o ato de disposição e os “bons costumes” para que seja autorizado. Por fim, em um arroubo biologista e realista, somente admite atos de disposição que sejam temporários, ou seja, que não impliquem em uma modificação permanente da base biológica da pessoa.

Saliente-se, ainda, que tal art. 13 do Código Civil é insuficiente, visto que regula propriamente a retirada de partes do corpo, mas não a inserção de novos elementos neste. A inserção de próteses artificiais, por exemplo, se encontraria vedada por constituir uma modificação permanente da identidade física do agente? Da mesma maneira, modificações corporais estéticas de caráter

Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

4 – Art. 11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

6 – Art. 13: a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente.

139 – Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes

Note-se, contudo, que algumas das propostas de alteração dos referidos dispositivos do Código Civil ainda levam em conta um modelo de proteção baseado nos direitos de caráter patrimonial, ao ser referir, por exemplo, aos institutos da boa-fé objetiva e do abuso de direito (sendo até mesmo difícil imaginar situações exemplares nas quais se abusa do direito ou se contraria a boa-fé objetiva em hipótese de limitação voluntária de um agente com relação a seus direitos de personalidade). A subordinação da renúncia, como regra, ao atendimento dos “bons costumes” também se assemelha indevida, visto que trata propriamente de subordinar a juízos coletivos questões relativas à esfera existencial do agente.

⁷¹VILLELA, João Baptista. O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito à Recusa de Tratamento Médico. In: *Roma e América. Diritto Romano Comune*. n. 16, 2003, Modena, p. 58

⁷²Para uma ampla discussão acerca da possibilidade de renúncia ao exercício de direitos de personalidade veja-se STANCIOLI. *Renúncia...* op. cit., *passim*.

permanente estariam desautorizadas, visto não se enquadrarem no conceito de “exigência médica”?

Em relação ao parágrafo único do art. 13 do CC 2002, observe-se que o ato de disposição, mesmo importando em diminuição permanente da integridade física, é autorizado (claro que dentro de certos limites, muitos absolutamente arbitrários, conforme o art. 9º da Lei 9.434/97⁷³). Ou seja, admite-se que o sujeito disponha de seu corpo para atender a interesses de outros, mas na hipótese do *caput*, de interesse próprio, praticamente inexistente a faculdade de disposição autônoma.

Pelo exposto, revelam-se tais dispositivos não apenas como contrários ao enunciado do art. 1º, inc. III da CF/88, mas também como uma verdadeira negação do próprio devir que é a pessoa, sendo necessária, portanto, a construção de novos parâmetros a partir dos quais se analisa a autonomia do sujeito quanto a seu próprio corpo.

A proteção ao corpo, diante do conceito de pessoa e da compreensão acerca dos direitos de personalidade acima expostos, não se revela como uma mera preservação da integridade física, mas como a preservação de um espaço a partir do qual a pessoa se projeta e projeta suas avaliações fortes. Por fúteis ou bizarras que possam parecer estas aos olhos de outros, constituem-se como manifestações de uma ontologia moral individual e autônoma e traduzem o que é tido como de maior importância ou relevância para a autocompreensão do sujeito enquanto pessoa e afirmação da identidade pessoal e, conseqüentemente, de sua personalidade.

⁷³Veja-se o *caput* e §3º do art. 9º:

Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§1º. (vetado)

§2º. (vetado)

§3º. Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Questiona-se, por exemplo, diante de tal norma: se o agente é plenamente capaz, por que a necessidade de autorização judicial quando não se tratar de cônjuge ou parente consanguíneo? Por que a dispensa da autorização judicial somente para a medula óssea? O que é mutilação ou deformação inaceitável e, o mais importante, inaceitável por quem?

Dessa maneira, cabe indagar: como se subjetiva o direito ao corpo?

2.4

Ter um corpo ou ser um corpo? O direito subjetivo sobre o próprio corpo.

O direito ao próprio corpo é freqüentemente citado pela doutrina como um dos direitos de personalidade, pelo que possuiria a estrutura de um direito subjetivo. De fato, freqüentemente as codificações, ao tratar de direitos de personalidade, prevêm ou pressupõem, através de dispositivo específico, um direito ao corpo⁷⁴. Entretanto, cabe indagar de que forma se subjetiva tal direito ao corpo, tema que muitas vezes não é explorado pela maioria dos autores, visto que, normalmente, a atenção legislativa e doutrinária a ele destinada se refere, exclusivamente, aos limites a esse direito subjetivo, sempre estabelecidos a partir de um conceito objetivo do bem jurídico a ser tutelado⁷⁵.

Esta preocupação com o estabelecimento de limites, traçados a partir de uma perspectiva objetiva de proteção à pessoa, no entanto, não se coaduna com a visão dos direitos de personalidade acima exposta, de modo que se deva abordar a questão do direito sobre o próprio corpo em uma perspectiva dinâmica.

Neste sentido, cabe observar que a pouca atenção destinada à maneira como se subjetiva o direito ao próprio corpo se deve à admissão, explícita ou implícita, de que este se estrutura da mesma maneira que outros direitos subjetivos, notadamente, o direito de propriedade.

Na doutrina anglo-saxônica, tal perspectiva é amplamente disseminada de forma explícita, reconhecendo-se um direito de *self-ownership* (propriedade de si) no que se refere à proteção ao corpo, claramente construído em analogia ao direito de propriedade⁷⁶. A proteção à integridade física se daria, portanto, da mesma maneira que a proteção à propriedade de determinada área.

⁷⁴Veja-se, como exemplo, além do CC brasileiro, o Código Civil Italiano (art. 5º) e o Código Civil Português (art. 70º, 1).

⁷⁵ Vide, como exemplo e por todos, no Brasil, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V.1. 20 ed. Rio de Janeiro: 2004; em Portugal, NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; na Itália, D'ARRIGO, Cosimo M. *Autonomia Privata e Integrità Fisica*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

⁷⁶Veja-se, neste sentido, ARCHARD, David. Informed Consent: Autonomy and Self-ownership. In: *Journal of applied philosophy*, v. 25, n. 1, 2008, 19-34, passim.

Como algo externo à pessoa (no que se identifica uma postura dualista racionalista, que desvincula o corpo da pessoa e o vê como objeto sobre o qual ela exerce poderes ou controle). Garantidas certas prerrogativas quanto à não violação dos limites espaciais sobre o qual incide tal direito, a questão acerca da forma pela qual se admite a disposição do próprio corpo assume a mesma perspectiva daquela relativa ao direito de propriedade no que se refere à disposição desta: uma ponderação no que tange à utilidade ou instrumentalidade do bem, seu valor de uso e valor de troca, valor individual e social, onde o legislador submete ou não determinados bens a um regime de disposição diferenciada⁷⁷.

Desta maneira, o proprietário (sujeito), possuindo uma garantia de não violação por trespasse de determinadas fronteiras de um espaço exterior a si (o corpo), frui e dispõe do bem dentro dos limites estabelecidos pela comunidade.

Tal modelo, claramente, pode ser identificado como predominante no que se refere à proteção ao corpo na doutrina brasileira (neste caso, de maneira implícita), muito embora profundas críticas já tenham sido feitas quanto à utilização de um modelo de proteção preocupado com objetos externos ao sujeito e de caráter patrimonial para a compreensão, como um todo, da categoria dos direitos de personalidade⁷⁸. Se confere, portanto, ênfase a *ter* um corpo, e não a *ser* um corpo.

Uma alternativa a este modelo de compreensão do direito ao próprio corpo não pode, todavia, tendo em vista a postura de unidade diante do problema corpo/mente exposto no item 2.2, voltar-se exclusivamente à idéia de *ser* um corpo, reduzindo-se a pessoa ao corpo. A relação que se possui com o corpo, protegida juridicamente, não é simplesmente uma relação de posse, ou mesmo de identidade.

Acredita-se que uma melhor compreensão, portanto, da maneira pela qual se subjetiva o direito ao próprio corpo pode ser alcançada através de uma analogia com o paradoxal conceito de soberania⁷⁹.

⁷⁷Por exemplo, o bem de família, previsto nos arts. 1.711 e seg. do CC 2002 ou a idéia de Patrimônio mínimo, conforme exposta por FACHIN, Luiz Edson. *O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷⁸Veja-se, por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando...op. cit., *passim* e TEPEDINO. A tutela...op. cit., *passim*.

⁷⁹Um paralelo entre os direitos de personalidade e a noção de soberania já foi sugerido por João Baptista Villela em VILLELA, João Baptista. Direitos de Personalidade Negativos: por que não? In: *Tabulae – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora*. v. 21, 2004. Da mesma maneira, a visão do *right of self-ownership* do Direito Anglo-Saxão encontra,

De acordo com Giorgio Agamben, o paradoxo da soberania se enuncia da seguinte forma:

[...]“o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então “ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este [...]

A especificação “ao mesmo tempo” não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: “a lei está fora dela mesma”, ou então: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”⁸⁰.

Neste aspecto, é certo que o ordenamento regula o chamado direito ao próprio corpo, todavia, ao titular deste direito, se conferindo a posição de soberano (que, como ocorre com os modernos estados nacionais é constituído *por* e possuidor *de* um *território*, ou uma delimitação espaço-temporal) permite-se que este se coloque em estado de exceção quanto à regra, decidindo quanto à inclusão ou exclusão da ação perpetrada sobre o corpo nos limites do direito vigente.

Obviamente, o reconhecimento de tal soberania sobre si e, consequentemente, sobre sua extensão espacial-temporal (o corpo) somente produz efeitos dentro de estritos limites que são estabelecidos, justamente, pelos espaços de soberania adjacentes e, ainda, por um espaço sobre qual o indivíduo ou qualquer outro não é reconhecido como detentor de poderes de soberania de forma individual, mas somente coletiva, através do estado.

Ao legislador, portanto, cabe a tarefa de regular, justamente, o espaço relacional existente entre núcleos de soberania distintos no que se refere ao direito ao corpo. Assim, todo e qualquer comportamento de um agente que invada o espaço de soberania de outro sem consentimento é considerado uma ofensa. Da mesma forma toda e qualquer ação que produza conseqüências no espaço entre os núcleos de soberania constituídos por pessoas individualmente consideradas, se

além de formulações a partir da idéia de propriedade, também opiniões que o justificam com base na idéia de soberania, como pode ser visto em ARCHARD. *Informed Consent...*, op. cit., ou mesmo a opinião de Stuart Mill, que utilizava a mesma expressão no que se refere ao direito sobre o próprio corpo, expressada em MILL, John Stuart. *On Liberty*. Harmondsworth: Penguin, 1974. Cabe observar, no entanto, que tais paralelos à idéia de soberania baseavam-se exclusivamente na analogia com a relação entre um soberano e a área territorial sobre a qual exerce poderes para justificar a vedação ao trespassar do limiar entre o dentro e o fora como ato ilícito, de forma muito próxima, senão análoga, ao chamado *right of self-ownership*.

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. [Trad.] Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 23.

encontra sob o império do Direito estabelecido. Por sua vez, toda e qualquer ação ou comportamento que não ultrapasse os limites espaço-temporais da soberania exercida pela pessoa sobre o próprio corpo, será incluído ou excluído na norma em conformidade com a vontade do soberano, neste caso, a própria pessoa.

Uma análise do art. 13 do CC2002 à luz deste raciocínio certamente poderá melhor elucidar o que aqui se propõe. Eis seu texto:

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

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

Sob o prisma da concepção acima expressada, teria-se que os atos de disposição acerca do próprio corpo devem ser analisados quanto a seu enquadramento na norma em três hipóteses distintas, quais sejam: i) o ato de disposição não transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa; ii) o ato de disposição transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa e invade a esfera de soberania pessoal de outra; iii) o ato de disposição transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa, inserindo-se, ainda que mediante autorização, na esfera de soberania de outra pessoa e produz consequências relevantes na esfera pública relacional.

Quanto à primeira hipótese apresentada, o ato de disposição não poderia, *ceteris paribus*, ser tido como ilícito ou contrário ao Direito, visto que se incluindo o soberano no ordenamento pela situação de exceção em relação à norma estabelecida para os demais, cabe a ele a decisão acerca do ato a ser praticado sobre o próprio corpo. Cite-se, como exemplo, uma cirurgia de retirada dos seios em indivíduo transexual secundário do sexo feminino. Embora permanente e, na visão de muitos, contrária aos “bons costumes”, não se pode objetar ao procedimento com base na suposta indisponibilidade do corpo.

Na segunda hipótese apresentada, o ato de disposição, ao transcender a esfera de soberania do agente e penetrar na de outro, somente seria admissível a depender da forma pela qual for recepcionado pelo outro agente soberano, em uma espécie de “abertura recíproca de fronteiras”. Interessante exemplo é o citado por Julian Savulescu. Veja-se:

Os apelantes pertenciam a um grupo de homossexuais sadomasoquistas que por um período de mais de dez anos voluntariamente e entusiasmadamente participaram na prática de atos de violência uns contra os outros devido ao prazer experimentado em dar e receber dor. As atividades aconteceram em diferentes locais, incluindo quartos equipados como câmaras de tortura. Câmeras de vídeo gravaram as atividades e fitas foram copiadas e distribuídas entre os membros. As atividades incluíam fustigar uma vítima com um arame aquecido [...], tortura genital e uso de violência nas nádegas, ânus, pênis, testículos e mamilos. Todas as atividades foram realizadas com o consentimento do parceiro passivo ou vítima e praticadas em privado. Não houve dano permanente, infecção nos ferimentos ou qualquer evidência de busca por cuidados médicos e nenhuma queixa foi feita à polícia, que descobriu as atividades por acaso. (R v Brown, 1994)⁸¹

Neste caso, a Câmara dos Lordes decidiu que a prática de sadomasoquismo constituía crime, apesar do consentimento das partes envolvidas, por tratar-se de uma questão de interesse público. Obviamente, o “interesse público” supostamente presente nada mais seria que um mero preconceito com relação a um modelo de vida sexual discrepante daquele imposto pelos chamados “bons costumes”, notadamente por ter ocorrido a condenação em um país onde o Boxe é esporte extremamente popular. Certamente, não é a causação recíproca e consensual de lesões à integridade física o que se encontra por trás do *animus decidendi*. Em situações como esta, somente poderia haver intervenções à autonomia das partes envolvidas em caso de invasão da esfera pública com a produção de consequências negativas a terceiros, o que não ocorreu. Tendo as vítimas “aberto as fronteiras de seu corpo” através do consentimento e não apenas permitido, como desejado a violência em nome de um bem por eles tido como mais importante que a integridade física, qual seja, o prazer sexual, não se poderia falar em ofensa ou abuso de um direito ao corpo.

Já na terceira hipótese, ainda que o ato de disposição seja recepcionado por outra pessoa, pelo fato de produzir graves consequências no espaço relacional intersubjetivo, se submete ele ao Direito vigente, somente sendo autorizado se presentes as condições previstas no art. 13. Por exemplo, a venda de um rim. Embora ambos os agentes (vendedor e comprador) estejam a princípio de acordo com o ato de disposição, a admissão de tal prática desvirtuaria de forma

⁸¹SAVULESCU, Julian. Autonomy, the good life and controversial choices. In: [Org.] RHODES, R., FRANCIS, L. P. e SILVERS, A. *The Blackwell Guide to Medical Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing, 2007. Citado a partir do original disponibilizado pelo autor em http://www.practicaethics.ox.ac.uk/Pubs/Savulescu/controversial_choices.pdf, acesso em 27 de abril de 2008.

completa os objetivos de um sistema igualitário e altruístico de distribuição de recursos biomédicos, essencial talvez para que o direito à saúde, objetivamente considerado, seja uma prerrogativa não dependente (ou menos dependente) da situação econômica do paciente, pelo que seria tida como inválido o ato de disposição do corpo por ser ele uma diminuição permanente da integridade física contrária aos bons costumes.

Isto porque, retomando-se o raciocínio exposto no item 2.2, o que se pode denominar amplamente de pensamento moral concretiza-se a partir dos três eixos citados, quais sejam, os direitos e obrigações perante outros, o conceito de vida plena e a idéia de respeito atitudinal. É interessante observar que é justamente o primeiro eixo que se desenvolveu em nossa sociedade através do mecanismo de atribuição de direitos e deveres jurídicos, ou seja, através da idéia de direitos subjetivos conferidos aos cidadãos, sendo destinados, por sua vez, diretamente à esfera de autonomia moral individual os outros dois eixos restantes.

Tal se deve, simplesmente, ao fato de que as concepções de vida plena a serem adotadas ou os juízos de valor individuais acerca daquilo que me confere valor ou dignidade intrínseca encontram-se, justamente, no centro da esfera de soberania individual, somente podendo sofrer interferências quando de seu “transbordamento” para a esfera pública.

Este modelo de analogia entre o direito ao corpo e a idéia de soberania conforme exposta por Agambem se diferencia das tradicionais concepções citadas e se assemelha mais adequado basicamente por duas razões: i) não pressupõe que o corpo seja um objeto externo ao sujeito sobre o qual detém ele poderes conferidos pelo ordenamento, da mesma forma que na estrutura do direito de propriedade, de modo que poderiam ser também limitados tais poderes pela coletividade ii) não se tratando a autonomia de um direito, mas de um pressuposto ou capacidade implícita ao *status* de pessoa, que se exterioriza e se concretiza em maior ou menor grau através de estruturas conhecidas como direitos subjetivos, oferece-se uma estrutura dentro da qual este pressuposto encontra a maior amplitude possível.

Acredita-se, portanto, que a partir de tal analogia entre o conceito de soberania e a posição subjetiva do agente autônomo sobre o próprio corpo se possa investigar quais seriam os limites de intervenção no exercício da autonomia sobre o corpo no que se refere a atos de disposição específicos, quais sejam, as

modificações corporais funcionais operadas através da fusão ou integração homem-máquina em um estado democrático.

A isto se procederá no capítulo quatro do presente trabalho, visto que anteriormente ao enfrentamento da problemática específica, necessário se revela, ainda, o estabelecimento dos pressupostos teórico-conceituais a partir dos quais se compreende a própria noção de autonomia privada e sua relação com a autonomia pública ou política, através da qual se estabelecem leis gerais. É o que se pretende no capítulo seguinte.