

# CONCEPÇÃO REALISTA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E ESTATUTO DO NASCITURO

---

*Mário Emílio Bigotte Chorão*

**Sumário:** 1. A questão fundamental da personalidade jurídica. 2. O fundamento da personalidade jurídica singular. 3. O estatuto jurídico do nascituro.

## 1. A questão fundamental da personalidade jurídica.

1.1. A pessoa jurídica é a realidade primordial e básica do direito, o seu verdadeiro pressuposto e fim último.

As relações de justiça estabelecem-se entre pessoas, à disposição das quais se colocam, como objecto dessas relações, as coisas, assim se perfilando no horizonte jurídico, *ab origine*, como *summa divisio*, a clássica distinção entre *personae* e *res*.

Tudo, na ordem jurídica, gravita em torno das pessoas enquanto titulares de direitos e destinatárias das correlativas vinculações. A alteridade, que é da essência do direito, supõe uma estrutura e dinâmica intersubjectivas, cujos polos são os sujeitos das relações, aos quais se chama, precisamente, pessoas jurídicas. Convém a estas o atributo da personalidade jurídica, ou seja, a susceptibilidade de serem sujeitos dessas relações.

Antes de mais, estão, como pessoas jurídicas por excelência, os indivíduos humanos. Vêm, depois, outras entidades, a que, por analogia e derivadamente, se justifica ampliar, *mutatis mutandis*, o referido atributo da personalidade jurídica. Mas, em definitivo, são sempre os bens e interesses dos homens concretos, dos indivíduos “de carne e osso”, que estão na raiz da ordem jurídica e a configuram como *ordo iustitiae*.

É, pois, inquestionável a fundamentalidade e centralidade da pessoa jurídica como célula originária, realidade estruturante do direito e categoria indispensável à sua compreensão.

**1.2.** Temos, entretanto, de reconhecer que essa importantíssima noção se acha envolta numa densa névoa de ambigüidades, imprecisões e preconceitos, que é oportuno e urgente tentar desvanecer na medida do possível.

Trata-se, por vezes, de simples questões de instabilidade terminológica, mas, freqüentemente, estão em jogo problemas mais substantivos e delicados que respeitam ao rigor de sentido no plano empírico-científico ou no nível filosófico das razões últimas.

Na necessária obra de clarificação desta temática, impõe-se, desde logo, de uma vez por todas, distinguir os conceitos, freqüentemente confundidos e usados promiscuamente, de personalidade jurídica e capacidade jurídica.

O primeiro é puramente qualitativo, designando, como se disse, a susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas. O segundo, ao contrário, comporta uma valência quantitativa, um *quantum*, expressando a medida variável dos direitos e vinculações de que a pessoa pode ser titular ou destinatária (capacidade de gozo), ou pode exercer pessoal e livremente (capacidade de exercício ou capacidade de agir).

Assim, pessoa jurídica, ou se é, ou não: *to be or not to be*. Não há meio termo. A capacidade jurídica, por seu turno, tem-se numa extensão maior ou menor: a pessoa pode ser mais ou menos capaz.

Obviamente, a personalidade jurídica é um pressuposto imprescindível da capacidade, a toda a pessoa jurídica pertencendo, necessariamente, a capacidade de gozo de direitos, que, no caso dos indivíduos humanos, não poderá deixar de ser genérica. Ao invés, não é de excluir que a pessoa jurídica sofra de incapacidade genérica ou, mesmo, absoluta, de exercício.

Antecipando uma tese central do presente ensaio, apresso-me a sustentar que o *conceptus* tem de considerar-se como

pessoa jurídica, dotada de capacidade genérica de gozo de direitos, mas ferida, *ex natura rerum*, de incapacidade absoluta de exercício.

Dá azo a algumas discrepâncias terminológicas a designação dos indivíduos humanos e das demais entidades enquanto pessoas jurídicas. Limito-me a assinalar que em Portugal estão muito generalizadas as expressões “pessoa singular” (em vez de “pessoa física” ou “pessoa natural”), para o primeiro caso, e “pessoa colectiva” (de preferência a “pessoa jurídica” ou “pessoa moral”), para o segundo. Essa opção está consagrada no Código Civil vigente, de 1966.

Mas de muito maior transcendência que a questão da nomenclatura usada é, sem dúvida, a do significado e fundamento específicos da personalidade jurídica desses dois tipos de entes. A esse propósito, impõe-se evitar, quer a tentação da equivocidade, insensível ao que têm de comum as pessoas singulares e colectivas, quer o deslize no excesso abstraccionista e formalista da univocidade, incapaz de discernir o que, sob o rótulo comum da personalidade jurídica, existe de *singular* na *personalidade singular* (releve-se o jogo de palavras), directa e radicalmente fundada, como se há-de ver, na personalidade ontológica do ser humano. *Primo et principaliter*, em sentido forte e por natureza, *proprie loquendo*, pessoa jurídica é o indivíduo humano; secundariamente e *a simili*, podem sê-lo também outras realidades.

É da personalidade jurídica singular que se trata preferentemente nesta exposição.

Uma questão crucial, que se tem prestado a intermináveis polémicas e perturbadores mal-entendidos, é a relativa ao momento de aquisição dessa personalidade pelos indivíduos humanos. Enfrentam-se, fundamentalmente, a este respeito, a tese natalista, baseada no nascimento, e a tese concepcionista, que opta pela concepção. Nesta alternativa de decisivo alcance para o estatuto do nascituro repercute-se, como havemos de esclarecer, a posição fundamental, idealista-positivista ou realista-jusnaturalista, adoptada na abordagem do tema da personalidade jurídica.

Implicadas no debate acerca da identidade e do *status* jurídico do nascituro estão outras *quaestiones disputatae* de grande relevância doutrinal, como as de saber se haverá pessoas jurídicas sem direitos e direitos sem sujeito.

Na impossibilidade de analisar aqui, minuciosamente, essa problemática, apenas se registará que a concepção jurídica realista do realismo clássico sugere, com vigor, uma resposta negativa a ambas as interrogações.

Toda a pessoa jurídica (e no primeiro plano da nossa reflexão continuam a estar as pessoas singulares) tem, necessariamente, capacidade de gozo de direitos e é titular efectiva de alguns direitos concretos. Escapa ao concebível a hipótese de um indivíduo humano dotado de personalidade jurídica e totalmente desprovido de direitos.

Por seu turno, a eventualidade de direitos sem sujeito que às vezes aflora nas discussões acerca do estatuto jurídico do nascituro afigura-se, igualmente, na lógica do realismo, uma irremediável impossibilidade. O direito (*ius*), no seu sentido objectivo primário, é sempre, por definição, algo de alguém, que *ad aliquem pertinet* (*ius suum*), objecto da justiça (*obiectum iustitiae*) nas relações jurídicas<sup>1</sup>. Ao nascituro, enquanto tal, uma de duas: ou não se reconhecem verdadeiros e próprios direitos

---

<sup>1</sup> Sobre este significado primário do direito, na perspectiva analógica do realismo jurídico, permito-me remeter para os seguintes trabalhos da minha autoria: *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1986; *Introdução ao Direito I. O Conceito de Direito*, *id.*, *id.*, 1989.

Por exemplo, para PONTES DE MIRANDA – *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*, 3<sup>a</sup> ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1970 – é *contradictio in adjecto* a ideia do direito sem sujeito (pp. 149-150). Aduz o parecer de J. E. KUNTZE, segundo o qual “todo o direito é de algum sujeito; não seriam concebíveis direitos sem sujeito, nem no terreno jurídico positivo, nem no lógico” (p. 164). Recorre também à ideia de E. ZITELMANN de que “à base da concepção do direito, está a lógica dos predicados: é preciso que exista sujeito para que exista predicado” (p. 165). E de A. BOLZE retém que é “erro ter-se o direito como substância e o sujeito como acidente (*id.*)”.

(direitos *seus*); ou não podem negar-se, sem grave incongruência, os atributos da personalidade e capacidade jurídicas.

A revisão do tema da personalidade jurídica obriga também a reequacionar, atenta e rigorosamente, a problemática do objecto dos direitos, em conexão íntima com a interpretação do significado profundo da aludida distinção máxima entre pessoas e coisas.

O realismo jusnaturalista e personalista atribui a esta *divisio* um enorme alcance ético-jurídico, reflectindo, de algum modo, o abismo ontológico existente entre o ser da *pessoa*, como sujeito e fim-em-si-mesma, e a realidade das *coisas*, enquanto instrumentos e meios ao seu serviço.

Repugna a tal modo de ver que as pessoas sejam tratadas como coisas, objecto de direitos, merecendo-lhe, por isso, naturais reservas os processos de “coisificação” ou “reificação” de sujeitos humanos, como os que actualmente se verificam no campo biotecnológico, com o aborto, a destruição e manipulação de embriões, a eutanásia, o encarniçamento terapêutico, etc.

A reacção a tais tendências despersonalizadoras passa necessariamente pela reavaliação dos fundamentos da personalidade jurídica singular.

Bem se pode dizer que a questão *fundamental* da personalidade jurídica é, precisamente, essa questão dos *fundamentos*. Só a partir da intelecção em profundidade (*intus-legere*) daquele atributo, isto é, da perscrutação da sua *ultima ratio*, será possível achar respostas satisfatórias para os principais problemas anteriormente esboçados.

## **2. O fundamento da personalidade jurídica singular.**

**2.1.** Segundo o ensinamento perene de ULPIANUS, a jurisprudência, que compete ao jurista cultivar, é, medularmente, saber acerca do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*), mas situado num amplíssimo horizonte de conhecimento das coisas divinas e humanas (*divinarum atque humanarum rerum notitia*).

No que ao nosso caso respeita, sugere essa fórmula lapidar que da consideração do problema jurídico da personalidade não

devem ficar arredados as luzes da razão natural e da própria fé, enquanto concorram para esclarecer a verdade acerca do Homem e da sua posição na ordem jurídica. Justifica-se, assim, o apelo ao saber omnicompreensivo e radical da filosofia, mas também a abertura aos contributos teológicos. As antropologias filosófica e teológica, além da antropologia científica, constituem um precioso adjuvante do jurista, na sua missão geral de discernimento e realização prudencial do justo e, em particular, no esforço de compreensão do sentido da pessoa jurídica singular.

**2.2.** Postas as coisas nesta clave, pode dizer-se que, quanto ao fundamento da personalidade jurídica, se defrontam, basicamente, duas concepções: a realista e a idealista.

A primeira situa o direito na realidade (*ius in re*) e na natureza das coisas (*in rerum natura*): ele é, primária e principalmente, a própria coisa justa (*ipsa res iusta*), objecto da justiça. Nesta perspectiva, a personalidade jurídica singular tem o seu fundamento na personalidade ontológica ou natural do indivíduo humano (*fundamentum in re*).

Um dos seus mais lúcidos expositores actuais da concepção realista da personalidade jurídica é JAVIER HERVADA. Sob o influxo do seu notável magistério, vários estudiosos têm vindo a aprofundar as linhas mestras dessa concepção e a aplicá-la, com resultados fecundos, a diversos domínios de pesquisa<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cf., em especial: J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 6ª ed., EUNSA, Pamplona, 1990 (1ª ed., 1981); ID., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. EUNSA, Pamplona, 1992; F. J. HERRERO JARAMILLO, *El derecho a la vida y el aborto*, *id.*, *id.*, 1984; C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, *id.*, *id.*, 1986; ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA, *El concepto jurídico de persona*, *id.*, *id.*, 1989; ID., "La personalidad jurídica del que está por nacer en el ordenamiento jurídico colombiano. Consideraciones de derecho público y de derecho privado", in: AA.VV., *L'inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, Università di Roma "La Sapienza" – Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1997, pp. 163-191.

Por minha parte, proponho a concepção realista da personalidade jurídica nomeadamente, em: *O Problema da Natureza e Tutela Jurídica do Embrião Humano à Luz de uma Concepção Realista e Personalista do Direito*, sep. de

Por sua vez, a concepção idealista desloca, por assim dizer, a sede do direito para o pensamento e a vontade (*ius in mente, ius in voluntate*) e transfere para a lei ou para o sistema positivo a *causa efficiens* da personalidade jurídica. Esta passa a ser um produto racional, de carácter mais ou menos formal e abstracto, explicável com mero fenómeno cultural, à margem de qualquer fundamento natural e metafísico. Neste caso, a personalidade jurídica é, com toda a propriedade, a “máscara” construída pelo sistema normativo e por este posta a quem bem entender, conforme o *papel* social que lhe pretende fazer desempenhar<sup>3</sup>.

Como é bem sabido, para KELSEN, a pessoa jurídica singular (a “pessoa física”) não tem um fundamento real no próprio homem, mas é um conjunto de normas, uma unidade personificada de normas, em definitivo, uma construção jurídica<sup>4</sup>.

---

*O Direito*, Lisboa, 123<sup>o</sup> (1991/IV); *Direito e Inovações Biotecnológicas (A Pessoa como Questão Crucial do Biodireito)*, id., 126<sup>o</sup> (1994/III-IV)); “Revolução biotecnológica e Direito (Uma perspectiva jurídica personalista)”, in *Verbo. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 23<sup>o</sup>, Verbo, Lisboa, 1995, pp. 487-501; *Introdução ao Estudo do Direito. II. A Relação Jurídica* (pol.), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1996-97; “Biodireito”, in *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, 4<sup>o</sup>, Verbo, Lisboa, 1998, cols. 996-1001; “Bioética, Biodireito e Biopolítica (Para uma nova cultura da vida)”, in PAULO FERREIRA DA CUNHA (Org.), *Instituições de Direito. I. Filosofia e Metodologia do Direito*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 65-76.

<sup>3</sup> Como se vê, usa-se aqui a expressão “concepção idealista”, em oposição a “concepção realista”, para designar, genericamente, as construções jurídicas que em vez de procurarem assumir as *coisas* tais quais são em si mesmas e nas suas causas constitutivas (o direito como *ipsa res iusta*; a personalidade jurídica singular como dimensão da pessoa humana em sentido ontológico), as *constroem*, em maior ou menor medida, subjectiva e artificialmente (o direito é a norma posta pelo legislador; a personalidade jurídica, o atributo forjado e concebido pela lei). A primeira daquelas concepções, enquanto ignora o fundamento *real* do direito e da personalidade jurídica, pode também qualificar-se de “irrealista”; e, enquanto expressão da Vontade Legislativa, desatenta à *natureza das coisas*, justifica-se considerá-la um produto do voluntarismo positivista.

<sup>4</sup> Para maiores desenvolvimentos, cf.: H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, I, 2<sup>a</sup> ed., trad. de J. BAPTISTA MACHADO, pp. 320 ss.; C. J. ERRÁZURIZ MACKENNA, op.cit., pp. 221 ss.; ID., *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago do Chile, 1987, pp. 50-52.

**2.3.** Impõem-se alguns esclarecimentos complementares, em súmula muito apertada, sobre a primeira das mencionadas opções.

A concepção realista assenta em três pilares fundamentais: a coextensividade entre pessoa jurídica e pessoa natural; a noção substancialista de pessoa; o princípio da dignidade humana.

Aquela coextensividade significa que quem é pessoa natural ou ontológica é necessariamente também pessoa jurídica (*ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*), sendo a personalidade jurídica atributo originário e direito natural do homem. Não é admissível que o ser humano não seja reconhecido como pessoa sujeito de direito na ordem jurídica.

Por sua vez, a condição ontológica da pessoa só pode definir-se satisfatoriamente com base no conceito metafísico de substância, capaz de reflectir de modo adequado a realidade radical, integral, unitária, individual e permanente do ser humano e de revelar, por assim dizer, o seu autêntico “sabor” entitativo e a sua originalidade pessoal<sup>5</sup>.

---

Para K., tanto a chamada “pessoa física” (pessoa singular), como a chamada “pessoa jurídica” (pessoa colectiva), são construções artificiais da ciência jurídica: a pessoa em sentido jurídico é “um complexo de deveres jurídicos e direitos subjectivos cuja unidade é figurativamente [ou metaforicamente] expressa no conceito de pessoa” (op.cit., p. 327). Esta é “tão-somente a personificação desta unidade” (p. 329). E “como estes deveres jurídicos e direitos subjectivos são estatuídos por normas jurídicas – melhor: são normas jurídicas –, o problema da pessoa é, em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas” (p. 330). Assim, a “chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um mesmo indivíduo”. Enfim: “Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de factos juridicamente relevantes” (p. 331).

Deste modo, se desvanece o *suporte natural* específico da personalidade jurídica singular e esta deixa de ter um fundamento realista (*fundamentum in re*), valendo como mero instrumento normativo-científico, à mercê das manipulações mais arbitrárias do Poder legislativo.

<sup>5</sup> Sobre o conceito de substância (o que tem o ser em si, integra *essentia* e *actus essendi*, está sob – *substare* –, como fundamento), em particular enquanto ponto de partida e base do conceito de pessoa (substância espiritual



É desse tipo a conhecida noção boeciana de pessoa (*rationalis naturae individua substantia*), da qual se aproximam várias outras formulações, nomeadamente, as de RICARDO DE SÃO VÍTOR (*rationalis naturae individua existentia*) e de S. TOMÁS DE AQUINO (*subsistens in rationali natura; omne subsistens in natura rationali vel intellectuali*).

Numa base metafisicamente forte e fortemente realista, estas definições exprimem o que é a pessoa, no seu núcleo ontológico mais profundo: ente *in se e per se*, dotado seu próprio acto de ser (*actus essendi*), indivíduo incomunicável do ponto de vista metafísico (não é parte de um todo substancial) e lógico (não é predicável de várias coisas), ente de natureza racional (racionalidade que é abertura ao Ser, liberdade, alteridade, etc.), unidade substancial corpóreo-espiritual. Para o realismo

---

ou racional), cf., entre outros: H. BECK, *El ser como acto. Continuación especulativa de la doctrina de Santo Tomás de Aquino sobre el ser, inspirada en el principio dialectico de Hegel*, EUNSA, Pamplona, 1968, pp. 71-72 ("El concepto de persona hay que desarrollarlo partiendo del concepto de sustancia"); OCTAVIO N. DERISI, *Esencia y vida de la persona humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1979; ID., *Max Scheler: Ética material de los valores*, E.M.E.S.A., Madrid, 1979 (defesa da tese metafísica substancialista, em crítica à concepção de pessoa do filósofo alemão, sem prejuízo do reconhecimento das valiosas contribuições deste para a filosofia da pessoa e dos valores); G. KALINOWSKI, *L'impossible métaphysique*, Beauchesne, Paris, 1981, pp. 143 e ss. e 173 e ss.; A. MILLÁN-PUELLES, *Léxico Filosófico*, Rialp, Madrid, 1984, *Persona* (pp. 457-466) e *Sustancia* (pp. 539-548); MIRELLA LORENZINI, *L'uomo in quanto persona. L'antropologia di Jacques Maritain*, E.S.D., Bolonha, 1990; J. A. SAYÉS, *Principios filosóficos del cristianismo. Filosofía y Teología*, EDICEP, Valência, 1990; BATTISTA MONDIN, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, E.S.D., Bolonha, 1991, *Persona* (pp. 464-468) e *Sostanza* (pp. 572-574); R. LUCAS LUCAS, *L'uomo spirito incarnato. Compendio di filosofia dell'uomo*, Ed. Paoline, Milão, 1993, pp. 246-247 e 345; J. GARCÍA LÓPEZ, *Lecciones de metafísica tomista. Ontología. Nociones comunes*, EUNSA, Pamplona, 1995, pp. 229 ss.; ABELARDO LOBATO O. P., "El cuerpo humano", in A. LOBATO (Dir.), *El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy. I. El hombre en cuerpo y alma*, EDICEP, México-São Domingos-Valência, 1995, pp. 99 ss.; EUDALDO FORMENT, *La persona humana, id.*, pp. 683 ss.; JAVIER ARANGUREN, *El lugar del hombre en el universo. "Anima forma corporis" en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1997.

substancialista ou personalismo ontológico todo o indivíduo da espécie humana tem a natureza de pessoa (*ubi homo sapiens, ibi persona*), enquanto reúne em si todos os referidos caracteres essenciais inerentes a essa condição ontológica, independentemente das circunstâncias acidentais do desenvolvimento biopsíquico ou da operatividade. Não é concebível a existência de seres de natureza humana que não sejam seres pessoais.

Ao contrário, as teses não-substancialistas (empírico-funcionalistas, actualistas, gradualistas, acidentalistas, etc.) revelam-se impotentes para traduzir com rigor a condição ontológica essencial e íntegra da pessoa. Contaminadas pelo “pensamento débil” e mais ou menos tributárias de preconceitos idealistas, fazem uma leitura superficial, redutora e parcelar do ser humano. Em vez de atentarem nos elementos essenciais e existenciais radicalmente constitutivos da pessoa, atêm-se, segundo critérios variáveis e caprichosos (instrumentalizados, não raro, por propósitos justificativos da manipulação biotecnológica), a indícios falíveis, correspondentes à manifestação de certas propriedades e funções verificáveis empiricamente. Sobre a substancialidade do indivíduo humano o próprio sujeito subsistente de natureza corpóreo-espiritual e a actualidade primeira do seu *esse* fazem prevalecer aspectos meramente acidentais e secundários do seu desenvolvimento biopsíquico, da sua capacidade sensitiva, exercício das suas faculdades intelectuais e volitivas, da sua projecção relacional. Elevando à máxima potência o impulso idealista e voluntarista, em conjugação com influências sociologistas e utilitaristas, chega-se ao extremo, altamente inquietante, de fazer depender a identidade pessoal do reconhecimento alheio ou do teor das relações com os outros. Na lógica deste decisionismo arbitrário, não é para estranhar que se negue a condição de pessoa, não só ao *conceptus nondum natus*, mas também a recém-nascidos, a doentes mentais, a indivíduos em avançado estado de senilidade, a pacientes em estado de coma.

A “dessubstancialização” e “desontologização” do tema da pessoa leva inevitavelmente a que, sem pontos de referência

firμες no coração da realidade, se incorra em opções relativistas e niilistas, se submeta a pressupostos gradualistas a aquisição da identidade pessoal e, enfim, se admita a possibilidade da existência de seres humanos que não são pessoas<sup>6</sup>.

Outro pilar do realismo personalista é, conforme se referiu, o princípio da dignidade humana, enquanto expressão da singular preeminência e excelência da pessoa de cada pessoa em concreto, entre todos os seres do universo<sup>7</sup>.

O seu grau de perfeição na ordem ontológica manifesta, já por si, o valor intrínseco (*innere Wert*) e inviolável da pessoa. No

---

<sup>6</sup> Estas posições – é oportuno advertir – estão inquinadas por preconceitos nominalistas, que, precisamente, as levam a negar valor aos universais – neste caso à natureza humana –, ficando a determinação da identidade pessoal dependente de critérios extrínsecos e empíricos.

<sup>7</sup> Cf., a propósito da dignidade humana, entre outros: COMISION TEOLOGICA INTERNACIONAL – COMISION PONTIFICIA “IUSTITIA ET PAX”, *Los cristianos de hoy ante la dignidad y los derechos de la persona humana. Documento 1983*, Cete, Madrid, 1987; A. HOLDEREGGER, R. IMBACHI e R. SUÁREZ DE MIGUEL (Ed.), *De dignitate hominis*, Universitätsverlag, Friburgo-Suíça, Herder, Friburgo-Viena, 1987; R. SPAEMANN, *Lo natural y lo racional, Ensayos de Antropología*, trad. de D. Innerarity e J. Olmo, Rialp, Madrid, 1986, esp. pp. 89-123; MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Pessoa Humana e Bem Comum como Princípios Fundamentais da Doutrina Social da Igreja*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994; ABELARDO LOBATO O. P., *La antropología de Santo Tomás de Aquino y las antropologías de nuestro tiempo*, op.cit., pp. 55 ss.; ANA MARTA GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad. Um Estudio desde Robert Spaemann*, EUNSA, Pamplona, 1996; J. ARANGUREN, op.cit.; JOSÉ MARÍA BARRO, *Elementos de Antropología Pedagógica*, Rialp, Madrid, pp. 118-122.

Como é sabido, o tema da pessoa e da dignidade humana é recorrente no pensamento e na obra de KAROL WOJTYLA e no magistério de JOÃO PAULO II. Vide, por exemplo: K. WOJTYLA, *Perché l'uomo. Scritti inediti di antropologia e filosofia*, Leonardo, Milão-Cidade do Vaticano, 1995; ID., *Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética*, trad. de PILAR FERRER, Palabra, Madrid, 1997; R. BUTTIGLIONE, *Il pensiero de Karol Wojtyla*, Jaca Book, Milão, 1982; ID., *Il pensiero dell'uomo che devienne Giovanni Paolo II*, Mondadori, Milão, 1998; JUAN LUIS LORDA, *Antropología del Concilio Vaticano II a Juan Pablo II*, Palabra, Madrid, 1996; MARÍA JOSÉ FRANQUET CASAS, *Persona, acción y libertad. Las claves de la antropología de Karol Wojtyla*, EUNSA, Pamplona, 1996; AA.VV.-LORENZO LEUZZI (Dir.), *Etica e poetica in Karol Wojtyla*, SEI, Turim, 1997.

dizer superlativo de S. Tomás, “*persona significat quod est perfectissimum in tota natura*”<sup>8</sup>. Estamos, com efeito, perante um sujeito individual e subsistente, racional e livre, espírito encarnado, ser único e irrepitível, originado no acto criador do Ser por si subsistente (*ipsum Esse per se subsistens*). Do ser da pessoa finita é parte constitutiva a sua relação metafísica com Deus, a Pessoa absoluta.

---

<sup>8</sup> Cf., entre outros, SERVAIS PINCKAERS, “La dignité de l’homme selon Saint Thomas d’Aquin”, in *De dignitate hominis* cit.. Segundo o autor, S. TOMÁS reporta os termos “pessoa” e “dignidade”, paralela e analogicamente, a Deus e ao homem. Na Sagrada Escritura, Deus é em sentido máximo o ser por si mesmo e possui a inteligência no mais elevado grau (“*est maxime per se ens, et perfectissime intelligens*”, S. Th., I, 29, 3, ad 1). É muito acentuado no discurso de T.A. sobre a pessoa o relevo dado às idéias de perfeição e excelência, *i.e.*, à *dignitas*, palavra profusamente usada pelo AQUINENSE. A pessoa define-se pela sua dignidade (“*persona est nomen dignitatis*”), e esta é, sobretudo, uma qualidade própria da natureza racional, uma expressão do *dominium* da inteligência e da vontade da pessoa sobre os seus actos. O nome de “pessoa” convém a Deus de modo eminente. Ele é substância (existe por si mesmo), individual (dada a sua incomunicabilidade), de natureza racional (para além dos limites discursivos da racionalidade humana). A dignidade pertence-lhe no grau máximo, manifestada na suprema perfeição da sua inteligência e conseqüente domínio sobre as suas obras. T.A., ao situar a *dignitas* no centro da doutrina da *persona*, evoca alguns dados filológicos e histórico-culturais favoráveis à associação destes dois termos: a ligação de *persona* com a máscara usada no teatro antigo e com certas dignidades civis e eclesiásticas. Mas a chave última da dignidade humana reside na criação do homem à imagem de Deus, sendo ele *capax Dei, i.e.*, capaz de atingir Deus pelos seus próprios actos de conhecimento e amor (cf. S. Th., III, 4, 1, ad 2). Essa dignidade do homem, relacionada com a imagem de Deus, reveste, na visão tomasiana, um carácter dinâmico (depende da acção pessoal do homem no seu caminho para Deus e é susceptível de aperfeiçoamento crescente) e dramático (pode ser ferida pelo pecado, embora recuperável pela penitência). Esse dinamismo não exclui a dignidade natural primária comum a todos os homens, enquanto, dada a sua natureza racional, estão aptos a conhecer e amar Deus. Por seu turno, o pecado, mesmo o mais grave, não destrói a dignidade natural do homem, mas diminui-a, “en bloquant, en quelque façon, son dynamisme, en l’empêchant de se développer par la vertu dans le sens de la vérité et du bien” (p. 103). Enfim, esta idéia de dignidade está em perfeita consonância com a concepção tomasiana do homem e da liberdade: esta não se reduz a mera liberdade de indiferença, funda-se nas inclinações naturais para a verdade e o bem e tende espontaneamente para a nobreza, perfeição e excelência do homem.

Aos argumentos filosóficos da razão natural crescem, em abono e reforço da eminente dignidade da pessoa humana, as luzes sobrenaturais da antropologia cristã. Elas mostram o homem, não só como criatura à imagem e semelhança de Deus, mas como filho Seu, redimido por Jesus Cristo, destinado a participar, por meio da graça, na vida divina e a gozar, enfim, da visão beatífica. Ele é a única criatura na terra que Deus quis por si mesma, tendo cada pessoa origem num acto de criação divina.

Assim, fé e razão (*fides et ratio*) que “constituem como que as duas asas pelas quais o espírito humano se eleva para a contemplação da verdade”<sup>9</sup> convergem na atestação do altíssimo valor da pessoa.

Às antropologias metafisicamente fracas e inacentistas falta o alento necessário para darem com a chave última da dignidade humana. Por isso, os seus sequazes, ainda que desta façam um tópico recorrente, acabam, na prática, por deixar as portas abertas aos mais graves atentados contra ela<sup>10</sup>.

---

RAMÓN GARCÍA DE HARO (o preclaro jurista e teólogo, falecido em 1996, a quem devo ter-me posto em contacto com o texto de SERVAIS PINCKAERS) salienta com grande rigor (*La vita cristiana. Corso de teologia morale fondamentale*, em colab., Ares, Milão, 1995) que cada pessoa é fruto de um acto do amor criador de Deus, possui o ser por si mesma, é única e irrepetível, tem uma missão singularíssima a cumprir, goza de autodomínio para se ordenar a Deus. Na sua vocação para a união com Deus reside “a razão mais alta” da sua dignidade. Sem a percepção dessa vocação à intimidade divina não se chegará a conhecer plenamente a dignidade da pessoa. A G.H. – atento, neste ponto, à lição de MARITAIN – não escapam os factores de ordem filosófica que influem negativamente no reconhecimento dessa dignidade, sublinhando que “compete alla filosofia riscattare rigorosamente, nell’ordine della ragione naturale, la dignità della persona di fronte ai dubbi positivisti” (p. 38).

<sup>9</sup> JOÃO PAULO II, *Carta Encíclica «Fides et Ratio»*, Libreria Editrice Vaticana, Cidade do Vaticano, 1998, p. 3.

<sup>10</sup> “Des matérialistes et des spiritualistes, des athées et des théistes reconnaissent en même temps à l’homme le caractère de personne. On exalte, du moins en paroles, la dignité de la personne humaine, même si on la bafoue en actes”. G. KALINOWSKI, op.cit., p. 190.

2.4. A concepção realista da personalidade jurídica pode dizer-se que corresponde ao sentido do personalismo autêntico, do qual se distancia o personalismo imperfeito e ao qual se opõe, frontalmente, o pseudopersonalismo ou antipersonalismo<sup>11</sup>.

O personalismo autêntico assume plenamente a pessoa com a sua natureza entitativa e a sua inata dignidade, apoiando-se nos últimos fundamentos metafísicos (trata-se de um personalismo ontologicamente fundado) e nas fontes da Revelação divina (trata-se de um personalismo teologicamente aberto). Personalismo teocêntrico, dele faz parte, como idéia nuclear, a dimensão humana da “criaturalidade” (*Kreatürlichkeit*)<sup>12</sup>.

Fiel à tradição clássica e cristã, tem capacidade para acolher todos os contributos positivos sobre o “mistério” da pessoa, seja qual for a sua procedência, segundo o melhor espírito da *philosophia perennis*.

Projecta-se, enfim, o personalismo autêntico, na esfera prática da vida humana, através do “*princípio personalista*”, tomada como pauta ética fundamental: o sujeito deve agir conforme as exigências da natureza e dignidade da sua própria

---

<sup>11</sup> Cf., a propósito, JOSEF SEIFERT, *El papel del concepto de persona en la renovación de la ética y de la teología moral: personalismo y personalismos (pro manuscripto)*.

<sup>12</sup> Como se vê, o personalismo substancialista teleologicamente aberto, além de excluir a visão estática do homem (v. *supra*, n. 8), rejeita também a perspectiva naturalista e imanentista – da plenitude encerrada na autosuficiência.

A ideia de *Kreatürlichkeit* constitui uma das chaves hermenêuticas do pensamento do filósofo alemão JOSEF PIEPER: cf. M. BIGOTTE CHORÃO, PIEPER (*Josef*), in *Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 4º vol., Verbo, Lisboa, 1992, cols. 142-145. Vide, desse A., v.g.: *Creaturid y naturaleza. Notas sobre el planteamiento filosófico de Jean-Paul Sartre*, em *La fe ante el reto de la cultura contemporánea (Sobre la dificultad de creer hoy)*, trad. do alemão por J. J. GIL CREMADES, Rialp, Madrid, 1980, pp. 254-268; *La criatura humana: el concepto de creaturid y sus elementos*, em AA.VV./J. J. RODRIGUEZ ROSADO e P. RODRIGUEZ GARCÍA (Dir.), *Veritas et Sapientia. En el VII Centenario de Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1975, pp. 121-136.

pessoa e – nas relações sociais – também da pessoa dos outros. Assumidas até ao fim, essas exigências comportam o ordenado amor a si próprio, ao próximo como a si mesmo e a Deus sobre todas as coisas – isto é, amor do *outro* como *pessoa*, quer dizer, enquanto fim relativo (os demais homens) ou absoluto (Deus)<sup>13</sup>. A mera instrumentalização do outro, a sua utilização como simples meio, queda, assim, excluída.

É imperfeito o personalismo quando, embora professando ainda, em princípio, o reconhecimento do ser e valor da pessoa, se debitam os seus fundamentos metafísicos e teológicos e as suas implicações práticas: não se consegue alcançar a verdade cabal da pessoa humana, nem ir à *ultima ratio* do seu agir e do trato que lhe é devido.

Isso acontece, por exemplo, na ética kantiana, apesar desta formulação do imperativo categórico: “age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre simultaneamente como fim, e jamais apenas como meio”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Entende-se o “princípio personalista” em coincidência substancial com a tradição clássica da ética realista, quer, por exemplo, na versão maritainiana da “*éthique cosmique-réaliste*” (*Neuf leçons sur les notions premières de la philosophie morale*, Téqui, Paris, 1951; *La philosophie morale. Examen historique et critique des grandes systèmes*, Gallimard, Paris, 1960), na ética da “libre afirmación de nuestro ser” de A. MILLÁN-PUELLES (*La libre afirmación de nuestro ser. Una fundamentación de la ética realista*, Rialp, Madrid, 1994; *Ética y realismo*, id., id., 1996), ou na ética da benevolência (*Wohllwollen*) de R. SPAEMANN (*Glück und Wohllwollen: Versuch über Ethik*, Klett-Cotta, Estugarda, 1989).

<sup>14</sup> “Handle so, dass du die Menschheit, sowol in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest”.

Esta passagem da *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) foi assim traduzida por PAULO QUINTELA (KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costu-tumes*, Atlântida, Coimbra, 1960, p. 68): “Age de tal maneira, que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Sobre as vulnerabilidades da ética kantiana do ponto de vista do personalismo metafisicamente fundado, cf., entre outros: A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Immanuel Kant: Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Magisterio Español, Madrid, 1977, v.g. pp. 58, n. 45, e 111-112; R.

Coincidente, na aparência, com os ditames éticos do personalismo autêntico, esta formulação afasta-se realmente deste, porque a filosofia moral pura (*eine reine Moralphilosophie*) de KANT ignora a fundamentação objectiva na verdade ontológica e axiológica da pessoa que caracteriza a moral material do realismo ético personalista. E se Deus intervém na moralidade humana,

---

VERNEAUX, *Immanuel Kant: Las tres Críticas*, id., id., 1982, pp. 109 ss.; C. TRESMONTANT, *Les métaphysiques principales. Essai de typologie*, O.E.I.L., Paris, 1989, pp. 295 ss.; ID., *Le Bon et le Mauvais. Christianisme et politique*, François Xavier de Guibert, Paris, 1996, pp. 82-97; A. LÉONARD, *Le fondement de la morale. Essai d'éthique philosophique générale*, Cerf, Paris, 1991, pp. 190-195; J. A. SAYÉS, *Antropología y Moral. De la "nueva moral" a la Veritatis Splendor*, Palabra, Madrid, 1997, p. 225.

De todos os modos, a referida formulação do imperativo categórico kantiano não deixa de conter virtualidades positivas no tocante ao princípio ético do respeito devido à pessoa humana. Cf. E. KANT, *Fondements de la Méthaphysique des Moeurs*, trad. de V. DELBOS, revista por A. PHILONENKO, Vrin, Paris, 1992, n. 98 (A. PHILONENKO), p. 105. Chama-se a atenção, nesta nota para o que será uma "concordância" com KANT do pensamento de KAROL WOJTYLA em *Amour et responsabilité, étude de morale sexuelle*, Stock, Paris, 1978, p. 20): "Chaque fois que dans ta conduite une personne est l'objet de ton action, n'oublie pas que tu ne dois pas la traiter seulement comme un moyen, comme un instrument, mais tient compte du fait qu'elle aussi a, ou du moins devrait avoir, sa propre fin". Todavia, a norma personalista wojtyliana, não obstante algumas afinidades com a fórmula de KANT, assenta em pressupostos antropológicos e metafísicos muito diferentes, que lhe conferem um outro alcance ético. Cf., a propósito, R. BUTTIGLIONE, op.cit., e MARÍA JOSÉ FRANQUET CASAS, op.cit..

Sobre o significado do princípio personalista, a sua fundamentação metafísica e as formulações de KANT e K. WOJTYLA, v., ainda, G. CHALMETA OLASO, *Ética especial. El orden ideal de la vida buena*, EUNSA, Pamplona, 1996, pp. 23, 25 e 31-37. Segundo o A., é muito discutido o significado que este princípio tem em KANT, afigurando-se-lhe muito mais precisa a reformulação do mesmo proposta pelo filósofo polaco.

Reveste-se de grande interesse para o confronto entre a ética filosófica tomasiana e a kantiana U. GALEAZZI, *L'etica filosofica in Tommaso d'Aquino dalla "Summa Theologiae" alla "Contra Gentiles": per una riscoperta dei fondamenti della morale*, Città Nuova, Roma, 1989, pp. 28 ss.; nomeadamente, quanto ao ideal kantiano da autosuficiência autárquica e da razão pura separada do real, em paralelo com idéia tomasiana de dignidade do homem articulada com a adesão à verdade objectiva e ao bem moral ontologicamente fundado, cf. pp. 33 ss..



não é a título de fundamento, mas apenas como postulado da prática. A lógica formalista e imanentista da razão prática poderá eventualmente levar à rejeição como imorais de certas condutas, por exemplo, o aborto ou a eutanásia, mas a ilicitude destas só obtém plena explicação à luz do personalismo ontologicamente fundado ou, por outras palavras, a partir do bem objectivo ontológico.

Por sua vez, certa moral personalista contemporânea, ao fazer da consciência pessoal a regra da conduta, à margem da lei natural objectiva, afasta-se perigosamente do personalismo autêntico<sup>15</sup>.

Este desvio ocorre também, a caminho do pseudopersonalismo, quando se reivindica para a pessoa humana uma plenitude ontológica e uma suficiência que lhe não pertence, como se se tratasse de um “fim-em-si” absoluto. Ora, o personalismo verdadeiro, rejeita esta visão antropolátrica.

Enfim, o antipersonalismo caracteriza as orientações que rompem com os fundamentos metafísicos e teológicos da natureza e dignidade da pessoa e com os seus corolários normativos.

É o caso, notório, das concepções antropológicas imanentistas (“ateológicas”), materialistas e evolucionistas que não distinguem essencialmente, na escala zoológica, homens e irracionais. Aqueles não são necessariamente pessoas, podendo mesmo justificar-se um tratamento mais benéfico destes – v.g., quanto ao respeito da vida –, conforme o grau da respectiva sensibilidade à dor. Dentro desta lógica, não é para estranhar que

---

<sup>15</sup> Cf. DARIO COMPOSTA, *La nuova morale e i suo problemi. Critica sistematica alla luce del pensiero tomistico*, Libreria Editrice Vaticana, Cidade do Vaticano, 1990, pp. 91 ss.; ID., “Tendencias de la teología moral en el postconcilio Vaticano II”, in AA.VV., *Comentarios a la “Veritatis Splendor”*, dir. de G. DEL POZO ABEJÓN, BAC, Madrid, 1994, 301 ss.; J. A. SAYÉS, op.cit., pp. 70 ss.. Mas há um “personalismo ético”, que pretendendo estar atento às dimensões da singularidade, historicidade e contingência da vida dos homens, não se quer desligar dos fundamentos universais da natureza humana: cf., por exemplo, A. POPPI, *Per una fondazione razionale dell’etica. Introduzione al corso di filosofia morale*, Paoline, Milão, 1993, pp. 35-37.

se fulminem os adeptos do personalismo autêntico com a acusação de “especismo”, a pretexto de discriminação favorável à espécie humana, e que se reivindicuem para as baleias e as árvores *direitos* que se negam às pessoas.

Um expoente bem conhecido de idéias deste tipo é o australiano PETER SINGER, guru do fundamentalismo ecologista e animalista e profeta da “*animal liberation*”. A sua “ética prática”, mistura explosiva de ingredientes cientificistas e utilitaristas, atinge níveis de paroxismo desumanizador que põem em causa as bases da ordem moral e do direito<sup>16</sup>.

O campo biotecnológico tem sido, nas últimas décadas, um terreno particularmente fértil para o florescimento, prático e teórico, do antipersonalismo.

Este vem a confundir-se com o chamado transpersonalismo ou suprapersonalismo, que instrumentaliza as pessoas, sobretudo as mais débeis e indefesas, sacrificando a sua dignidade em nome

---

<sup>16</sup> Entre as obras deste autor, contam-se: *Animal liberation: a new ethics for our treatment of animals*, Review-Randon House, Nova Iorque, 1975; *Practical ethics*, Cambridge University Press, 1979 (trad. port. da 2ª ed., 1993, por J. L. CAMARGO; *Ética Prática*, Martins Fontes, São Paulo, 1994); *How are you to live? Ethics in an age of self-interest*, Text Publishing Company, Melbourne, 1993. Segundo P.S., há seres da espécie humana que não são pessoas (*i.e.*, seres racionais e autoconscientes) e, ao invés, animais de outras espécies que entram nesta categoria (pessoas não-humanas). Ora, a vida dos primeiros não tem mais valor do que a dos segundos, antes pelo contrário, sendo mais grave matar um chimpanzé do que um ser humano atingido por grave deficiência mental e privado, por isso, da condição pessoal (cf. *Ética Prática*, pp. 126-128). Para a crítica a algumas posições de P.S., cf.: E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica. I. Fondamenti ed Etica Biomedica*, 2ª ed., Vita e Pensiero, Milão, 1994, *passim*; C. I. MASSINI CORREAS, *Derechos ecológicos y dignidad humana*, Idearium, Mendoza-Argentina, 1993; ID., *Dignidad humana y derecho ambiental*, sep. de “O Direito”, Lisboa, 127º (1995/III-IV); J. M. TADEUS STYCEN, *O ser humano e a pessoa humana* cit.

Adverte, com razão, P. NEPI – *Il valore persona. Linee di un personalismo morale*, EUROMA, Roma, 1993, p. 23 – que é indispensável pôr o problema da fundação ontológica da pessoa, “per evitare di assistere ad un capovolgimento, ossia al paradosso di vedere più sentiti e tutelati e diritti degli animali e dell’ambiente rispetto a quelli delle persone”.

de interesses colectivos<sup>17</sup>. Neste desvio incorre o totalitarismo democrático ao sobrepor o império da maioria à verdade da pessoa humana.

**2.5.** Convém insistir em algumas implicações jurídicas fundamentais do personalismo autêntico: a) a centralidade da pessoa na ordem jurídica; b) o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos enquanto pessoas em sentido natural; c) a aplicação a todos os indivíduos humanos do princípio da capacidade genérica de gozo de direitos; d) a garantia da efectividade dos direitos.

A referida centralidade da pessoa humana – isto é, a consideração desta como fundamento primeiro e fim último da ordem jurídica – justifica-se com razões que decorrem, basicamente, do que foi dito acerca do direito enquanto *ordo iustitiae* e da natureza da pessoa como sujeito das relações de justiça. O direito existe, necessariamente, para os homens (*hominum causa omne ius constitutum est*), e a estes cabe o protagonismo na cena jurídica, em posição dominante sobre as “coisas”, animadas ou inanimadas, desprovidas de personalidade e ordenadas à satisfação das suas necessidades. Elemento integrante fundamental do bem comum, a realização do justo faz parte das condições sociais que não-de concorrer, nos indivíduos humanos, para o desenvolvimento integral da sua pessoa<sup>18</sup>.

O reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos é, como se viu, um imperativo dimanante da pessoa, porque esta comporta em si mesma, *ex natura*, a dimensão da subjectividade jurídica. Por outras palavras, o conceito jurídico de pessoa está contido no conceito ontológico, sendo toda a pessoa natural, forçosamente, sujeito de relações de justiça.

E para os indivíduos humanos não pode deixar de valer o princípio da capacidade genérica de direitos: eles têm, por natureza,

---

<sup>17</sup> BIGOTTE CHORÃO, M.. “Transpersonalismo”. In: *Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. 5º vol., Verbo, Lisboa, 1992, pp. 278-279.

<sup>18</sup> Permito-me remeter para o meu cit. ensaio *Pessoa e Bem Comum*.

aptidão para serem titulares da generalidade dos direitos, pessoais e patrimoniais, sem prejuízo, obviamente, da incapacidades concretas resultantes de causas incapacitantes justificadas. No âmbito desta capacidade situam-se, prioritariamente, os direitos naturais, os direitos humanos, os direitos de personalidade, isto é, os direitos inerentes à natureza do homem, à condição do homem enquanto homem, às dimensões morais e físicas da personalidade do sujeito. À luz destas considerações não tem razão de ser a idéia de que alguns indivíduos humanos (nomeadamente, os nascituros) sofrerão de incapacidade genérica de gozo, podendo ser apenas titulares, quando muito, dos direitos concretamente contemplados pela lei.

Enfim, não basta reconhecer a personalidade jurídica e a capacidade genérica de gozo aos indivíduos humanos. É preciso garantir-lhes também condições de efectividade dos direitos, sendo certo que à vida concreta e plena da ordem jurídica interessa, em última instância, o *ius in actu*, ou seja, o exercício efectivo do direito<sup>19</sup>. Ora, para isso, é indispensável que o ordenamento jurídico preste particular atenção às pessoas carecidas do suprimento da respectiva incapacidade de agir e da protecção pública dos respectivos interesses – a começar pelos *concepti*.

### 3. O estatuto jurídico do nascituro.

**3.1.** A questão da personalidade jurídica adquire hoje renovada actualidade e acuidade a propósito da revolução biotecnológica, quando se discute, neste contexto, o estatuto jurídico do ser humano nos chamados *stati di confine*<sup>20</sup>.

Pode dizer-se que esta é a questão central do novo biodireito, cujos rumo e destino dependem em grande medida das opções que se fizerem a respeito daquele problema<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Sobre alguns aspectos da *effettività* jurídica e da importância do acto de exercício do direito (*ius in actu*), cf. D. COCCOPALMERIO, *Il diritto come diakonía. Studi sulla filosofia del diritto pubblico*, Giuffrè, Milão, 1993, pp. 3 ss..

<sup>20</sup> AA.VV./CORRADO VIAFORA (Dir.). *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*. Fondazione Lanza-Gregoriana Libreria Edditrice, Pádua, 1994.

Nesses “estados de fronteira” costuma incluir-se o *conceptus nondum natus* ou embrião humano, utilizado este termo em sentido amplo, de modo a abranger, genericamente, o produto da concepção nas várias fases da vida pré-natal (zigoto, mórula, blástula, embrião – antes e depois de implantado –, feto). Está em causa tanto o *conceptus in vivo* ou *in utero*, como *in vitro*. Trata-se, noutros termos, da condição jurídica do *nasciturus*.

Já se tem observado, com razão, que a nova problemática em torno do ser humano embrionário veio despertar o jurista do seu sono dogmático – das suas certezas imotivadas e acríticas –, obrigando-o a rever, desde a base, a questão da pessoa jurídica e, mais amplamente, da pessoa humana.

**3.2.** As respostas à interrogação sobre a natureza jurídica do nascituro podem reconduzir-se ao esquema anteriormente proposto, em que se enfrentam realismo e idealismo.

Para o realismo jurídico ou personalismo jusnaturalista, o *conceptus* é, por natureza, pessoa jurídica, devendo como tal ser reconhecido. Compete-lhe a capacidade genérica de gozo de direitos, mas sofre de incapacidade absoluta de exercício, impondo-se, por isso, assegurar-lhe o adequado suprimento e as formas públicas pertinentes de protecção dos respectivos interesses.

Diversamente, para o idealismo jurídico, que se confunde com o juspositivismo, o nascituro é, ou não, pessoa jurídica, conforme a determinação da lei, à qual cabe, em definitivo, estabelecer as modalidades de tratamento a dispensar ao embrião humano. Esse tratamento pode variar ao longo da vida embrionária, não sendo de excluir a hipótese de que, em certas fases – como no caso do chamado “pré-embrião” (termo, aliás, impróprio e manipulador, referido ao período anterior à nidação) –, se pretenda

---

<sup>21</sup> Sobre a fundamentação da bioética e do biodireito no personalismo ontológico, em contraste com outros “modelos”, pode ver-se: E. SGRECCIA, op. e vol. cit.; M. BIGOTTE CHORÃO, “Biodireito”, in *Enc. Verbo* cit.

inserir o *conceptus* numa categoria intermédia entre os indivíduos humanos e as coisas, nem *tertium genus*, nem *persona*, nem *res*.

O ideário positivista, largamente imperante na cultura jurídica contemporânea, tem favorecido a tese negadora da personalidade do *conceptus*, adiando a sua aquisição para o momento do nascimento, isto sem prejuízo de uma certa protecção legal de interesses do nascituro, inclusive – o que não deixa de ser inconseqüente – a título de verdadeiros *direitos*, nomeadamente de ordem patrimonial.

**3.3.** Na perspectiva realista, o estatuto jurídico do *conceptus* – desde logo, o atributo da personalidade singular – alicerça-se no seu estatuto biológico e no seu estatuto ontológico.

A abordagem rigorosa desta questão impõe uma metodologia, por assim dizer, triangular: o direito atende aos dados da ciência biológica e aos argumentos da especulação metafísica, isto é, o *dever ser* jurídico apoia-se no *ser* do embrião humano tal como o revelam, nos seus aspectos fenoménicos, a ciência, e, na sua radical estrutura entitativa, a filosofia.

Ora, a ciência mostra, com forte e crescente evidência, que o organismo embrionário é, desde a concepção (fusão dos gâmetas e aparecimento do zigoto), um indivíduo da espécie humana, com identidade genética própria, que se desenvolve segundo um processo auto-ordenado teleologicamente e caracterizado pelas propriedades biológicas da coordenação, continuidade e gradualidade. Esse mesmo organismo originário prosseguirá, depois, o seu ciclo vital para além do nascimento e até à morte, com a cessação irreversível da actividade cerebral.

A reflexão filosófica, por sua vez, atenta às contribuições científicas, pode concluir, à luz da metafísica substancialista, que o indivíduo humano é, *ab ovo*, ou seja, desde a fase de zigoto, pessoa verdadeira, convindo-lhe, perfeitamente, a referida definição boeciana e outras equivalentes. E trata-se de pessoa humana em acto, e não apenas potencial. Do ponto de vista intrínseco da natureza humana não existe diferença entre o zigoto

e o homem adulto: aquele contém já em si, *in nuce*, no *substratum* originário e permanente do seu ser, os constitutivos essenciais que definem, ontologicamente, a pessoa, incluída a forma substancial unificante e animadora (*forma corporis*). O zigoto, pessoa em acto, é – isso sim – adulto em potência, ao mesmo título que a criança recém-nascida. Tem, por isso, de dar-se razão ao famoso geneticista J. LEJEUNE quando vê no *conceptus* um “juvenilíssimo ser humano”.

Enfim, na lógica do realismo personalista, todos os indivíduos humanos são pessoas, remontando a condição pessoal à origem biológica do seu corpo.

Continua a ser um guia recomendável para a abordagem pluridisciplinar (biológica, filosófica, jurídica, psicológica, ética e teológica) deste tema a síntese clara e rigorosa produzida em 1989 pelo Centro de Bioética da *Università Cattolica del Sacro Cuore*, sob o título “*Identità e statuto dell’embrione umano*”<sup>22</sup>. Entre os numerosos estudos de maior fôlego sobre a mesma matéria, saliento os do belga PHILIPPE CASPAR, médico e filósofo (além de notável poeta e dramaturgo), nos quais se conjugam frutuosa e cientificamente as perspectivas científica, metafísica e teleológica. Uma panorâmica sumamente atractiva e substancial das suas pesquisas encontra-se no livro *Penser l’embryon d’Hippocrate à nos jours*, publicado em 1991<sup>23</sup>.

**3.4.** A alternativa a esse caminho seguro são as incertas e sinuosas veredas das teses empiristas, funcionalistas e gradualistas que, desenvolvidamente, vão somando as mais díspares respostas à questão da natureza do *conceptus*.

Faz-se depender a identidade pessoal deste de factores extrínsecos muito diversos situados em distintos momentos temporais, a partir da concepção, *v.g.*, início do processo de

---

<sup>22</sup> Suplemento a “*Medicina e Morale*”, Roma, XXXIX (1989/4).

<sup>23</sup> Ed. Universitaires, Paris, 1991. É também de grande interesse: *La saisie du zygote humain par l’esprit*, Lethielleux, Le Sycamore, Paris-Namur, 1987.

nidação; termo deste processo; cessação da totipotencialidade celular; esboço do sistema nervoso; entrada em funcionamento do cérebro (*brain-life theory*); verificação dos pressupostos para o exercício de certas funções – sensações, memória, autoconsciência (*critical system of the brain*); sétimo dia, décimo quarto dia, oito semanas, vinte semanas ...

Porventura, o indivíduo humano só se tornará pessoa, conforme algumas opiniões, com o exercício efectivo da racionalidade ou através do acolhimento ou reconhecimento social<sup>24</sup>.

O distanciamento do realismo biológico – que atinge níveis absurdos e intoleráveis de radicalismo subjectivista e relativista com esta última solução do reconhecimento (“tu só serás pessoa se eu te considerar como tal”) –, o reducionismo empirista e a opção *dessubstancializadora* levam fatalmente ao arbítrio doutrinal e, sobretudo, ao plano inclinado da mais chocante *reificação* da pessoa humana.

---

<sup>24</sup> Não se pretende fazer aqui um inventário exaustivo de todas as hipóteses e, muito menos, uma enumeração cientificamente rigorosa das várias fases do desenvolvimento embrionário. Para esta análise científica, cf., entre outros, ANGELO SERRA, “Per un’analisi integrata dello ‘status’ dell’embrione umano. Alcuni dati della genetica e dell’embriologia”, in AA.VV./SALVINO BIOLO (Dir.), *Nascita e morte dell’uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Marietti, Génova, 1993, pp. 55-105.

Como é bem sabido, a existência, a partir da concepção, da pessoa (indivíduo humano racional) era questionada por certas teses clássicas, como a de S. TOMÁS, com antecedentes aristotélicos. Entendia-se que, ao longo da vida embrionária, ocorria uma sucessão de almas – vegetativa, animal e racional –, dando-se a infusão desta última numa fase já avançada (animação mediata ou retardada), mais cedo, aliás, nos indivíduos do sexo masculino (40 dias; 90, para as mulheres), uma vez criadas condições de adequada proporcionalidade da matéria corpórea (formação dos órgãos da vida: coração e cérebro) para a recepção dessa alma. Os dados científicos hoje disponíveis, e que não estavam ao alcance de Aristóteles e Tomás de Aquino, permitem discernir que a gestação é um processo unitário e contínuo, e não, como nestas formulações, uma série de corrupções-gerações. Cf.: A. LOBATO O.P., *El cuerpo humano*, op.cit., pp. 187 ss.; J. ARANOUREN, op.cit., pp. 76-78; CLAUDIO ANTONIO TESTI, “L’embriologia di S. Tommaso d’Aquino e i suoi



riflessi sulla bioetica contemporanea”, in *Divus Thomas*, Bolonha, 101<sup>o</sup> (1998), 1, pp. 80-105.

Com base em dados científicos actualizados e segundo uma “correcta lógica biológica”, A. SERRA, op.cit., p. 58, sintetiza nestes precisos termos o processo embrionário: “1. Alla fusione dei gameti unani uno paterno e l’altro materno, incomincia ad esistere una *nuova cellula umana* dotata di una *nuova struttura informazionale*, che le conferisce una *identità specifica e individuale*. 2. Questa *nuova cellula umana* incomincia immediatamente ad agire come una *unità individuale*, la quale, data tutte le condizioni necessarie e sufficienti, tende alla graduale e completa espressione del piano organismico inscritto nella sua propria dotazione genetica, attraverso un complesso, continuo e altamente coordinato processo di sviluppo caratterizzato da una incessante stretta interazione tra le singole parti che vanno man mano emergendo, e con l’ambiente esterno in cui si sviluppa. 3. Questa espressione si manifesta in una *totalità corporea* che va organizzandosi *autonomamente*, cioè por forza intrinseca, sino alla formazione di un *organismo completo*, non escludendo, tuttavia, errori che trovano la loro causa nell’essere stesso che si sta costruendo o nell’ambiente in cui sta formandosi. 4. Quindi, la *nuova cellula umana* che si costituisce alla fusione dei gameti rappresenta la *struttura iniziale* di un *nuovo soggetto umano*, con la quale incomincia il suo *proprio ciclo vitale*.”

Deve dizer-se que continuamos a encontrar, nos princípios da metafísica tomasiana bases racionais sólidas para fundamentar a explicação da realidade do ser humano, do aparecimento, evolução e termo da sua vida. A tese de que a alma (forma constitutiva intrínseca, princípio unificador, acto de um corpo vivente) surge no momento em que começa a formar-se o corpo tem apenas que ser posta em consonância com os dados da ciência contemporânea, segundo os quais existe corpo *humano* desde o momento da concepção. Por isso há boas razões para admitir a infusão imediata da alma espiritual, de sua natureza incorpórea e subsistente (existente *in se e per se*), o que não quer dizer que a actividade intelectual não dependa, *objectivamente*, dos sentidos. A afirmação da subsistência da alma espiritual (forma subsistente) não significa, enfim, quebra da unidade substancial do homem, sendo o mesmo sujeito substancial que sente, pensa e age livremente. O homem é unidade corpóreo-espiritual, corpo animado pela alma intelectual, espírito encarnado.

À luz dos mesmos princípios metafísicos, justifica-se dizer que o embrião humano está em acto quanto à sua própria perfeição (a perfeição *homem/pessoa*), mas está em potência quanto a diversas perfeições acidentais conexas com o grau de desenvolvimento intelectual e físico do ser humano. É também pertinente afirmar que, com o nascimento, se verifica uma mutação acidental do ser humano, e, com a morte, uma mutação substancial. Na transição da fase pré-natal da vida do homem (*conceptus*) para a fase natal (*natus*) dá-se a passagem de potência a acto, subsistindo o substrato que é o ser humano.

Inclina-se para a tese tomasiana da animação mediata e sustenta que o embrião é pessoa humana potencial o filósofo e teólogo MARIE-DOMINIQUE

**3.5.** Se se admitir a identidade pessoal do embrião humano do ponto de vista ontológico, tem de entender-se, na lógica do realismo jurídico e do sentido forte do “princípio personalista”, que ao *conceptus* é devido o tratamento como pessoa por parte do direito, com os corolários já conhecidos: reconhecimento da personalidade jurídica; aquisição da personalidade com a concepção; capacidade genérica de gozo de direitos; garantia da efectividade dos direitos.

Mas mesmo no caso de subsistirem dúvidas sobre a identidade pessoal do *nasciturus*, impõe-se tratá-lo “como se fosse pessoa”, por força do princípio ético fundamental: *in dubio, pro persona*. Assim se prevenirá o risco de atentar contra a dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>.

A questão filosófico-jurídica da natureza e estatuto do embrião humano em relação com a actual problemática biotecnológica e à luz do personalismo ontologicamente fundado, tem sido versada com grande proficiência, junto com muitos outros estudiosos, pela italiana LAURA PALAZZANI, nomeadamente na monografia *Il concetto di persona tra bioetica e diritto* (1996)<sup>26</sup>.

---

PHILIPPE, *Les trois sagesse*, Fayard, Paris, 1995, pp. 184 ss.. Porém, a formulação do ilustre A. revela alguma perplexidade e não parece isenta de ambigüidades e contradições, v.g.: O embrião é ou está destinado a ser – *doit être* (188) um ser humano? Se praticar o aborto “c’est empêcher un être humain d’être une personne plénière” (188), será que o embrião é já uma pessoa, embora “non plénière”? A partir de que momento se pode considerar que o corpo é “assez différencié pour recevoir l’âme” (187)?

<sup>25</sup> Este princípio é expressamente afirmado pelo magistério bioético da Igreja Católica, v.g.: CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, *Declaração “de aborto procurato” sobre a prática do aborto* (18.11.1974), n. 13 (a ciência genética moderna demonstra que se inicia, com a fecundação, a vida de um novo ser humano; mas, do ponto de vista moral, basta a probabilidade de que o fruto da concepção seja já uma pessoa, para que constitua um pecado grave assumir o risco de cometer um homicídio); ID., *Instrução “Donum vitae”, sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação* (22.2.1987), I, n. 1 (argumenta-se a favor da identidade pessoal do embrião e sustenta-se que, de qualquer modo, este deve ser tratado como pessoa).

<sup>26</sup> Giappichelli, Turim. Da mesma autora, cf. ainda: “Essere umano o persona. Persona potenziale o persona possibile? Qualche nota su un recente libro di

**3.6.** Como é sabido, o *status* jurídico do *conceptus* tem constituído, ao longo da experiência jurídica histórica, um motivo de abundantes contradições, ambigüidades e polémicas, que se encontram no direito romano, passam pelo direito da codificação moderna e subsistem em face dos ordenamentos contemporâneos.

Perante as fontes romanas, tem-se sustentado, quanto à questão da personalidade do *conceptus*, tanto a tese positiva, como a negativa.

Abona-se a primeira com textos que parecem reconhecer a existência real do nascituro na ordem jurídica, entre eles: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse*” (D. 1,5,26) (“os que estão no ventre materno consideram-se como existentes em quase todo o direito civil”); “... *quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*” (D. 38,16,7) (“... o concebido é considerado de algum modo como existente”).

Actualmente, um dos mais estrénuos defensores da tradição do realismo personalista do direito romano é o romanista de Roma PIERANGELO CATALANO, que tem insistido, *opportune*, *importune*, na tese da identidade entre *qui in utero est e homo*, *homo e persona*<sup>27</sup>.

Este e outros autores responsabilizam a pandectística germânica e a *Begriffsjurisprudenz*, mormente SAVIGNY, de haverem rompido com aquela paridade através da construção

---

Pietro Prini e uno sguardo al dibattito in bioetica”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992/93, pp. 446-471; “Bioetica e persona nel dibattito anglo-americano”, in *Per la Filosofia. Filosofia e insegnamento*, Milão, IX (1992), 25, pp. 74-81; *Bioetica e persona*, em AA.VV./BERTI E CAMPANINI (Dir.), *Dizionario delle idee politiche*, Ave, Roma, 1993, pp. 56-59; “Ai “confini” della persona: il ricente dibattito in bioetica”, in *Vita e Pensiero*, Milão, LXXX (1997), pp. 256 ss..

<sup>27</sup> Cf. “Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (A propósito del art. 1 del Código civil peruano)”, in AA.VV., *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 229-234; *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano*, sep. de “Rassegna di diritto civile”, Nápoles, 1/88, pp. 45-65; *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Giappichelli, Turim, 1990.

abstracta do conceito de personalidade (ou capacidade) jurídica e da invocação da *fictio* “*conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*” (“tem-se já por nascido o concebido sempre que se trate do seu interesse”)<sup>28</sup>. O expediente técnico desta ficção permitia considerar como existente – isto é, nascido e dotado de subjectividade jurídica –, para certos efeitos práticos, quem ainda, *realmente*, não possuiria esses atributos.

Distanciava-se, assim, a personalidade jurídica da personalidade natural, sendo o fundamento realista daquela sacrificado a artifícios idealistas, de carácter formal e lógico-positivo. E com isso abria-se caminho a todas as manipulações jurídicas, deixando nas mãos do legalismo e do totalitarismo político uma arma de perigosa discriminação e instrumentalização de certas categorias de pessoas.

O ficcionismo savignyano contribuía para favorecer a concepção natalista da aquisição da personalidade jurídica, para privilegiar a preocupação do direito privado com o património (os bens patrimoniais transmitidos ao nascituro por via de sucessão *mortis causa* ou doação) em detrimento da pessoa (os bens da personalidade), e para sobrepor o valor da certeza jurídica às imposições da justiça.

Com notável clarividência, note-se de passagem, alguns juristas brasileiros criticaram esta construção jurídica germânica, opondo-lhe um entendimento realista da personalidade e um regime mais coerente do estatuto do nascituro. É o caso, singularmente marcante, de TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço* do Código Civil (1860-1865)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cf., entre outros, FRANCESCO D. BUSNELLI, “Il diritto e le nuove frontiere della vita umana”, in AA.VV., *Problemi giuridici della biomedicina, Quaderni di Iustitia*, 38, pp. 3-23, espec., 4-5. Ao admitir a possibilidade de negação da personalidade/capacidade jurídica a alguns homens, SAVIGNY favoreceu iniciativas e orientações doutrinárias tendentes: a) à subordinação da aquisição da personalidade jurídica pelo *conceptus* ao facto do nascimento; b) a fazer depender essa aquisição do requisito da viabilidade; c) à supressão da personalidade ou da própria vida relativamente a homens considerados indignos de sobreviver.

O famoso jurisconsulto inclui entre as pessoas jurídicas, na categoria do que chama (art. 35º) “pessoas de existência visível” (e outros designam “pessoas físicas”, “naturais” ou “singulares”), todos os entes humanos, mesmo as “pessoas por nascer”, mas “já concebidas no ventre materno” – que *in utero sunt* (art. 53º). A existência destas pessoas é *real*, e não meramente fictícia, desde a concepção, podendo tornar-se titulares de alguns direitos (o que supõe a sua personalidade jurídica), como se nascidas fossem (art. 221º), embora a aquisição irrevogável de bens patrimoniais fique dependente do nascimento com vida (art. 222º). Atingidas por incapacidade (propriamente, incapacidade de exercício) absoluta, devido à “impossibilidade física de obrar” (art. 41º), tem lugar a sua representação necessária” (art. 54º)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, vol. I, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 1983. O *Esboço* teve influência considerável na codificação sul-americana, nomeadamente no Código Civil Argentino, através de VELEZ SARFIELD que acolheu muito das propostas do jurista brasileiro quanto ao nascituro. Vide: SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas: o Jurisconsulto do Império*, 2ª ed., Cegraf, Brasília, 1983; LEVI CARNEIRO, “Estudo crítico-biográfico”, in *Código Civil. Esboço*, I, cit., pp. IX-XXXVII; HAROLDO VALADÃO, *Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo*, ibid., pp. XXXIX-LX.

<sup>30</sup> Em nota ao art. 221º (“Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”), T.F. afirma incisivamente a *existência real* do nascituro, criticando a tese ficcionista (*pro iam nato habetur...*), pois “aquilo que é verdade se diz que é uma *ficção*”. É inconcebível que haja ente com susceptibilidade de adquirir direitos, sem que haja *pessoa*”. Segundo o art. 16º do *Esboço*, “Todos os entes susceptíveis de aquisição de direitos são pessoas”. CLÓVIS BEVILACQUA, solidarizando-se expressamente com a doutrina de T.F., observa que a verdade sobre o nascituro está “Com aqueles que harmonizaram o Direito civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 do seu Esboço. Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direitos, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o carácter de pessoa [...]”. Cf., a propósito, os trabalhos da Profª. SILMARA J. DE A. CHINELATO E ALMEIDA, mais recentemente: “Direitos do nascituro no sistema jurídico brasileiro”, in AA.VV., *L'inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, Università di Roma La

O direito de codificação civil moderna, mormente a europeia, está profundamente impregnado de formalismo conceptualista e do preconceito do legalismo estatalista no tocante ao estatuto do nascituro.

Várias formulações normativas genéricas sobre a personalidade e capacidade jurídicas (por exemplo, o artigo 1º do Código Civil italiano de 1942 e, à sua imagem e semelhança, o artigo 66º do Código Civil português de 1966)<sup>31</sup>, conjugadas com outras disposições, consagram, em síntese, o seguinte: fazem depender do nascimento a aquisição da personalidade jurídica singular, pelo que o *conceptus* fica privado desse atributo; reconhecem ao nascituro, em todo o caso, alguns “direitos”, com realce para os de natureza patrimonial decorrentes de doações e sucessões *mortis causa*<sup>32</sup>; admitem a representação legal e a perfilhação de nascituros<sup>33</sup>, condicionam ao facto do nascimento os “direitos” que a estes são conferidos.

A interpretação de tais normas legais tem suscitado, um pouco por toda a parte, muitas dúvidas e acesas polémicas. Discute-se: se se atribuem, ou não, verdadeiros direitos ao

---

*Sapienza – Consiglio Nazionale delle Ricerche*, Roma, 1997, pp. 125-161; “Início da personalidade da pessoa natural no Projecto de Código Civil brasileiro”, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, 1997, pp. 78-91. Também: FRANCISCO AMARAL NETO, “O nascituro no Direito Civil brasileiro. Contribuição do Direito Português”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, 8 (1990), 75-90.

<sup>31</sup> Art. 1º do C.C. italiano: “*Capacità giuridica*. 1. La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. 2. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”. Art. 66º (*Começo da personalidade*) do C.C. português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

<sup>32</sup> Cf. arts. 952º (*Doações a nascituros*) e 2033º (*Princípios gerais*) - relativo à capacidade sucessória - do C.C. port., e arts. 462º, 1 - capacidade de suceder *mortis causa* - e 784º - doações a concebidos e não concebidos - do C.C. it..

<sup>33</sup> Cf. arts. 1854º (*Tempo de perfilhação*), 1855º (*Perfilhação de nascituro*), 1878º (*Conteúdo do poder paternal*) e 2240º (*Administração da herança ou legado a favor de nascituro*) do C.C. port., e arts. 254º - reconhecimento - e 320º - representação dos nascituros e administração dos bens - do C.C. it..

nascituro e, em caso afirmativo, como conciliar essa atribuição com a inexistência de personalidade e capacidade jurídica; se a referida condição é de tipo suspensivo ou resolutivo; etc. Uma forte corrente de opinião tem entendido que: só o *natus*, não o *conceptus*, é pessoa jurídica (contra esta tese dominante, vêm-se levantando, mais recentemente, algumas raras vozes, nomeadamente em Portugal)<sup>34</sup>; os “direitos” são atribuídos ao nascituro sob condição suspensiva, sendo este, não propriamente, titular, mas “destinatário”, deles; esses “direitos” restringem-se aos contemplados expressamente pela lei; ocorre, nestes casos, uma protecção objectiva e indirecta do nascituro, mediante tutela de bens e situações jurídicas, que não equivalem a direitos subjectivos, nem supõem a personalidade do beneficiário; o embrião humano não é verdadeiro sujeito de direito, mas, quando muito, um *tertium genus*, entre *persona* e *res*.

**3.7.** Em suma, podemos falar de *deficit* personalista no direito da codificação civil relativamente ao estatuto do *conceptus*<sup>35</sup>: nega-se-lhe a subjectividade jurídica, procura-se

---

<sup>34</sup> Cf., em especial, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral Volume I. Introdução. As Pessoas. Os Bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 37 ss.. O A. entende, com razão, que, no direito português, apesar do art. 66º, nº 1, do C. Civil, o nascituro – isto é, o *conceptus nondum natus* – goza de personalidade jurídica. Justifica essa solução, não só à luz do tratamento jurídico dispensado, em vários aspectos, ao embrião (indenização por danos sofridos durante a gestação, incriminação do aborto, susceptibilidade de representação legal), mas também, e sobretudo, a partir de uma opção doutrinal que pretende dar à personalidade jurídica singular uma fundamentação realista, de tipo ontológico e axiológico, em oposição à concepção legalista e formalista, como a kelseniana.

<sup>35</sup> Este *deficit* é notório nas formulações dos citados arts. 1º, 1, C.C. it., e 66º,2, C.C. port.. Quanto à primeira, segundo F. D. BUSNELLI (“L’inizio della persona nel sistema giuridico romanista: aspetti del diritto privato”, em AA.VV., *L’inizio della persona nel sistema giuridico romanista* cit., pp. 11-12), a pessoa “é emanação do estatal-legalismo que se exprime através do conceito-medida da capacidade jurídica”; dá-se uma completa “cisão entre imagem real e imagem normativa do homem”, com total desaparecimento da referência a este: “nessun codice europeo conosce un’eclisse così totale”. Por exemplo, o próprio § 1 do BGB não esquece uma alusão, embora incidental, à realidade

resolver, *tant bien que mal*, algumas situações do foro patrimonial, mas deixa-se desprotegido quanto aos bens essenciais e prioritários da personalidade.

No tocante, em particular, à tutela da vida, a situação agrava-se com a evolução da legislação penal em matéria de aborto: punido, originária e genericamente, como crime e crime contra as pessoas<sup>36</sup>, o aborto tem vindo a ser despenalizado, de modo cada vez mais amplo, em várias situações, num caminho de progressiva liberalização.

E apesar do reforço, nas Constituições, da afirmação do princípio da dignidade humana (cf. artigo 1º da Constituição portuguesa)<sup>37</sup> e da tutela dispensada aos “direitos humanos” (artigos 12º e ss.) *v.g.*, à vida, à integridade física e à saúde, o ser humano embrionário exposto, crescentemente, a novas formas de agressão, resultantes do aborto, da procriação artificial e da manipulação genética, vê-se privado do necessário amparo da lei. Atente-se, por exemplo, no que se está a passar com os embriões excedentários na fertilização *in vitro*, sujeitos a formas várias de manipulação ou à destruição pura e simples.

---

ontológica do sujeito de direito: “Die Rechtsfähigkeit des *Menschen* beginnt mit Vollendung der Geburt”. O juízo de Busnelli acerca do Código italiano é válido, *mutatis mutandis*, para o Código português.

<sup>36</sup> Assim, na legislação portuguesa: o C. Penal de 1886 pune o aborto (art. 358º) como *crime contra a segurança das pessoas*, entre os *crimes contra as pessoas*; o C. Penal de 1982, por sua vez, regula-o (arts. 139º-141º) também entre os *crimes contra as pessoas*, na subcategoria dos chamados *crimes contra a vida intra-uterina*; enfim, na sua versão mais recente (revisão de 1995), o Código mantém esse enquadramento tipológico do crime de aborto, mas, na sequência da Lei nº 6/84, de 11 de Maio, deixa de considerar ilícita tal prática em certas circunstâncias (arts. 140º-142º).

<sup>37</sup> Art. 1º (*República Portuguesa*): “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...]”.

A consagração constitucional deste princípio só pode alcançar adequado e pleno sentido prático como padrão ético-jurídico se se entender referido a um conceito prévio (*prius*) e supralegal de pessoa humana ontologicamente fundado, e não, segundo por vezes se pretende, ao simples produto da “densificação valorativa” operada pela vontade do legislador e do juiz.



O direito constitucional fracassa no suprimento da debilidade personalista de que sofre o direito civil quanto ao tratamento dispensado ao nascituro.

As suas normas (por exemplo, o artigo 24º, nº 1, da Constituição portuguesa)<sup>38</sup> poderiam estar redigidas de modo a reconhecer mais explicitamente a personalidade jurídica e os direitos do ser humano na fase pré-natal<sup>39</sup>. Mas, mesmo sem isso, uma correcta interpretação e aplicação das normas e princípios constitucionais deveria permitir tutelar, nos seus aspectos fundamentais, a entidade e dignidade pessoais do *conceptus*<sup>40</sup>. Todavia, tem-se pretendido, muito singularmente, subordinar a hermenêutica constitucional às normas civis sobre o nascituro, em vez de pautar o entendimento destas pela Constituição<sup>41</sup>. Assim,

---

<sup>38</sup> Art. 24º (*Direito à vida*): “1. A vida humana é inviolável.”

<sup>39</sup> Neste sentido, entre outros, GABRIEL DEL ESTAL, *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución Española*, EAPSA, Madrid, 1979, pp. 57-64. O art. 15º da Const. esp. adopta a redacção “Todos tienen derecho a la vida [...]”, em substituição da versão originária “La persona tiene derecho a la vida”. O A. teria preferido “Todo ser humano tiene derecho a la vida”, ou, mais explicitamente, “Todo ser humano, nacido o por nacer, tiene derecho a la vida”. Apesar de discutível, a versão das Cortes espanholas tem um sentido mais expressivamente “subjectivo-personalista” (“Todos” = todos os homens/seres humanos ... são sujeitos/titulares do direito à vida) que a da Assembleia Constituinte portuguesa (desloca o acento tónico do sujeito do direito à vida para o “bem objectivo” da vida humana).

<sup>40</sup> Por ex., em Itália, o Trib. Const. entendeu (18.2.1975, n. 27) que a tutela do *conceptus* tem fundamento constitucional no art. 2º da Const. que “riconosce e garantisce à diritti inviolabili dell’uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sua proprie, la situazione giuridica del concepito”. Esta posição articula-se com o conceito de pessoa humana postulado pela Constituição. Neste sentido, F. D. Busneli, *L’inizio della persona [...] cit., loc.cit., pp.10-11*.

<sup>41</sup> Tem sido apontada a contradição ínsita no ordenamento italiano, “tra la persona umana postulata dalla Costituzione e la persona (fisica o giuridica) creata dal codice civile all’insegno della capacità giuridica: contraddizione alla stregua della quale il nascituro è persona e non (ancora) persona al tempo stesso”. *Ibid.*, p. 14.

Segundo BUSNELLI (p. 15), esta contradição – “fonte di incomprensioni e di lacerazioni” – pode ser sanada por duas vias: *dilatação* da capacidade

no debate sobre o aborto em Portugal, é frequente a alegação de que o dispositivo constitucional da inviolabilidade da vida humana (artigo 24º, nº 1) não implica a protecção da vida do concebido como verdadeiro direito, uma vez que, segundo o Código Civil (artigo 66º, nº 1), ele carece de personalidade jurídica e, portanto, não pode ser titular de direitos. Pelo que a vida pré-natal é tão-só tutelada como “valor” ou “bem objectivo” (como se fosse possível existir vida humana sem sujeito vivente!), que fica ao critério do legislador ordinário subpor a certos direitos e interesses constitucionalmente relevantes, com a vida, a saúde, a honra e liberdade da mulher, a qualidade de vida prevista para o ser em gestação.

Ora, em bom rigor, seria mais pertinente perguntar se a negação civil da personalidade jurídica ao nascituro e a legislação ordinária permissiva do aborto não contrariam o princípio constitucional da dignidade da pessoa, a protecção constitucional da “vida humana” *tout court* e a razão de ser da tutela constitucional de direitos fundamentais que pertencem ao homem enquanto tal, por imposição da sua natureza e dignidade.

Deixo aqui referência a dois contributos recentes de grande interesse sobre a problemática do estatuto do *conceptus* no quadro da evolução histórico-jurídica e do actual debate em torno dos direitos do embrião humano. O primeiro é o livro de ROBERTO ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, publicado em

---

jurídica, de modo a abranger o ser humano a partir do momento da concepção; *contracção* da capacidade jurídica (como instituto destinado a assegurar a igualdade entre sujeitos já nascidos quanto às relações jurídicas interprivadas), de forma a não prejudicar os direitos fundamentais da pessoa (vida, saúde, identidade, dignidade), que não se medem com o metro da capacidade jurídica, mas são conaturais à pessoa humana na concepção que esta tem a Constituição. A segunda saída oferece a vantagem, para o mesmo A., de não exigir uma intervenção legislativa.

Para a exemplificação, no direito colombiano, da indesejável subversão hermenêutica que antepõe as normas do C. Civil às da Constituição, cf. I. M. HOYOS CASTAÑEDA, *La personalidad jurídica [...]*, *loc.cit.*, pp. 180 ss..

1996<sup>42</sup>. O segundo, um artigo da autoria de GIORGIO MARIA CARBONE – *Alcune quaestiones disputatae sull’embrione umano* –, aparecido mais recentemente<sup>43</sup>.

#### 4. Conclusão.

Com base no que ficou exposto, sugiro o seguinte, a título de conclusão:

1º) é conveniente rever a doutrina formalista e positivista

---

<sup>42</sup> L.G.D.J., Paris, 1996. Sobre a mesma problemática, reveste-se igualmente de interesse: M. PALMARO, *Ma questo è un uomo. Indagine storica, politica, etica, giuridica sul concepito*, San Paolo, Milão, 1996. R. ANDORNO é autor também de uma síntese muito apreciável sobre a fundamentação na pessoa humana da bioética e do biodireito: *La bioéthique et la dignité de la personne*, P.U.F., Paris, 1997.

<sup>43</sup> In *Divus Thomas*, Bolonha, 101º (1998/1), 106-158. A vida humana inicia-se com a fusão nuclear dos dois gâmetas, e, a partir daí, segundo os dados empírico-biológicos e os argumentos filosófico-antropológicos, existe um novo indivíduo humano. A propósito, o A. rejeita o “neologismo inútil” e manipulador “pré-embrião” (da fertilização ao aparecimento, no 14º dia, da estria primitiva) e a inserção deste numa categoria intermédia entre coisas e pessoas. Bem assim, esclarece que o conceito de indivíduo não é sinónimo *sic* e *simpliciter* de *indivisível*, podendo o indivíduo corpóreo, originariamente *indiviso* (unidade substancial orgânica), vir a dividir-se – o que tem alcance quanto à questão da gemelação monozigótica. Em suma, o zigoto é já indivíduo humano. Coincidindo este conceito com o de pessoa, ao embrião humano unicelular é devido o tratamento moral e jurídico exigido pelas pessoas humanas. Mas a opinião italiana dominante entende que, conforme o art. 1º do C. Civil, o *conceptus* não goza de personalidade e capacidade jurídica e é apenas beneficiário de certa tutela, sobretudo no âmbito patrimonial, segundo formas cuja exacta natureza jurídica é controversa. O A. rejeita a interpretação formalista, natalista e patrimonialista daquele artigo e sustenta, acertadamente, que ele deve ser lido à luz da Constituição de 1948, nomeadamente do seu art. 2º (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”), que impõe o respeito dos direitos fundamentais de todo o ser humano, incluído o *conceptus*. Um entendimento do art. 1º do C. Civil que rompa o vínculo entre capacidade/personalidade jurídica e dignidade da pessoa humana justificaria a alegação de inconstitucionalidade daquela norma ordinária. CARBONE denuncia os preconceitos anti-romanistas, ficcionistas, abstraccionistas e patrimonialistas que subjazem, na codificação moderna, a construção da capacidade jurídica e ao estatuto do nascituro. Com boas razões, recomenda a ampliação da tutela deste ao âmbito prioritário dos direitos de personalidade – a començar pelo direito à vida –, sendo estes direitos imputáveis ao *conceptus* como verdadeiro sujeito de direito.

da personalidade jurídica à luz da concepção do realismo jusnaturalista;

2º) impõe-se projectar no ordenamento jurídico, com todas as suas consequências, a tese realista da personalidade jurídica singular;

3º) torna-se necessário assumir, nomeadamente, as implicações dessa tese no tocante ao estatuto do nascituro, carecido hoje de redobrada atenção perante a “revolução biotecnológica” em curso.

Nesta ordem de ideias, justifica-se: a) aperfeiçoar as normas da Constituição e incentivar a operatividade dos princípios constitucionais nos planos interpretativo e integrador; b) reformular as normas civis sobre o nascituro, como as que se referem à aquisição da personalidade (uma proposta legislativa surgida em Itália apresenta a seguinte versão para o nº 1 do artigo 1º do *Codice Civile*: “*Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento.*”)<sup>44</sup> e aos direitos de personalidade; c) desenvolver e concretizar em legislação ordinária complementar e no plano jurisprudencial o reconhecimento e tutela de direitos do ser humano embrionário, de acordo com a natureza deste e as particularidades da problemática que lhe diz respeito<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cf. CARLO CASINI, *L'embrione umano: un soggetto. Verso una riforma dell'art. 1 c.c.*, sep. de *Si alla vita*, 1996 (Out.).

<sup>45</sup> Sobre esta matéria, cf., entre outros: A. TARANTINO, *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Medicina e Morale* 1995 (5) 951-984 e 1996 (6) 1209-1247; AA.VV.-TARANTINO (Dir.), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milão, 1997; NOËLLE LENOIR e BERTRAND MATHIEU, *Le droit international de la bioéthique (Textes)*, PUF, Paris, 1998.

São de grande interesse os estudos que ao tema tem vindo a dedicar, no Brasil, a Prof<sup>ª</sup>. SILMARA CHINELATO E ALMEIDA.