

Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: Contribuições Renascentistas para uma História dos Conceitos Jurídicos¹

Judith Martins-Costa²

1 Introdução. 2 Do Indivíduo. 2.1 De Perspectivas e de Diferenciações: do "Homem Novo" ao Indivíduo. 2.2 Da Singularidade do Indivíduo e dos seus Inatos "Direitos Subjetivos". 3 Dos Artefatos Jurídicos. 3.1 Da Pessoa como Algo Que Se Tem. 3.2 Do Indivíduo à Pessoa como Sujeito de Direitos. 4 Conclusão.

Resumo: A autora visa demonstrar como se opera, no Renascimento, a reconfiguração dos termos "indivíduo", "pessoa" e "sujeito" como artefatos jurídicos que possibilitaram uma nova forma de apreender o mundo e de transformá-lo. Começa anotando que as noções que hoje temos da personalidade, bem como a sinonímia entre "ser humano", "sujeito de direitos" e "pessoa", escondem séculos de laboriosa construção: construção semântica, porque as palavras são artefatos sociais, construção jurídica, porque os conceitos jurídicos são produtos e produtores de sentidos sociais. Busca, pois, recuperar nesses sutis deslizamentos de sentido os fios de uma trama que vem sendo tecida desde o Prometeu de Ésquilo, mas que encontra no Renascimento uma fundamental perspectiva. Após examinar, na primeira parte, as conexões entre as noções de sujeito, direito subjetivo e dignidade da pessoa se ocupa, na segunda parte, da noção de pessoa e da assimilação entre indivíduo e pessoa. O olhar para a construção conceitual operada na Renascença, ainda subsistente no instrumental jurídico-dognático, permite o distanciamento necessário para perceber que hoje em dia a noção de pessoa humana postula um novo critério de discrimine entre as categorias de "pessoa" e de "coisa", útil para permitir, por exemplo, um adequado tratamento dognático acerca do estatuto do embrião humano.

Palavras-chave: Indivíduo. Pessoa. Sujeito de Direitos. Pessoa Humana. Conceitos Jurídicos.

¹ Este texto integra projeto de pesquisa "Direito Privado: um espaço de mentalidades" desenvolvido pela autora no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, área "Fundamentos da Experiência Jurídica", tendo sido objeto de seminário na disciplina Fundamentos do Direito Privado no primeiro semestre de 2008.

² Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Abstract: The author attempts at demonstrating how, during the Renaissance, the reconfiguration of the terms "individual", "person", and "subject", as legal artefacts, has made it possible to create a new way of grasping reality and transforming it. She begins by pointing out that the notions of *personality* we have nowadays, as well as the synonymic relationship between such phrases as "human being", "subject of rights", and "person", conceals centuries of painstaking construction: semantic construction, because words are social artefacts, and legal construction, because legal concepts are the product of social meanings, as well as the producers thereof. The author attempts, thus, to retrieve from those subtle sliding movements in meaning, the threads that make up the warp and woof of a plot that has been woven since Aeschylus's *Prometheus*, which finds in the Renaissance a fundamental perspective. After examining, in the first part, the connections between the notions of *person*, *subject*, *subjective rights*, and *personal dignity*, the second part deals with the notion of person and the assimilation of the concepts of "individual" and "person". The act of looking up to the conceptual construction that took place during the Renaissance, still present within our legal and dogmatic tool set, allows us to keep the necessary distance to realise that, nowadays, the notion of human person calls for new differentiating criteria for the categories of "person" and "thing" – much-needed principles, for example, in the field of research done with human embryo cells, which depends upon the definition of whether all "human beings" should be considered "persons".

Keywords: Individual. Person. Subjective Rights. Human Beings. Legal Concepts

"Be not afraid of greatness: some are born great, some achieve greatness and some have greatness thrust upon them."

Shakespeare, Twelfth Night, Act II, Scene V.

1 Introdução

Pessoa humana: eis aí uma antiga e ambígua expressão. Valor-fonte do Ordenamento, a pessoa humana é chamada a atuar já no início da Constituição Federal que situa o princípio da *dignidade da pessoa humana*;³ o termo *pessoa* também comparece – num conceito aparentemente circular – no início

³Constituição Federal, art. 1º, inc. III.

do Código Civil, no seu art. 1º, segundo o qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁴ sendo, então, sujeito de direitos e obrigações na vida civil, titular de especialíssimos direitos – os *direitos subjetivos*, direitos do sujeito.

Pessoa, sujeito, direito subjetivo, dignidade da pessoa: essas noções hoje tidas como assentes que suportam como vigas-mestras, todo o edifício jurídico são, em larga medida, resultados de uma complexa construção elaborada nos séculos do Renascimento e do primeiro Jusracionalismo – dos meados do Cinquecento aos finais do séc. XVII – conquanto sua forma final seja produto tardio do Iluminismo e Pandectística germânica, esta já nos Oitocentos. Trata da construção do *indivíduo* como sujeito social e ator jurídico que culminará na idéia do indivíduo-pessoa como categoria ético-jurídica, dotado de direitos subjetivos. Acompanhando *pari passu* essa construção estão ainda outras duas, igualmente refinadas e sutis, a saber: a fabricação do Estado como *artifício jurídico*, produto constitucional, objeto de instituição por um ato humano fundador;⁵ e a elaboração do ordenamento jurídico como um *sistema* dedutivo racionalmente organizado, racionalmente apreensível e manejável por intermédio de conceitos gerais, dotados de elevadíssimo grau de abstração.

Não nos ocupemos, senão marginalmente, do Estado e tenhamos a construção da idéia de sistema como invisível

⁴ No Anteprojeto do Código Civil, vinha posta a expressão “todo *homem*”, tal qual o art. 1º do Código de 1916, o que a Câmara dos Deputados, em 1984, modificou para constar: “Todo *ser humano*”. Porém, na última revisão, em 1999, acabou-se substituindo “ser humano” por “pessoa”. O conceito é aparentemente circular, porque “pessoa” é um conceito normativo e não naturalista, indicando o uso histórico da expressão que “pessoa” é, no sentido jurídico, todo o ser humano “capaz de direitos e obrigações”. Tratei deste tema em: MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dezembro de 2004.

⁵ A correlação é feita por CLAVERO, Bartolomé. *Principio Constitucional: el individuo em Estado*, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 12

– mas onipresente – pano de fundo. Pensemos na *pessoa*, no *indivíduo* e no *sujeito*.

Lembremos, na romana Antiguidade, do cavalo *Incitatus*, feito senador por decreto de Nero; ou recordemos, no medieval Duocento Francisco de Assis personificando o Sol e a Lua, seus irmãos em Cristo. Por largo período histórico que chega a alcançar a aurora da Modernidade, a pessoa não era indivíduo nem o indivíduo era pessoa. A noção de *in-dividuus*, o não-dividido, equivalia, na Idade Média, à noção de *átomo*, a menor unidade – e indivisível – de algo que a ultrapassava – uma ordem, um estamento, uma corporação ou qualquer outra entidade coletiva, essas sim os verdadeiros e reconhecidos sujeitos sociais.⁶

O termo *sujeito*, do latim *subjectus* é palavra que por largo tempo esteve próxima do seu étimo *sub* e do verbo *subjicere* (colocar por baixo), que também deu *súdito* e *sujeição* denotando, na língua portuguesa do séc. XIII (*sogeito*), o que está submisso a uma autoridade soberana,⁷ conquanto, em 1611, o espanhol Sebastián de Cobarrubias, em seu *Tesoro de la lengua castellana, o española* anota também uma paralela significação: “la calidad de la persona, como Fulano es un buen sujeto, conviene a saber tiene disposición para aquello a que le aplicamos”.⁸ Os seres humanos não tinham “direitos” que nascessem do só fato de serem pessoas, mas tinham posições processuais, isto é, ações, de onde vem a clássica tripartição romana que até hoje estrutura alguns Códigos civis, como o da França: pessoas, coisas e ações.

⁶ Assim, CLAVERO, Bartolomé, Principio Constitucional: el individuo em Estado, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 12.

⁷ CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. Tomo II. 2ª ed., 16ª reimpressão, 1986, p.742. Também assim nas outras línguas latinas: em francês, o termo é anotado com essa acepção por volta de 1120 (escrito *sujez*), como informam BLOCH, O., e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*. Paris, Quadrige/PUF, 2002, p. 614).

⁸ Apud CLAVERO, Bartolomé, Principio Constitucional: el individuo em Estado, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.11.

Por sua vez *pessoa* podia ser personagem ou *status*, nome ou posição processual, ou mesmo consciência moral, mas não era, necessariamente, nem consciência do Eu nem categoria do pensamento, filosófico e jurídico.⁹

Não sendo a *pessoa* a consciência do Eu e não correspondendo necessariamente pessoa e ser humano, também a noção de *personalidade* como centro irradiador de direitos da pessoa não tinha lugar. Esse termo – *personalidade* – conquanto tenha aparecido timidamente no Renascimento,¹⁰ só se firmará léxico das línguas europeias nos finais do séc. XVIII, no espírito da Ilustração para designar a força com que os partidários da filosofia ilustrada substituiriam a *auctoritas* oficial, consistindo num “título honorífico con el que se engalanaba todo grande que se distinguia a su época por sus ideas y hechos ejemplares”.¹¹

Quanto à *dignidade*, sabemos ser categoria historicamente ligada ao *status*. A *dignitas* era qualidade atribuída à autoridade de um cargo, como a *dignitas* real ou eclesiástica, ou ao mérito como as honras públicas que fossem “em si mesmo devidas”. Assim está, por exemplo, em Cícero.¹² Na Idade Média, dignidade vem associada a cargo, de modo especial, ao cargo real. Esclarece Kantorowicz:

⁹ Por todos, MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de “eu”. In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. De Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003, p. 369-399.

¹⁰ Assim dá conta o *Dictionnaire étymologique de la langue française* de BLOCH e Von Wartburg (Paris, Quadrige/PUF, 2002, p. 478) que registra: *Personnalité*, 1697, une re fois em 1495. Empr. du lat. *personalitas*, der. de *personalis*, v. *personnel*. Du sens didactique se sont développés les sens modernes d’après *personnel*; celui de « *personnage* » date de 1867.

¹¹ HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Tradução espanhola de Pablo S. Coderch, Ariel Derecho: Barcelona, 1987, p. 21, grifos do autor.

¹² No *Da Republica*, XIII, CICERO escreve: “Suponhamos dois homens: um, o melhor de todos, de suma equidade e justiça, e de fé singular; outro, insigne na maldade e na audácia; suponha-se que uma cidade caiu no erro de crer que o varão virtuoso era malvado, facinoroso e infame; que, pelo contrário, considere o ímprobo como de suma probidade e fé; que, por essa opinião de todos os cidadãos, aquele varão virtuoso seja insultado, encerrado, mutilado em mãos e pés, cegado, condenado, torturado, queimado e proscrito; que morra de miséria, longe da pátria, e pareça,

A Dignidade [...] referia-se principalmente à singularidade do cargo real, à soberania investida no rei pelo povo, e que residia indubitavelmente apenas no rei. Por certo, isso não significava que a Dignidade real fosse algo que tocava apenas ao rei e não a todos. Uma vez que a Dignidade do rei, juntamente com seus direitos prerrogativos, tinham de ser mantidos e respeitados em benefícios de todo o reino, a Dignidade também era de natureza pública e não meramente privada. Era um assunto tão pouco privado quanto o *officium Regis*, com o qual em grande parte coincidia.¹³

Os juristas medievais também se ocuparam da noção, discernindo entre a *dignitas* e o cargo, sustentando Bártolo que, “estritamente falando, teríamos de dizer que o cargo em si não era uma Dignidade, mas possuía uma Dignidade anexada (*habet dignitatem annexam*¹⁴)”. Assim chegará até Hobbes, que dirá:

O valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E essa sua avaliação pelo Estado se exprime através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor.¹⁵

Hoje em dia, é indiscutido: personalidade é qualidade do singular e o singular é o indivíduo, a quem é reconhecida uma dignidade pelo simples fato de *ser pessoa*. Entre “ser

enfim, o mais infeliz dos homens, assim como o mais miserável. Por outro lado, cerquemos o malvado de adulações, de honras, do apreço geral; cumulemo-lo de dignidades, categorias, riquezas, e proclamemo-lo, unanimemente, o mais virtuoso e o mais digno de prosperidade pelo julgamento comum. Quem será tão demente que hesite na escolha da conduta de ambos?”.

¹³ KANTOROWICZ, Ernst. H. *Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 233-234, grifos originais.

¹⁴ KANTOROWICZ, Ernst. H. *Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 234.

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, Cap. X, p. 58, grifei.

humano”, “homem” (como indicativo do gênero humano), “sujeito de direitos” e “pessoa” há consagrada sinonímia que esconde, todavia, séculos de laboriosa construção: construção semântica, porque as palavras são artefatos sociais, construção jurídica, porque os conceitos jurídicos são produtos e produtores de sentidos sociais. Nesses sutis deslizamentos de sentido, estão fios de uma trama cuja origem vale recuperar, entre indivíduo, pessoa, personalidade e dignidade – signos sonoros de uma antropologia – sendo atados os invisíveis fios que tecem, desde o Prometeu de Ésquilo, a nossa cultura, mas que encontram no Renascimento uma fundamental *perspectiva*.

Partamos dessa perspectiva e vejamos na Primeira Parte, como surge, no alvorecer da Renascença, o *indivíduo* como consciência do Eu, dele decorrendo não apenas um novo modo de pensar o mundo, mas, por igual, um novo grupo de direitos com os quais passa a acessar e a transformar o mundo. E, mencionemos, na Segunda Parte, como indivíduo se torna pessoa, sendo a pessoa algo *que se é*, categoria jurídica fundamental, categoria do pensamento, pedra fundante do edifício da nossa cultura.

2 Do indivíduo

A perspectiva é o aspecto dos objetos vistos de certa distância, possibilitando o distanciamento e o estranhamento. Seja na História, seja na pintura, a perspectiva como distância foi conquista do Renascimento, permitindo pensar a noção de indivíduo (A). Da singularidade do indivíduo nasce uma especialíssima categoria de direitos – os direitos subjetivos do indivíduo (B).

2.1 De perspectivas e de diferenciações: do “homem novo” ao indivíduo

A perspectiva – com tudo o que implica de possibilidade de pensar a alteridade - permite discernir entre sujeito e objeto consistindo na própria descoberta da capacidade de

compreender os objetos em seu lugar efetivo, na sua distinção dos outros, na sua individualidade autêntica, sendo assim, o lócus que faz pensável a individualidade.¹⁶ Sem a conquista da perspectiva – isto é, sem a diferenciação entre o singular e o coletivo, entre o eu e o outro – não se poderia chegar ao significado da personalidade humana como centro original e autônomo. Não se poderia sequer colocar os dados de uma equação que só mais tarde fez sentido, a saber: que todos os seres humanos são pessoas, mas que só os seres humanos são pessoas.¹⁷

Em busca de um lugar favorável à perspectiva, esteve Montaigne, para quem “*Penser, c'est être à la recherche d'un promontoire*”. Se um promontório ajuda a encontrar a perspectiva, melhor a montanha. Uma boa perspectiva tivera, na Baixa Idade Média, Petrarca, que em 26 de abril de 1336, no alto do *Mont Ventoux*, na Provence, acompanhado por dois amigos, lerá Santo Agostinho e anotará em seu diário:

“Os homens admiram a altura dos montes e as enormes ondas do mar, as vastas correntes dos rios, o movimento do Oceano e a rotação dos astros, mas não cuidam de si mesmos”.¹⁸

Esse cuidar de si¹⁹ levará a olhar para dentro de si e, assim, ao reconhecimento do seu próprio valor como ser

¹⁶ “A descoberta da perspectiva, a utilização racional da perspectiva linear e aérea “nous a value la Renaissance”, como expressou WEBER, Max.L ‘étique protestante e l’esprit du capitalisme. Tr. De Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967, p. 13.

¹⁷ A idéia segundo a qual os povos do mundo formam uma mesma e única humanidade “não é consubstancial ao gênero humano”, observa Finkelkraut que anota: “Ce qui a même longtemps distingue les hommes de la plupart des autres espèces animales, c’est précisément qu’ils ne se reconnaissent pas entre eux (...) Le propre de l’homme c’était, à l’origine, de réserver jalousement le titre d’homme à sa seule communauté.” FINKELKRAUT, Alain. L’Humanité Perdue. Essai sur le XX siècle. Paris, Seuil, 1996, p. 13.

¹⁸ A referência está em ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993 p. 17. Trata-se de uma carta famosa (Ep. Fam., IV, 1) escrita por Petrarca ao seu amigo Francesco Dionigi que pode ser consultada em http://it.wikipedia.org/wiki/Francesco_Petrarca#Opere_in_volgare.

¹⁹ Seis séculos mais tarde, este discurso será retomado por Michel Foucault, que busca a expressão grega - *hepiméleia heautoû* – como mote de suas reflexões,

terrestre ou mundano, inserido no mundo da natureza e da história e capaz de forjar em si o próprio destino: a dignidade do homem, dirá um século depois Pico della Mirandola está em ser “*un libero e nobile modellatore e foggiatore di (se) stesso*”.²⁰

Aí está um ponto seminal, verdadeiro discurso fundador do Humanismo Renascentista: o ser humano acaba de se perceber como indivíduo. Ao invés de receber sua vida já modelada pela ordem das coisas, o homem tem o poder de dar-lhe forma. Sua voz soa em solo, não mais necessariamente articulada no canto coral – na coralidade – da *civiltà plurale* medieval,²¹ encontrando sua dignidade na *autonomia*, no direcionamento à liberdade, não na *auctoritas* ligada a um papel externo, socialmente desempenhado.

A civilidade medieval fora uma civilidade plural em mais de um sentido: plural por permitir a articulação de um sem número de autonomias não organizadas de *per se*, conquanto também não monadariamente avulsas do todo, pois inseridas no tecido da *societatis perfectae* tomista; plural por sua estrutura comunitária metaforizada na *coralidade*²² que

contrastando o “cuidar de si mesmo” ao “conhece-te a ti mesmo. (FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. Martins Fontes, São Paulo, 2004, p. 4 et seq).

²⁰ Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA escreveu, em 1486, *De Hominis Dignitate* (que li na edição bilingue e tradução italiana de Carlo Carena, Berlusconi Editore, 1995). Como é dito por seu tradutor italiano, ele representa o melhor daquele *Rinascimento* precoce, acerbo, que tem os seus centros não em Roma, mas em Florença e em Ferrara e que, certo da vastidão e coerência do saber humano, nos mais diversos tempos e lugares, “busca absorvê-lo inteiro, para demonstrá-lo”. No *De Hominis Dignitate*, eleva-se um diverso conceito de “ser humano”, bem revelado na passagem na qual fabula a fala divina, especificando qual é a especificidade do ser humano frente à imensidão da criação divina: “Gli altri esseri hanno una natura definita e chiusa, entro termini e leggi da me stabilite. Tu, non rinchiso in stretti confini, secondo il tuo libero arbitrio, a cui ti ho rimesso, determinerai tua natura. (...) Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, affinché ti foggia da se stesso la forma che preferisci, come un libero e nobile modellatore e foggiatore di te stesso. Potrai degenerare verso gli esseri inferiori, i bruti o rigenerarti verso i superiori, i divini, a tuo esclusivo giudizio” (pp. 8-9).

²¹ A expressiva metáfora da coralidade é de GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006, p. 55. A expressão “*civiltà plurale*” está na p. 195.

²² Por todos, GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

ignora o canto solo, o singular, o original e vê o mundo como ordem hierarquizada; plural, enfim, porque a perspectiva parte da *res* e de suas inúmeras virtualidades e utilidades para os sujeitos sociais, razão pela qual a noção de *dominium* é então *dominium rerum* e não *dominium sui*, as coisas que estão no mundo não comportando o olhar subjetivo do "é só meu."²³

No mundo que soa em coral, os sujeitos sociais se definem pela pertença a algo que os ultrapassa – a comunidade, as comunidades que integram.

Porém, Pico della Mirandola revelará algo diverso: o homem modela a si mesmo com liberdade e nisto está a sua dignidade. A surpreendente correlação entre ser humano e autonomia, e entre essa e uma espécie nova de dignidade, não mais do cargo, não mais uma dignidade do *que se tem*, mas do *que se é* como espécie no reino da natureza.

Essa correlação nascerá de um assumido paradoxo, qual seja, a constatação da essencial *precariedade* humana. Tendo Deus criado todas as criaturas, diz Pico della Mirandola, foi tomado pelo desejo de gerar uma outra criatura, um ser consciente que pudesse apreciar a criação. No entanto, não havia nenhum lugar disponível na cadeia dos seres, desde os vermes até os anjos. Então, Deus criou o homem, que, ao contrário dos outros seres, não tinha um lugar específico nessa cadeia.

Pela ausência de um lugar próprio (*certam sedem*), por provir de uma criação derivada de um modelo indefinido (*indiscretæ opus imaginis*), por não ter sequer uma face peculiar (*nec propriam faciem*), o que peculiariza o ser humano é justamente a sua *precariedade* somente ultrapassada pela possibilidade que temos de, com liberdade e nobreza, forjar-nos e modelarmos a nós mesmos. Daí que *dignidade* – conotada ao ser humano, não ao *status* por ela ocupado na ordem social - valerá *singularidade* e *autonomia*.

²³ GROSSI, Paolo. La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico. Tradução de Angel M. López y López. Madri, Civitas, 1992.

A nova orientação filosófica vem expressa à perfeição no francês Charles Bouillé, ou Carolus Bovillio²⁴ que, nos inícios do Cinquecento, situará a posição peculiar em que se encontra o homem, no cume da inteira natureza no fato de ser o único ser capaz de *compreender* e, assim, alcançar a *consciência de si*, trazendo consigo o mundo inteiro à sua completude.²⁵ A inteligência de si, alcançável pela razão, é, diz Bovillio, a realização completa (*consumatio*) do homem, alcançada pela passagem do homem substancial ao *homem racional*, do homem natural ao *homem adquirido*, do homem simples ao *homem composto, perfeito e sapiente*.²⁶

Por essa via, Bovillio re-enceta o discurso da *subjetividade*, já gestado, em pleno Medievo, por um grupo de frades franciscanos abrigados na Universidade de Oxford. Duns Scott, mas especialmente Guilherme de Occan,²⁷ haviam elaborado a argamassa de um novo edifício que, na Renascença, seria completado por Donellus, Lutero, Grotius, Descartes e Hobbes.²⁸ Rejeitando a visão clássica – aristotélica e tomista – da natureza, ordenada em teleologia²⁹, os escolásticos franciscanos haviam construído as bases da filosofia do indivíduo e do voluntarismo.

Não raciocinemos por gêneros e espécies, como quer São Tomás, pregavam os franciscanos, pois não existe o homem, o pai, o cidadão: existem os *indivíduos*, Pedro ou Paulo. Não existe a ciência do geral, mas as coisas particulares, cada

²⁴ N.1470 o 1475-ca. 1553.

²⁵ (*De Sap.*, 1-2), citado por ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 24.

²⁶ (*De Sap.*, 24), citado por ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, pp. 24-25.

²⁷ 1290 -1349.

²⁸ Fala em “linha direta” VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Dautl. Paris, p. 158. A linha chegará ao Jusracionalismo, com Wolff e Puffendorf.

²⁹ A rejeição ao intelectualismo aparecerá também em Petrarca, no Idiota e em Nicolau de Cusa que tratará do “homem simples e ingênuo, expressão da razão natural não ainda sofisticada pelas sutilezas e abstrusidades da douta ignorância, como registra RUGGIERO, Guido de, in *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. I. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947, p. 98.

indivíduo possuindo uma forma particular. O indivíduo concreto e não mais o gênero é o ponto de partida e o objeto último do conhecimento.³⁰

Os ecos da Escolástica franciscana e da polêmica dos *universais*³¹ continuarão a ressonar na Renascença. Por exemplo, em Montaigne, que se apresentará não por seu status ou por sua representação social, não por nenhuma “marca especial e exterior”, não como Gramático ou Poeta, ou Jurisconsulto, mas por seu “*estre universel*”, é dizer, como ele próprio, irredutivelmente Michel de Montaigne, ser humano, original e único.³² E também em Bodin e em Maquiavel: o que será o Príncipe senão *legibus solutus*, legislador solitário e absoluto – tal qual Deus é *potestas absoluta*, como diziam os franciscanos, e não *potestas ordinata*, como queria Tomás de Aquino?

A rejeição da *potestas ordinata*, ordem racional constituinte, abre caminho para a afirmação da liberdade individual,³³ para a primazia da vontade sobre o intelecto. As refrações dos dois postulados aí subjacentes – o individualismo e

³⁰ VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 184.

³¹ A polêmica agitou o mundo medieval, opondo realistas a nominalistas. Os universais são os conceitos que podem ser aplicados a todos os indivíduos da mesma espécie – os gêneros e as espécies, não sendo apenas conceitos, segundo São Thomas, mas existentes como “substâncias segundas” no mundo exterior. Para os nominalistas os universais são meros nomes, não correspondendo a nenhuma realidade. A polêmica diz com relação entre as idéias (universais) e as realidades (indivíduos), ou, em última análise, é o problema da relação entre as palavras e as coisas, entre *res* e *signo*. (v. VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 203-271. KAUFMANN, A...e HASSEMER, W. *Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Gulbenkian, 2002, p. 77 et seq.

³² «Les auteurs se communiquent au peuple par quelque marque speciale et estrangere : moy le premier, par mon estre universel : comme, Michel de Montaigne: non comme Grammairien ou Poète, ou Jurisconsulte. Si le monde se plaint dequoy je parle trop de moy, je me plains dequoy il ne pense seulement pas à soy ». MONTAIGNE, Michel de. *Essais*. Livre III, 2. Há tradução portuguesa de Toledo Malta, J.M. Seleta dos Ensaos de Montaigne. Rio de Janeiro, José Olympio, 1961, p. 640.

³³ Para essas notas, VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 183 et seq.

o voluntarismo – se projetam num giro hermenêutico, o da transição do direito clássico ao direito moderno, pois o que está aí formulado é um problema jurídico fundamental: o do *direito individual*.

Falar-se em direito individual, direito subjetivo, equivale a dizer que, na relação entre os homens e as coisas, o que vale é o olhar subjetivo, a mirada que diz: “é meu”, o discernido do “é teu”. Temos aí um poderoso artefato – *artefato jurídico* – apto a possibilitar e a satisfazer as necessidades do indivíduo, o novo sujeito social que se move numa teia de novas relações econômicas.

No campo econômico, já o Renascimento medieval,³⁴ renascimento das cidades italianas nos séculos XI, XII e XIII, minava a concepção comunitária medieval, os muitos vínculos estatutários sendo prejudiciais ao comércio, à livre circulação das mercadorias, e, assim, ao labor construtivo desse proto-capitalismo traçado cotidianamente no chão da prática pelos mercadores.³⁵ Autor de uma verdadeira revolução comercial o indivíduo-comerciante se desembaraça da tradição medieval quebrando as cadeias dos grêmios, as camisas de força da concepção católica contrária aos juros e à usura, e, por terra e mar, habilita-se a ganhar o dinheiro que produz filhos³⁶ enquanto constrói uma nova noção de vida urbana

³⁴ A expressão é de CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 1949.

³⁵ V. LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. De Jaime A. Clasen. Petrópolis, Vozes, 2007. Do mesmo autor, *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*, tradução de Orlando Cardoso, Lisboa, Gradiva, s/d.

³⁶ Segundo o célebre adágio: *Nummus non parit nummos* (“o dinheiro não faz filhos”) que vem de Aristóteles, propagando-se, no século XIII, na esteira do *ethos* católico e da grande difusão que, na época, revestiu as idéias do filósofo grego no Ocidente. Para essa condenação, o argumento decisivo era - para além dos textos das Sagradas Escrituras condenatórios aos juros - de ordem moral: entendia-se, primeiramente que, quem emprestasse dinheiro a juros não realizava um “verdadeiro trabalho”, isto é, não estaria criando nem transformando uma matéria ou objeto, mas, tão-somente, explorando o trabalho de outrem. Agregando-se a esse argumento estava, em segundo lugar, a dificuldade dos canonistas e teólogos em admitir que o próprio dinheiro pudesse engendrar dinheiro e que o tempo (isto é, o tempo concreto, cronológico, que decorre entre o momento do empréstimo e o seu reembolso) pudesse também fazer nascer dinheiro. Porém, frente ao desenvolvimento da mercancia, essa

e uma nova ética: a do *contrato*, que é “transferência mútua de direitos”.³⁷

Na vida econômica contrato é *atividade*, é ação do homem ativo, meio por excelência da aquisição da propriedade que, assim, se privatiza.³⁸ O homem racional, adquirido, composto, perfeito e sábio, de Bovílio, é, também, um homem ativo, à subjetividade humana vindo a ser reconhecido um ínsito *poder de iniciativa*.³⁹ Primeiramente na Itália, mas depois se espalhando pelo continente europeu, cresce o afã de ampliar os negócios e os ganhos e “não se acanha a concorrência sem escrúpulos”.⁴⁰ Primeiramente itinerantes, aos poucos se tornando sedentários, os homens de negócio dominam o comércio, o mercado de trabalho urbano e, finalmente, o mercado imobiliário: são dadores de trabalho e são proprietários. A lógica é da acumulação do capital. Aumentar o capital será um fim em si, dirá Max Weber que fortemente dirá aí se espelhar a “filosofia da avareza”.⁴¹

O ser humano, já indivíduo, é então sujeito (*subiectus*, o que está embaixo, mas agora lido como *fundamento*),

concepção passa a ser disfuncional. Assim, própria Idade Média forja-se a idéia de o dinheiro ser considerado um *bem produtivo*. Essa concepção, primeiramente rejeitada pela Igreja Católica, depois, progressivamente aceita, traça um momento essencial na história dos juros, que é, de certa forma, a própria história da construção do capitalismo (Cf. em LE GOFF, Jacques, *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*, tradução de Orlando CARDOSO, Lisboa, Gradiva, s/d., p. 57 et seq.).

³⁷ HOBBS, Th. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores, Cap. XIV. São Paulo, Abril Cultural, 1974, p. 84.

³⁸ Anota Maravall: “Os sécs. XV a XVII contemplam uma transformação profunda do conceito de propriedade, levando-se a cabo, de uma maneira radical, a sua privatização”. MARAVALL, José Antonio. A função do direito privado e da propriedade como limite do poder de Estado. In: HESPAÑA, A. M. (org.). *Poder e Instituições n'Europa do Antigo Regime*. Lisboa, Gulbenkian, 1984, p. 235.

³⁹ Para essas notas cf. ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, pp. 24-25.

⁴⁰ MESSER, Augusto. *La Filosofia Moderna. Del Renacimiento a Kant*. Trad. Esp. de José Pérez Bances. 2ª ed. ESPASA-CALPE Argentina S. A. Buenos Aires, 1942, p. 9 et seq.

⁴¹ WEBER, Max. *L'étique protestante e l'esprit du capitalisme*. Tr. De Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967, p. 48 onde junta: « Là réside l'essence de la chose. Ce qui est enseigné ici, ce n'est pas simplement le "sens des affaires"- de semblables préceptes sont fort répandus - c'est un *ethos* ».

autor – não só ator – do seu mundo. Não mais recebe as leis, mas as formula e as fundamenta a partir da razão. O homem-indivíduo-sujeito é o princípio de toda normatização,⁴² como traduzirá, no começo do séc. XVIII, *Robinson Crusoe*, essa “epopéia da iniciativa individual”⁴³

2.2 Da singularidade do indivíduo aos seus “direitos inatos”

Pico della Mirandola havia traçado a ponte entre subjetividade, autonomia e singularidade. Fiquemos com esta última, pois a autonomia só estará completa muito depois, com Kant.⁴⁴

A originalidade como especialidade do singular, como qualidade do particular, do único, do “autêntico”, será uma das marcas do homem novo renascentista. Da Vinci preferirá louvar “antes um bom natural sem letras do que um letrado sem natural”⁴⁵. Montaigne dirá, no Prefácio dos

⁴² No pensamento político o indivíduo é o Príncipe de Maquiavel. Aqui, todavia, o individualismo joga um ambíguo papel: nascido da exaltação da individualidade o Príncipe “tem o seu significado mais profundo na negação de qualquer individualismo que está sem dúvida na suas origens” (RUGGIERO, Guido de. *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. II. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947, p. 91). Essa negação se dá pela mediação das relações de força e poder. Da intuição de Maquiavel acerca da natureza humana dela fazendo a matéria passiva de relações de força e de poder proviera a consciência da força das leis, cujo prestígio não nasce de serem justas, mas de serem leis, como em breve reconhecerá outro renascentista, Michel de Montaigne (MONTAIGNE, Michel: « Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ». (Livre III, chapitre 13). Ao Príncipe, é conotado outro termo antinomicamente relacionado ao *subjectum*: não mais *subiectus* (o que está embaixo), mas *superaneus* (soberano, com o prefixo sob(re), o mais alto). Nessa medida, percebe Ruggiero, o Príncipe constitui “uma prosopopéia do Estado, da objetividade e da necessidade de suas leis (op. Cit., p. 91).

⁴³ Assim qualifica Ítalo Calvino em *Por Que Ler os Clássicos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1994.

⁴⁴ É certo que a construção filosófica só estará completada mais de 200 anos depois, na *Crítica da Razão Prática* em que Kant introduz o termo *personalidade* como “liberdade e independência” em relação às contingências do mundo sensível.

⁴⁵ Le bone lettere son nate da un bono naturale, e perchè si dee piu laudare la cagion che l'effeto, piu lauderai un boni naturale sanza lettere che un bon letterato sanza naturale », dirá Da Vinci (As boas letras nascem de um dom natural e, porque se deve antes louvar a causa que o efeito, louvaria antes um dom natural sem letras do que um letrado sem natural” (de: Il codice Atlântico, de Leonardo da Vinci. Roma, Milão, 1894, fol. 75, citado por CASSIRER, Ernst. *Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento*. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 83.).

Essais: “sou eu mesmo a matéria do meu livro” reiterando, no Livro III, que o seu filosofar é uma incessante *experiência de si mesmo*: “Se a minha alma pudesse tomar pé, eu não me experimentaria, mas eu me resolveria. Minha alma está em perpétua aprendizagem e em prova de si mesma». ⁴⁶ Toda a obra de Shakespeare – o “reiventor do humano”, segundo um dos seus mais abalizados críticos – ensina, fundamentalmente a ouvir com atenção “a sua própria música cognitiva”, ⁴⁷ pois “o significado existe a partir da auto-escuta” ⁴⁸. A “escapada rumo à introspecção” não tem um sentido místico, antes abrindo a via para a descoberta da identidade original de cada homem.

A descoberta da originalidade é a descoberta de um olhar para si não desconectado, porém, do reconhecimento do “valor do homem” como ser terrestre ou mundano, inserido no mundo da natureza e da história e capaz de forjar em si o próprio destino. ⁴⁹ Leon Battista Alberti (1404-1472), comerciante, arquiteto e poeta florentino rejeitará a força de um destino dado, dizendo acreditar ter o homem nascido “certamente não para corromper-se já sendo, mas por estar fazendo”. ⁵⁰ A pertença à sociedade e à natureza não é uma condenação ou um exílio, mas um instrumento de liberdade, pressuposto da capacidade do homem para projetar a própria e singular existência, ⁵¹ associada à natureza e à história.

Esse novo homem – atento à sua singularidade, voltado para a vida ativa – postula uma *nova realidade normativa*,

⁴⁶ MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, Lin. III. « Si mon ame pouvoit prendre pied, je ne m'essaierois pas, je me resoudrois: elle est tousjours en apprentissage, et en espreuve ».

⁴⁷ BLOOM, Harold. *Hamlet - Poema Ilimitado*. Tradução de José Roberto O'Shea, São Paulo, Objetiva, 2004, p. 45

⁴⁸ BLOOM, Harold. *Gênio. Os 100 autores mais criativos da História da Literatura*. Tradução de José Roberto O'Shea. São Paulo, Objetiva, 2002, p. 51-55.

⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 7. Também HÖFFDING, Harald. *Histoire de la Philosophie Moderne*. 3^a ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924, p.14 et seq.

⁵⁰ “Pertanto così mi pare da credere sia l'uomo nato, certo non per marcire giacendo, ma per stare facendo” (apud ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 23).

⁵¹ ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 7.

novos conceitos e categorias, um método e – principalmente – um novo fundamento de legitimidade para os seus deveres, obrigações, interdições e responsabilidades.

A par da integração dos *iura propria*, os ordenamentos plurais, no *ius commune* romano justiniano (em que a *coralidade* será reduzida a unidade sob o moto do *reductio ad unitatem*), o trabalho operado sobre as fontes romanas clássicas, desde o Renascimento do séc. XII por uma estirpe de juristas cultos nas universidades e nas chancelarias reais,⁵² já possibilitara a formação de novas categorias conceituais e de um *novo modo de raciocinar*, o raciocínio *more geometrico*, sintetizado nas idéias de *dedução* e de *abstração*: categorias antes ligadas a uma ação ou circunstância são direcionadas, por um processo de síntese, a abranger um grande grupo de casos, produzindo novos sentidos e, assim, atendendo às novas realidades sociais. No raciocínio dos juristas, a tópica cede lugar ao pensamento sistemático.⁵³

Uma dessas categorias é a encerrada na palavra *ius*, direito.

Conotada no direito romano a uma *actio* ou posição processual⁵⁴ favorável detida por uma pessoa – posição essa que lhe conferia uma particular proteção do Direito, como conseguir, junto a um magistrado, uma injunção que, caso se verificassem os fatos alegados, habilitasse o juiz a determinar medidas concretas – o termo *ius* aludia a *coisas substantivadas*:⁵⁵ ao objeto da justiça (às leis naturais, civis,

⁵² Para a passagem da « oficina da prática » dos juristas da Alta Idade Média ao « laboratório dos juristas » da Baixa Idade Média ver, por todos, de GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

⁵³ Para uma síntese, o meu MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp.133-154.

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 147.

⁵⁵ VILLEY, Michel. L'idée de droit subjectif et le droit romain, in *Le Droit et les Droits de l'Homme*. 2a. edição. Paris : PUF, 1990, p.78. Idem em *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, cit, pp. 662 et seqs. Explica VILLEY que a língua latina possuía a forma do infinitivo substantivado, e o infinitivo se declinava – *utendi*, *non extollendi* etc, tendo então o valor de um objeto.

éditos do pretor), à arte do justo,⁵⁶ a obrigações (*ius altius non tollendi*, entre outros), e, fundamentalmente, a uma noção semelhante à de mérito, *status*, condição, no sentido aristotélico de papel ocupado pela pessoa ou coisa no organismo social.⁵⁷ Esse é o sentido da célebre passagem do Digesto – *ius suum cuique tribuens* (D. I, 1, 10 pr.). Aí se reportava não ao direito subjetivo de cada pessoa, mas ao *status* que cada um ocupa, por justiça, na ordem social, teleologicamente orientada.

Porém, no léxico medieval *jus* se torna, pouco a pouco, uma palavra ambígua e complexa, um composto de *faculdade* e *ordenamento*. Ordenamento, no sentido objetivo, que sujeita a sociedade e seus indivíduos, mas também *faculdade*, não como o equivalente da moderna liberdade individual, subjetiva, porém poder social, *habilitação* do indivíduo dentro da ordem estabelecida.⁵⁸ Num secular esforço de abstração obtém-se, a partir do esquema de base processual romano, isolar a posição substantiva correspondente à ação processual: o “*ius*” do sujeito, ou “direito subjetivo”.⁵⁹

Então, *ius* passa a significar já não mais uma posição, mas um poder de atuação na ordem social. Esse poder será o poder do indivíduo, isto é, o *direito subjetivo*.

⁵⁶ VILLEY, Michel, Les origines de la notion de droit subjectif, in: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 229. O labor dos juristas romanos tendia mais à descrição de uma ordem vigente, o estudo das coisas (*rerum notitia*) e do justo/condição própria de cada coisa, i. é, o que cada coisa deveria ser num mundo ordenado e justo (idem, p. 236).

⁵⁷ Este o sentido, segundo o autor, do *jus suum cuique tribuens* (D. I, 1, 10 pr.): não o direito subjetivo de cada pessoa, mas o *status* que cada um ocupa, por justiça, na natureza, teleologicamente ordenada: “il y a un juste de chaque chose et de chaque personne: précisément le statut juridique, la place précise que dans l'ordre général la justice donne à chacun, non point du tout cet avantage, cette faculté, ce pouvoir que nous appelons droit” (Villey, ob. cit., p. 233).

⁵⁸ CLAVERO, B. *Institución Histórica del Derecho*, in: Clavero, B.; Hespanha, A.; Petit, C.; Vallejo, J. *Curso General de Historia del Derecho*. Madrid, Marcial-Pons, 1992, pp.24-25.

⁵⁹ As raízes da subjetivação da noção de *ius* datam do *jus commune* quanto os canonistas e comentadores, articulando os conceitos romanos de *actio*, de *obligatio* (vínculo constritor) e uma idéia de *ius*, assemelhada a idéia atual de “estado”, começam a questionar sobre a causa que funda uma ação, respondendo: toda causa que funda uma ação é um direito. Ao processo de subjetivação se agregará pela obra de Ockham, o voluntarismo.

Essa expressão, observa ironicamente Michel Villey, “é um desses vocábulos que os juristas bem educados têm a elegância de não referir, porque ele é tão obscuro que denota uma *pretensão suspeita à filosofia*”.⁶⁰ Porém, a pretensão à filosofia nada tinha de suspeita numa época em que ainda se indiferenciavam Filosofia e Direito – que, todavia, lentamente descolavam da Teologia. Dois alemães, um francês, um holandês e um inglês serão os engenheiros-chefes do Direito privado moderno.

No primeiro andar, está a distinção entre o Direito Divino e Direito Natural: Philippe Melanchton (1497-1560), o amigo de Lutero confere à lei natural, princípio primeiro das relações jurídicas, um fundamento independente, natural e racional.⁶¹ Johannes Althusius (1557-1603), o ardente calvinista, elabora a teoria do contrato social, pacto fundador expresso ou tácito de onde derivam os direitos de que carece o indivíduo isolado, portador, porém, de uma natural sociabilidade.

No segundo andar, está o francês Donellus, expoente maior do Humanismo tardio, que, em 1590, escrevera um *Commentatorium de jure civile* distinguindo, na categoria de “os direitos que são nossos” entre aqueles que recaem sobre a própria pessoa e os que incidem sobre coisas externas, explicando estarem entre os primeiros (*iura in persona ipsa*) quatro manifestações essenciais: o direito à vida (*cujusmodi sunt vita*); o direito a não ser molestado, isto é, o direito à

⁶⁰ VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. (datilografado), Paris, 1975, p. 225.

⁶¹ Philippe Melanchton (1497 - 1560), nascido em Brettem como Philipp Schwartzerd, foi um discípulo de Lutero. Afirmará em sua cátedra da Universidade de Wittenberg que “toda conclusão, toda enumeração, todo cálculo, toda aceitação dos princípios primeiros das ciências e todo julgamento moral têm por base certas idéias, implantadas pela divindade e inatas a cada indivíduo (*noticiae nobiscum nascentes, divinitus sparsae in mentibus nostris*). Obscurecidas pela queda do homem pecador, essas verdades inatas poderiam vir a tona pela razão (Referências em HÖFFDING, Harald. *Histoire de la Philosophie Moderne*. 3ª ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924, p. 44 et seq). Para uma síntese dos humanistas alemães e dos juristas do *usus modernus pandectarum* v. ainda WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. Hespanha. Lisboa, Gulbenkian, 1980, p. 161-178;189-278.

integridade física (*corporis incolumitas*); o direito à liberdade (*libertas*) e à reputação, que corresponde a um estado de dignidade ilibada (*existimatio*).⁶²

Completando a obra, o holandês Hugo Grotius (1583 – 1645) que liga, não apenas faz aquela distinção, mas situa num outro quadro metodológico o Direito Positivo.

Para tanto, liga o Direito às Matemáticas para encontrar as suas “verdades inatas”, sua autonomia, afastando-o do mundo empírico para construir categorias tão ideais quanto abstratas, então se iniciando o desenho de um sistema lógico-dedutivo, no qual os elementos se vêm concatenar na urdidura do todo, em que as normas particulares descendam das gerais “e que cada sanção individual recebe do todo a sua sanção e autenticação”.⁶³ É nesse contexto, diz Cassirer, que se deve entender a célebre frase de Grotius de que todas as teses do direito natural conservariam a sua validade, mesmo admitindo que não exista nenhum Deus ou que a própria divindade não tivesse a menor preocupação com as coisas humanas. Aí está a tese segundo a qual o legislador, ao decretar as leis positivas, conserva os olhos voltados para uma norma de validade universal, exemplar, coercitiva para a sua própria vontade e para todas as outras.⁶⁴

No cume do edifício, revirando pelo avesso a tradição medieval, aristotélica e tomista, está Hobbes, que assimilará o direito subjetivo à liberdade individual, dotando-o, todavia, de um guardião, o Estado:

⁶² Referências em MENEZES CORDEIRO, A. M. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo III. Pessoas*. Coimbra, Almedina, 2004, p. 33-34.

⁶³ Assim CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992, p. 321. Não apenas por ter lançado as pedras fundamentais da primeira sistemática jurídica Grotius é “o pensador mais importante e original produzido nos meios humanistas”. Também conectará o direito natural ao direito das gentes, direito das nações em guerra para fundamentar o direito à livre opinião religiosa (*De iure belli ac pacis*, 1625); à defesa (*idem*) e à liberdade de comércio (*Mare Liberum*, 1604) requerida pelo capitalismo que se anunciava.

⁶⁴ CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992, p. 323.

Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *lex* e *ius*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o *direito* consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a *lei* determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a *lei* e o *direito* se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria (...).⁶⁵

O Estado é, portanto, verdadeira condição de existência de direitos subjetivos. Dirá Hobbes: “É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido”⁶⁶. De outro modo, os pactos não passariam de “palavras e vento”⁶⁷ e não poderia ser distribuído a cada um do que é seu.⁶⁸

Estão feitas a conexão e a abstração, está dado um fundamento positivo. Um poderoso artefato encontra entidade concreta. Os direitos do indivíduo abstratamente considerado – direitos subjetivos – terão uma verdadeira força propulsora, política e jurídica.

A quem compete tais direitos subjetivos?

Aqui começa uma outra e conexa história: não exatamente a da palavra *indivíduo*, mas da palavra *pessoa*.

3 Da pessoa

A palavra *pessoa* – *persona* – denotava, tradicionalmente, um papel, uma *representação* indicativa do *status* ocupado na

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XIV. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p. 78.

⁶⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XVIII. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.107.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XVIII. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.109.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XXIV. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.150.

organização social, isto é, algo que se tem (A). Não era necessariamente o sujeito, mas assim se torna, o que viabiliza a reunião entre indivíduo e pessoa, pessoa e sujeito.

3.1 A pessoa como algo que se tem: *Habere Personam*.

“Uma pessoa”, diz Hobbes “é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro”.⁶⁹ Nos alvares da Modernidade “pessoa” confundia-se, pois, com o papel social desempenhado (“representado”).⁷⁰

A ligação entre as noções de pessoa e de representação, ou “atuação social”, era antiga e transcultural: Comparato a encontra em Epicteto, filósofo estóico;⁷¹ Kantorowitz desvenda as percepções medievais do termo, a ligação entre a *persona* e os papéis atribuídos ao rei, concomitantemente *persona publica* e *persona privata*, o que veio a dar na teoria dos Dois Corpos e está na base de algumas de nossas concepções no Direito Administrativo e Tributário.⁷² Carlo Guinsburg⁷³

⁶⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, Cap. XVI, p. 101 (também transcrito por ALVES, Gláucia Retamozzo Barcelos, “Sobre a Dignidade da Pessoa”, in MARTINS-COSTA, J. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 216).

⁷⁰ Segundo a interpretação mais corrente, a palavra “pessoa” (e sua correspondente grega, *prosopon*) designa a máscara do ator e, daí, também o papel que o ator representa.
⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2003, p. 16 e 17. Lembra o autor a distinção, devida aos estóicos, entre *hypóstasis* (literalmente: o que está colocado sob, e traduzido, no latim, por *substantia*) e *prosopon* (papel, personagem, máscara). Epicteto diz: “Haverá um tempo em que os atores trágicos acreditarão que suas máscaras (*prosopon*), seus calçados, suas roupas, serão eles mesmos. Homem, tu nada mais és aqui do que matéria para a tua ação e teu papel (*prosopon*) é representar. Fala um pouco para se ver se és um ator trágico ou cômico; pois, exceto a voz, tudo o mais é comum a um e outro; e se lhe tiramos os calçados e a máscara (*prosopon*), se ele se apresenta em cena com a sua própria individualidade, o ator trágico desaparece ou sobrevive ainda? Se ele tem a voz correspondente (a esse papel), sobrevive”. O trecho de Epicteto transcrito por Comparato está nos Discursos, Livro I, cap. XXIX, 41 a 43.

⁷² KANTOROWICZ, Ernst. *Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

⁷³ GUINSBURG, Carlo. Representação. A palavra, a idéia, a coisa. In. *Olhos de Madeira. Nove Reflexões sobre a Distância*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 2001, p. 86.

segue as trilhas da história, da filosofia e da literatura, para revelar uma diversa antropologia, desvelando as ligações entre a *persona* como papel e a *dignitas* como instituição pública. Marcel Mauss demonstra, pelo caminho fascinante da etnografia, o longo percurso, nas mais diferentes culturas, que vai das ligações entre mascarada e máscara, entre personagem e *persona*, e desta a um nome, a uma *imago* e ao *cognomen*, até alcançar a identificação entre pessoa e indivíduo, e, depois, o elo entre o indivíduo e um ser com valor moral e metafísico; de uma consciência moral a um ser sagrado e, deste, por fim, a uma categoria fundamental do pensamento e da ação.⁷⁴ No campo específico da História do Direito, Clavero atesta: no Renascimento, *persona* designava ainda, tecnicamente, a faculdade social ou a legitimação processual para atuar no mundo do direito em nome de interesses próprios, de interesses alheios, mediante mandato, de modo que se dizia que *um indivíduo tinha pessoa*:

Pessoa é, tradicionalmente, algo que se possui, não que se seja. Desde tempos antigos, o sintagma jurídico se formulava como *habere personam*, não como *essere persona*.⁷⁵

Para os antigos romanos, *servus non habet personam*, não têm o seu corpo, como não tinham antepassados, nome ou *cognomen*. O *ter* pessoa não estava cingido, porém, à representação corporativa, e não só os escravos eram excluídos. A pessoa do marido recobria também o sexo feminino. Isso irá longe: na Inglaterra do séc. XVIII, Blackstone, em seu célebre *Comentário* que tanta influência também entre os juristas brasileiros do Oitocentos,⁷⁶ anotava:

⁷⁴ MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de "eu". In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. De Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003, p.369-399.

⁷⁵ CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 13, traduzi.

⁷⁶ A obra de Blackstone vem, por exemplo, expressamente recomendada por PIMENTA BUENO, no seu *Direito Público Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857, p. 17.

Pelo matrimônio, marido e esposa são, em direito, uma pessoa, isto é, o mesmo ser ou a existência jurídica da mulher resta em suspenso durante o matrimônio, ou é ao menos incorporada e consolidada na pessoa do marido, sob cujas asas, proteção e cobertura (*cover*) ela opera; por isso a chamamos, em nossa linguagem jurídica de matriz francesa, *feme-covert*; diz-se que está *cover-baron*, ou sob a proteção e influência do marido, seu *barão* ou *senhor*.⁷⁷

E chegará aos nossos dias por sorrateiras formas: até 1977,⁷⁸ no Brasil, o próprio Código Civil impunha à mulher casada o nome do marido, recobrando-a, assim, com o mais significativo signo da sua *persona*, um verdadeiro selo que fazia apagar até os traços denotativos da ascendência biológica dos seres humanos do sexo feminino: Até então, o nome do marido obrigatoriamente a recobria, como na Inglaterra renascentista.

Foi Thomas Hobbes, nos meados do séc. XVII quem plasmou a concepção da *pessoa como indivíduo* que será acolhida pelo Constitucionalismo e pela Codificação vindos à luz entre os séculos XVIII e XIX.

Ao conectar essas duas idéias – pessoa e indivíduo⁷⁹ – Hobbes forneceu as armas para produzir uma verdadeira

⁷⁷ BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Livro I, Of the Rights of Persons, cap. 15, "Of Husband and Wife", p. 430, no original: "By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law-french a *feme-covert*; is said to be *cover-baron*, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or *lord*". (Apud CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 28, nota 44.).

⁷⁸ Lei 6.515/77, art. 50. São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: (...) 5) Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Parágrafo único. A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido (grifei).
⁷⁹ Essa idéia não era desconhecida dos juristas romanos. No séc. VI Cassiodoro, sucessor Boécio como *magister officiorum*, resumirá: "*persona – substantia rationalis individua*". (apud Marcel Mauss, op. Cit., p. 393). Porém a idéia não tivera entidade

revolução cuja plenitude será alcançada após Kant, no universo das idéias, após a Revolução francesa, no concreto mundo das transformações sociais.

Hobbes encontrou a idéia estatutária de pessoa, isto é, a pessoa como possessão de um estado. Juntando-a com a noção de indivíduo recortada pelos Humanistas, Hobbes subverte o estado da questão, utilizando o termo antigo – “pessoa” – para construir uma idéia nova: colada à noção de indivíduo pessoa passará a designar o “ator jurídico”, isto é, o *sujeito de direitos*, e de direitos não por acaso denominados “direitos subjetivos”, o primeiro deles sendo o domínio, ou propriedade.

Daí a conexão traçada entre ser humano/ indivíduo /pessoa/ sujeito de direitos (subjetivos). É daí, também, a conotação que podemos extrair dessa articulação: o ser pessoa era atributo conotado ao *ter direito de propriedade*, e autoridade para fazê-la circular na ordem sócio-econômica por meio do exercício de um direito subjetivo, *direito dos sujeitos* viventes no mundo regrado pelo Direito.

Já observamos que o termo “sujeito” ingressou no léxico ocidental - advindo do latim escolástico *subjectum* - por volta do séc. XIII, denotando sujeição, pois vindo do latim *subjectus*, *subjectio*, do verbo *subjicere*, “colocar sob”, de onde “submeter”, que remete ao grego *hypokeimenon*, o que está embaixo, que dará, no latim, também *substantia*, anotando Gadamer que, com esse significado, *hypokeimenon* aparece na física e na metafísica aristotélica.⁸⁰ Porém, a linha que nos interessa agora não é a da etimologia, é a da Escolástica.

Então, *subjectum* indica “o que está subordinado”, distinto de *objectum*, “o que está colocado adiante”, derivado do verbo latino *obicere*. E essa é a linha que interessa, pois, no séc. XVI, ganha o sentido de “causa, motivo” e, mais tarde,

da ordem prática conquanto apanhada pela Igreja na questão da unidade das três pessoas (Trindade) e da dupla natureza de Cristo.

⁸⁰ GADAMER, H.G. Subjetividad y intersubjetividad, sujeto y persona. in: *El Giro Hermenéutico*, tradução de Arturo Parada, Catedra, Madrid, 1995, p. 13.

o de “pessoa que é motivo de algo” para, finalmente, designar “pessoa considerada nas suas aptidões”.⁸¹

Quais são as aptidões requeridas ao sujeito de direito moderno?

A doutrina civilista preparou a ferramenta de que o direito moderno careceria, inventando o sujeito de Direito como *ser dotado de capacidade* para atuar na ordem jurídica assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades.

3.2 Do indivíduo à pessoa como sujeito de direitos

Foi preciso, antes, Hobbes, mas o inventor dessa última conexão, desse *artefato* consagrado pelos Códigos Civis, foi Domat, que, nos Seiscentos, elaborara um sistema coerente de conceitos com os quais descrevera os institutos do Direito Privado, procedendo a uma espécie de unificação descritiva dos diversos regimes particulares que deu a base para a sistemática do tipo francês, consagrada, no séc. XIX, pelo Código de Napoleão.⁸²

Domat foi o autor de uma revolução semântica,⁸³ giro hermenêutico que opera por meio de uma invenção, nascida de uma constatação, de uma transposição, de uma redução e de uma oposição.

A *revolução*: Domat, o jansenista amigo de Pascal, toma como ponto de partida o Homem cristão e, portanto, universal – como queria São Paulo no Evangelho⁸⁴ – para explicar o direito. “Mais precisamente”, adverte Edelman, “ele ‘descobre’, na natureza humana, o plano da Sociedade: cada indivíduo

⁸¹ Para essas informações, consulte BLOCH, O., e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 2002, verbetes *object*, *objet*, *sujet*, *subjectif*.

⁸² Domat, sucessor de Donellus e antecessor de Pothier, escreveu *Les Lois Civiles Dans leur Ordre Naturel*. Para uma síntese v. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1976, p. 97 et seq.

⁸³ EDELMAN, Bernard. *Naissance de la personne*, in *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 46.

⁸⁴ Evangelho Segundo São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28.

contém, em si, a totalidade do mundo”⁸⁵, como havia dito no início do Renascimento Nicolau de Cusa ao reconhecer ao homem o posto central de mediador e síntese do inteiro mundo, ponto central da *coincidentia oppositorum* – a interdependência dos opostos – combinando a unidade com a diversidade e apontando a compreensão da unidade impeditiva do naufrágio na fragmentação do real, da queda na voragem relativista.

A constatação: o Direito romano, que atingira excelsas alturas ao criar o Direito civil, desconhecia a *natureza universal do homem*, aquela que é Revelada pela religião dos cristãos. Por ignorar essa natureza, os romanos não conseguiam ver o ser humano senão em *situações precisas* – a de pai, ou de filho, ou de escravo – delas tirando conseqüências jurídicas. Porém, essas conseqüências eram somente parciais e contingentes, sendo delas impossível deduzir uma qualidade única que designasse “o homem em geral”.⁸⁶

⁸⁵ EDELMAN, Bernard. Naissance de la personne, in *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 46, no original: « En effet, ce janseniste, ami de Pascal et familier au Port-Royal, opère une véritable révolution : il part de l’Homme chrétien, donc universel, pour expliquer le droit : plus précisément, il ‘découvre’ dans la nature humaine, le plan de la Société : chaque individu contient, en soi, la totalité du monde (...). Ainsi, malgré une forte imprégnation théologique, on pressent l’individualisme moderne, à savoir un individu qui a interiorisé le droit au point de le découvrir en lui-même ». Porém, a “descoberta” havia sido feita por Bovillio que afirmara: o homem que alcança o grau mais alto, isto é, o do compreender, traz consigo o mundo inteiro à sua completude (De Sap., 1-2) e, por esta via, o homem torna-se microcosmos, *minor mundus*, que traz à sua verdade e ao seu valor autêntico o macrocosmo, *maior mundus*. (Para essas referências consultei ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim. UTET, 1993, p. 25). E, mais recuadamente ainda, por DE CUSA e ainda por Mestre Eckard, no outono da Idade Média que haviam programado a individualidade como tarefa, o indivíduo sendo o microcosmo em que se agrupam poder criador, liberdade e espontaneidade e, assim, se torna um sujeito substancial com individualidade única e independente (CASSIRER, Ernst. *Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento*. São Paulo, Martins Fontes, 2001 et seq; HIRSCHBERGER, Johannes. *História da Filosofia na Idade Média*. Trad. Alexandre Correia. Ed. Herder. Disponível em : http://www.consciencia.org/filosofia_medieval24_nicolau_de_cusa.shtml).

⁸⁶ EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 54. Também em in *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 46-48 (idem em *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 47-81).

Os romanos nada haviam dito sobre “o Homem”, porque eles ignoravam sua *essência*: ao politeísmo que comandava a sua religião correspondia necessariamente uma pluralidade de estados jurídicos correspondendo ao ser humano. Porém, Deus determina que o homem seja designado como uma modalidade que valha universalmente e, assim, determina que procuremos a *essência comum*, a *medida indivisível*, sem a qual falharíamos quanto à finalidade que Deus inscreveu em nós. A universalidade do homem deve corresponder uma definição jurídica com valência universal. E Domat assim a descobre:

Se considerarmos”, diz ele, “as diferentes leis que regem a sociedade, perceberemos que elas têm todas em comum [o fato] de tornarem as pessoas capazes ou incapazes... De sorte que podemos dizer que o estado das pessoas consiste nessa capacidade ou incapacidade.⁸⁷

A *transposição*: constatando que a capacidade ou a incapacidade era o “elemento comum”, Domat eleva esse elemento à universalidade, e aí está a sua invenção: o tornar a capacidade o *elemento unificante*, o que torna possível pensar nos “homens” como uma categoria universal: não mais as secções que *situavam* “o homem”, cada homem concreto no seu respectivo papel (na sua *pessoa*), mas o elemento que, afastando cada homem de sua concreta *situação* (pessoa), os torna *sujeitos abstratos e sempre iguais, na abstrata capacidade para produzir atos jurídicos*.

Porém, essa transposição só seria possível mediante uma redução: o direito tem o poder de expulsar certos seres humanos, de reduzir sua capacidade, mesmo de cassá-la. São livres, diz Domat, “aqueles que não são escravos e que conservaram a sua liberdade natural, que consiste no direito de fazer tudo o que quiserem, salvo o que é proibido pelas

⁸⁷ Domat, *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre II, transcrito por EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 54.

leis, ou o que uma violência impede de fazer”.⁸⁸ Desse modo, o que o direito dá, o direito pode tirar. A desnaturalização do conceito é assumida como sua própria condição. Mais tarde, observa Edelman, bastará trocar Deus pelo Estado para recair não apenas no “sujeito estatal”,⁸⁹ mas no coração da problemática moderna do sujeito – problemática contemporânea, diríamos, pois estará no eixo da reflexão bioética acerca do estatuto do ser humano e do embrião,⁹⁰ estará na linha que acantonará o direito subjetivo – poder da vontade livre – ao mero exercício da função econômica no universo do mercado, passando ao largo da gestação de direitos subjetivos à fruição efetiva dos bens sociais⁹¹ para as concretas pessoas, nas suas desigualdades.

Por fim, ao inventar o sujeito de Direito, Domat retoma um fio deixado por seu conterrâneo Bovillio no traçar de uma linha dicotômica entre *pessoa e coisa, sujeito e objeto* no Direito.

Não que a *distinção* entre *persona* e *res* fosse desconhecida: já era tratada pelos romanos,⁹² devendo-se também à filosofia estoica.⁹³ O que começa a mudar é o significado da distinção: estão lançadas as bases para a sua oposição.

⁸⁸ *Les lois civiles*, cit., Livre préliminaire, Tit. II, apud EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 55, no original: « les personnes libres sont ceux qui ne sont point esclaves et qui ont conservé la liberté naturelle, qui consiste au droit de faire tout ce qu'on veut à la réserve de ce qui est défendu par les lois ou de ce qu'une violence empêche de faire ».

⁸⁹ EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 56.

⁹⁰ Veja-se, a propósito, a obra de ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

⁹¹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995, p. 70.

⁹² Acerca da significação de “res” – e da sua deturpação pelos romanistas do séc. XIX e mesmo do séc. XX, ainda encharcados de Pandectística – veja-se a análise histórico-semântica de THOMAS, Yan, *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980, p. 413-425).

⁹³ Alguns autores vêem no estoicismo um movimento “precursor” da racionalidade moderna justamente por sua concepção de um *sensus sui*, de uma consciência de si e de uma auto-referência no agir, como explica BICCA, Luiz, *Racionalidade Moderna e Subjetividade*, São Paulo, Loyola, 1997, p. 150-152.

Os homens são sujeitos (isto é, têm aptidões), têm o universo à sua disposição. Na relação entre os homens e as coisas é fixada a *prevalência do olhar subjetivo*, que transformará, por exemplo, uma “coisa”, como um pedaço de campo, num “direito”, o “direito de propriedade”, avaliado segundo o exclusivo, arbitrário e abstrato critério desse olhar subjetivo. Isto significa dizer que a coisa, em si, em suas utilidades econômico-sociais, a “*utilitas rei*” objetivamente considerada, será irrelevante para a definição do estatuto proprietário. Daí a dizer Yan Thomas:

A oposição metafísica entre o sujeito e o objeto funda toda a nossa visão do direito. Nessa partilha entre o domínio subjetivo da ação e o domínio objetivo das coisas, entre liberdade da pessoa e passividade da natureza, não há lugar para noções ambíguas ou médias, que concernem, ao mesmo tempo, ao ser e ao ter. Daí o emprego de ficções chamadas a deslocar, a fim de assegurar a coesão do sistema, algumas funções rebeldes a essa *summa divisio*. Assim o patrimônio, concebido como atributo da personalidade – envelope vazio, fundos nos quais toda a substância reside em sua virtualidade, a qual subverte a relação inicial, pois a personalidade torna-se (“*devient*”), de toda a forma, o acessório de seu objeto.⁹⁴

É a Descartes que devemos essa virada decisiva no curso do pensamento filosófico ocidental,⁹⁵ virada que, na

⁹⁴ THOMAS, Yan, *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980, no original : « L'opposition métaphysique du sujet et de l'objet fonde toute notre vision du droit. Dans ce partage entre le domaine subjectif de l'action et le domaine objectif des choses, entre liberté de la personne et passivité de la nature, il n'y a pas le place pour les notions ambiguës ou médianes, qui relèveraient à la fois de l'être et de l'avoir. D'ou l'emploi de fictions appelées à déplacer, afin d'assurer la cohésion du système, certains fonctions rebelles à cette *summa divisio*: ainsi le patrimoine, conçu comme attribut de la personnalité, enveloppe vide, fonds dont toute la substance réside en sa virtualité, laquelle pervertit le rapport initial, puisque la personnalité devient en quelque sorte ici l'accessoire de son objet »).

⁹⁵ Não por mera coincidência, enquanto no Direito ocorre a elaboração da cisão entre o ser humano e o ser capaz, entre o sujeito e o objeto da relação jurídica, na filosofia começa Descartes a elaborar a cisão entre o homem e o cosmos, entre o corpo e a alma. Esta é a substância, o “eu”, desprendida da materialidade.

observação de Bicca, “sela o destino da moderna concepção de racionalidade ou de razão como articulada profunda e necessariamente com o conceito paradigmático de subjetividade”.⁹⁶ Descartes, que preferia ser “espectador” a “ator” das “comédias do mundo”,⁹⁷ havia dito:

concluí de tudo isto que eu era uma substância que reside unicamente em pensar e que, para que exista, não necessita de lugar nenhum nem depende de nada material, de modo que eu, isto é, a alma, pela qual eu sou, é totalmente diversa do corpo e mesmo mais fácil de ser reconhecida do que este e, ainda que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.⁹⁸

Dessa oposição, nasce o olhar moderno, antropocêntrico, nasce a conexão entre *ius* e indivíduo e entre esse e a vontade humana – já não mais divina. No Renascimento, é constituída, pois, a rampa de lançamento de um *direito da pessoa* considerada laicamente em si e por si -, categoria universal, por certo, mas, igualmente, categoria formal e, nesse sentido, “dessubstancializada”. Savigny no séc. XIX, transformara em dogmática jurídica essas idéias – mas essa já é outra história, a da Modernidade plena.

4 Conclusão

Até aqui, mergulhamos no continente submerso. Mas o Renascimento começa com a subida a uma montanha descortinando a perspectiva. O que nos mostra, agora, o panorama visto do alto, do nosso imaginário Mont Ventoux?

O conceito de *pessoa humana* está no centro do Biodireito, que postula à dogmática jurídica um novo critério

⁹⁶ BICCA, Luiz, *Racionalidade Moderna e Subjetividade*, São Paulo, Loyola, 1997, p. 155.

⁹⁷ DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d., p. 57.

⁹⁸ DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d., p. 67. grifei.

de discrimine entre as categorias de “pessoa” e de “coisa”⁹⁹ que viabilize, por exemplo, a disciplina das pesquisas com células de embriões humanos, decidindo-se se o embrião é “ser humano” e se todo o “ser humano” é ou não “pessoa”¹⁰⁰ ou determine a patenteabilidade, ou não, das células tronco, a venda, ou não, de informações genéticas.

O conceito de indivíduo é também posto em xeque na nova economia conexas à sociedade da informação digital:¹⁰¹ tal qual ocorre no plano da genética, o *individuum*, literalmente o que é indivisível, deixa de sê-lo, se desintegra, torna-se divisível, ou para usar o termo empregado por Gilles Deleuze, “dividual”.¹⁰² A “interioridade” do indivíduo sendo totalmente exposta – como nos sites de Lifecam, ou voyeurismo em tempo integral – conduz, inexoravelmente, ao controle integral que esfaca a individualidade como singularidade, o mercado acabando com a subjetividade, como no famoso “caso Moore”¹⁰³ concernente à proteção de dados genéticos

⁹⁹ Exemplificativamente, como postulam, entre outros, ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris: LGDJ, 1996; d'USSEAU, Francesca Brunetta. *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non-nato*. Milão: Giuffrè, 2001; PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e il diritto*. Turim: Giappichelli, 1996. e EDELMAN, Bernard. *Le Conseil constitutionnel et l'embryon*. In: *La Personne em Danger*. Paris, PUF, 1999, p. 487 et seq.

¹⁰⁰ STF, ADI n. 3510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Ação ainda não decidida.

¹⁰¹ V. GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Limites e Rupturas na Esfera da Informação*. Conferência apresentada na 52ª Reunião da S.B.P.C., realizada na Universidade Nacional de Brasília, dia 13 de Julho de 2.000 e publicada na revista São Paulo em Perspectiva, vol. 14, n.º 3, Número especial sobre Ciência e Tecnologia. Disponibilizada em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/inf16.htm>, acesso em 18 de agosto de 2007.

¹⁰² DELEUZE, Gilles. *Conversações*, Trad. de Peter Pál Felbart. Rio de Janeiro, Ed. 34, p. 222. Também referido por GARCIA DOS SANTOS, Laymert, op. Cit.

¹⁰³ Em 1976, o engenheiro John Moore, trabalhando no Alaska, soube que era portador de um tipo raro de leucemia (*hairy-cell leukemia*) buscando, então, o centro médico da Universidade da Califórnia; lá foi extirpado o seu baço e, sem seu consentimento, extraíram do material removido uma linhagem de células. Como estas continham uma verdadeira mina de ouro para a pesquisa, contendo substâncias únicas que poderiam servir para tratar determinadas formas de câncer, a Universidade as guardou e, em 1984, a equipe médica patenteou as informações que, em ato contínuo,

sendo a discussão referente à comercialização de células de paciente de câncer resolvido não pelas regras jurídicas atinentes à personalidade *imediatamente* considerada, mas apenas *mediatamente*, pelo viés da proteção da imagem, como se fosse uma *griffe* ou marca publicitária qualquer.

Atinge-se, por fim, o conceito de sujeito: abandonando a acepção escolástica, indefinida a fronteira entre sujeito e objeto, voltam-se ao sentido etimológico, o de “estar em baixo” – sufocados, talvez, pela visibilidade total que leva à “intransparência irreduzível”¹⁰⁴ derivada já não da tecnologia, mas de suas possibilidades e sentidos: a virtualidade, a exclusão, a simulação, as representações. Tudo resulta numa opacidade que, por vezes, é também jurídica, opacidade do sujeito cujo estatuto ontológico passa do ser ao “ser visto”, como se se vivenciasse a *obsolescência do humano*.¹⁰⁵

foram comercializadas para institutos de genética e para o laboratório suíço Sandoz. Em 1990, seu valor chegava a algo perto de 3 bilhões de dólares. Descobrimo o que ocorrera, Moore fez um processo reivindicando o direito às suas células; isto é: reivindicando a propriedade sobre seus “bens corporais” por meio de uma *action for conversion* (equiparável à nossa ação de reivindicação). Primeiramente, os advogados dos médicos argumentaram que o DNA das células de Moore não era uma parte deste sobre a qual ele tivesse o poder extremo de dispor. Para tanto, Moore deveria demonstrar que suas próprias células consistiam em “bens corporais”; que era seu “proprietário legítimo” e que a utilização por outrem lhe trouxera prejuízo. A Corte inicialmente debateu se havia ou não um direito de propriedade sobre o próprio corpo; se as células humanas podiam ser qualificadas como “coisa”, no sentido jurídico. Não alcançando, obviamente, uma razoável qualificação jurídica buscou “saída” no direito à privacidade (*right of privacy*) porém, recuando ao argumento segundo o qual a pessoa humana não “estava” nas suas próprias células. A solução encontrada foi combinar os dois argumentos (direito de propriedade mais direito à privacidade, pela proteção da imagem, bem jurídico incluído na *privacy*). Com essa solução, pondera Edelman, a Corte resolveu a contradição denegando-a: “O direito de propriedade sobre os produtos de seu corpo constitui o corpo como escravo; em contrapartida, a pessoa não é senão o que permite ao sujeito colocar-se em regime de exploração. O right of publicity está prestes a absorver o right of privacy; o mercado absorve a subjetividade”. Relato em http://www.biology.buffalo.edu/courses/bio129/medler_lectures/visuals/John_Moore.html. Comentário em EDELMAN, Bernard. L'homme aux cellules d'or, in *La Personne em Danger*. Paris, PUF, 1996, p. 289 et seq.

¹⁰⁴ INNERARITY, Daniel. *La Sociedad Invisible*. Espasa, Madri, 2004, p. 17.

¹⁰⁵ GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Polítizar as novas tecnologias - O impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Editora 34, 2003.

Desmantelados, nesse quadro, os conceitos de base do sistema jurídico, como, então, atuar a sua dogmática?

No Direito, os conceitos são constituídos por uma tradição, as palavras sendo "*símbolos que postulan una memoria compartida*".¹⁰⁶ Das noções de pessoa, indivíduo e sujeito que recebemos a partir do Renascimento, instaurou-se um universo jurídico, aquele que conhecemos. Mas a linguagem do Direito é também *constituente* e *performática*: funda, conforma e, por vezes, deforma a nossa relação com a realidade. De um ou de outro conceito, resultarão *diversas eficácias*. Compartilhamos, os civilistas, memórias seculares e, por vezes, não nos damos conta dos continentes submersos ao instrumental que usamos, aos conceitos que manejamos como ferramentas de nosso trabalho. Entrecruzando o universo submerso com o panorama visto do alto da montanha, como um Petrarca pré-renascentista, talvez possamos melhor desempenhar a tarefa – permanente – de construção e reconstrução da nossa dogmática.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993.
- ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris: LGDJ, 1996; d'USSEAUX, Francesca Brunetta. *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non-nato*. Milão: Giuffrè, 2001.
- BICCA, Luiz. *Racionalidade Moderna e Subjetividade*. São Paulo, Loyola, 1997.
- BLOCH, O., e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*. Paris, Quadrige/PUF, 2002.
- BLOOM, Harold. *Hamlet - Poema Ilimitado*. Tradução de José Roberto O'Shea, São Paulo, Objetiva, 2004.
- _____. *Gênio. Os 100 autores mais criativos da História da Literatura*. Tradução de José Roberto O'Shea. São Paulo, Objetiva, 2002.
- BORGES, Jorge Luis. *El Libro de la Arena. Obras Completas, III*.

¹⁰⁶ BORGES, Jorge Luis, *El Libro de la Arena, Obras Completas, III*, p. 31.

CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 1949.

CALVINO, Ítalo. *Por Que Ler os Clássicos*. São Paulo. Companhia das Letras, 1994.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995.

CASSIRER, Ernst. *Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

_____. *A Filosofia do Iluminismo*. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992.

CLAVERO, Bartolomé. Principio Constitucional: el individuo em Estado. In: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

_____. *Institución Histórica del Derecho*. In: Clavero, B.; Hespanha, A.; Petit, C.; Vallejo, J. *Curso General de Historia del Derecho*. Madrid, Marcial-Pons, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2003.

CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. Tomo II. 2ª ed, 16ª reimpressão, 1986.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro, Ed. 34.

DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d.

EDELMAN, Bernard. Naissance de la personne. In: *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999.

_____. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* t. 39, Paris, Sirey, 1995.

FINKIELKRAUT, Alain. *L'Humanité Perdue. Essai sur le XX siècle*. Paris, Seuil, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. Martins Fontes, São Paulo, 2004.

GADAMER, H.G. Subjetividad y intersubjetividad, sujeto y persona. In: *El Giro Hermenéutico*, tradução de Arturo Parada, Catedra, Madrid, 1995.

GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Limites e Rupturas na Esfera da Informação*. Conferência apresentada na 52ª Reunião da S.B.P.C., realizada na Universidade Nacional de Brasília, dia 13 de Julho de 2.000 e publicada na revista São Paulo em Perspectiva, vol. 14, no. 3, Número especial sobre Ciência e

Tecnologia. Disponibilizada em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info16.htm>, acesso em 18 de agosto de 2007.

_____. *Politizar as novas tecnologias - O impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Editora 34, 2003.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

_____. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Tradução de Angel M. López y López. Madri, Civitas, 1992.

GUINSBURG, Carlo. Representação. A palavra, a idéia, a coisa. In: *Olhos de Madeira. Nove Reflexões sobre a Distância*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 2001.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Tradução espanhola de Pablo S. Coderch, Ariel Derecho: Barcelona, 1987.

HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e Instituições n Europa do Antigo Regime*. Lisboa, Gulbenkian, 1984.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974.

HÖFFDING, Harald. *Histoire de la Philosophie Moderne*. 3ª ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924.

INNERARITY, Daniel. *La Sociedad Invisible*. Espasa, Madri, 2004.

KANTOROWICZ, Ernst. H. *Os Dois Corpos do Rei - um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

KAUFMANN, A...e HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Gulbenkian, 2002.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis, Vozes, 2007.

_____. *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*. Trad. Orlando Cardoso, Lisboa, Gradiva, s/d.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dezembro de 2004.

_____. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de "eu". In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo III. Pessoas*. Coimbra, Almedina, 2004.

MESSER, Augusto. *La Filosofia Moderna. Del Renacimiento a Kant*. Trad. Esp. de José Perez Bances. 2ª ed. ESPASA-CALPE Argentina S. A. Buenos Aires, 1942.

MONTAIGNE, Michel de. *Essais*. Livre III, 2. Há tradução portuguesa de Toledo Malta, J.M. Seleta dos Ensaios de Montaigne. Rio de Janeiro, José Olympio, 1961.

PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e il diritto*. Turim: Giappichelli, 1996.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *De Hominis Dignitate*. Edição bilingue e tradução italiana de Carlo Carena, Berlusconi Editore, 1995.

RUGGIERO, Guido de. In: *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. I. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1976.

THOMAS, Yan. *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980.*

VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Dalil. Paris.

_____. *L'idée de droit subjectif et le droit romain*. In: *Le Droit et les Droits de l'Homme*. 2a. edição. Paris: PUF, 1990.

_____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WEBER, Max. *L'étique protestante e l'esprit du capitalisme*. Trad. Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. Hespanha. Lisboa, Gulbenkian, 1980.

