

# A VULNERABILIDADE HUMANA E A PESSOA PARA O DIREITO – BREVES NOTAS

Ana Elisabete Ferreira

## 1. COMPREENDER A PESSOA A PARTIR DA VULNERABILIDADE – O PASSADO, O PRESENTE E A CONTINUIDADE DE UMA NOÇÃO COMPLEXA



e houvéssemos decidido a essência humana na racionalidade, se todo o ser humano se visse funcionar como um organismo, se as leis do seu «ser aí» fossem determináveis como as leis da física ou da mecânica, se – numa palavra – o humano fosse um corpo pluridimensional objetivamente científico e *reconhecível* a partir do exterior, esse talvez não fosse um fracasso do Humanismo (que sempre teria respondido a sua questão, ainda que a resposta o desgostasse), mas seria, certamente, um fracasso do Direito, arrasado na sua luta pela pessoa.

A luta pela pessoa... – caberá essa luta ao Direito? Se o Direito não quiser ser um mero regulativo social, mas um autêntico «projeto ético» para a realização da autonomia e da responsabilidade<sup>1</sup>, compreenderá que o problema da desigualdade humana no acesso ao *estatuto* de pessoa – o problema de o *conceito* de pessoa, intimamente imbricado no conceito de sujeito de direito, ser um conceito evolutivo, permeável às concepções ideológicas e filosóficas de cada época, mas também às suas exigências pragmáticas mais elementares – é um problema seu. Há muito que respondemos que não é o Direito que define, enquanto tal, a pessoa; o Direito apenas reconhece o valor que

---

<sup>1</sup> Vide A. CASTANHEIRA NEVES: “O Direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 287 e ss.

é consubstancial à Pessoa. Pois, impõe-se compreender o que isso pode significar, hodiernamente.

O presente escrito envidará discutir, brevemente, algumas analogias comuns no âmbito jurídico, tão comuns que se tornaram matéria praticamente indisputada desde o final do século XVIII. Referimo-nos às conexões entre «sujeito de direito» e «pessoa», «pessoa» e «humano», «humano» e «dignidade», concomitantemente. Queremos partir da importância da vulnerabilidade na construção da ideia de pessoa para o Direito, evidenciando que, no horizonte jurídico atual, não pode falar-se de uma coincidência entre a «pessoa» e a «personalidade jurídica», nem entre esta e a «capacidade». A origem, a evolução e a subsistência da ideia de pessoa serão o ponto de partida deste apontamento, e a esse propósito envidaremos compreender diferentes paradigmas de «humanização» e «pessoalização» do ser humano. Não haverá espaço a um enfoque direto da problemática da dignidade humana e da universalidade dos direitos humanos mas, não obstante, as ideias de «dignidade» e de «direito subjetivo» não deixarão de ser mobilizadas e sinteticamente refletidas.

Intentaremos, portanto, discutir tangencialmente se a pessoa jurídica o é em nome de uma dignidade, intrínseca e igualizante, que pressupõe uma universalidade material do «estatuto jurídico» que vai implicado na ideia de pessoa, ou se, por outro lado, a pessoa jurídica como a compreendemos se fundamenta hoje muito mais numa vulnerabilidade discriminatória, que justifica diferentes tutelas e uma especial preparação para a diferença, que pressupõe um desnível natural e ineliminável nas necessidades, e que não se coaduna com um estatuto jurídico de pessoa que mais não seja do que um «modelo standard» de direitos subjetivos. Sublinhe-se, de resto, que não tem de tratar-se de uma verdadeira alternativa, se a vulnerabilidade puder fundar-se, ela mesma, na dignidade humana; porém, para que tal rumo filosófico seja estabelecido, a própria dignidade

terá de passar a dura prova do relativismo cultural e fundar-se como axioma, pois só assim se justifica uma tutela material das diferentes vulnerabilidades, segundo um critério de alguma estabilidade dogmática. De contrário, a dignidade pode bem continuar a ser um atributo que, embora universal, se particulariza em função do contexto, podendo servir qualquer pretensão jurídica. E uma visão deste tipo não garante o reconhecimento da *autêntica*<sup>2</sup> vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é, sem dúvida, uma condição ontológica universal do ser humano, frágil, incompleto, e instintivamente diminuído, mas é, particularmente, muito mais do que isso<sup>3</sup>. É uma característica essencial diferenciadora, que justifica o reconhecimento de um grau diferente de capacidade e que fundamenta uma discriminação na graduação da capacidade jurídica, em função do domínio (potencial) da «ação comunicativa», como a cunhou Habermas.

É isso que caracteriza a vulnerabilidade – a evidência de um desnível no domínio potencial da linguagem para a comunicação; uma diminuição na capacidade de comunicação, simbolização e expressão. E, assim, não se trata apenas de uma vulnerabilidade genérica, essência de todos os seres humanos, para cuja compensação servem as normas da moral<sup>4</sup> e que justifica o cuidado recíproco e a inter-responsabilidade de todos, mas de uma vulnerabilidade específica e individual, que não encontra respostas nas pretensões universalizantes do Direito e não pode senão compreender-se num horizonte de consciencialização para a desigualdade humana.

Evidentemente, a radical e inultrapassável *infirmas* do

---

<sup>2</sup> *Autêntica*: real, efetiva; materialmente delimitada.

<sup>3</sup> Sobre esta vulnerabilidade humana, essencial e universal, veja-se, introdutoriamente, Jacob Dahl RENDTORFF: *Basic Principles in Bioethics and Biolaw*, disponível em <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm>

Vide, também, Daniel SERRÃO: “Vulnerabilidade: uma proposta ética” disponível em <http://www.danielserrao.com/gca/index.php?id=124>

<sup>4</sup> É a conceção de Emmanuel LÉVINAS em “Totalidade e Infinito”. Lisboa: Edições 70, 1988.

ser humano, que é sua característica mais elementar, não pode deixar de ser pressuposto e limite dos cânones fundamentais de organização social, assentes numa certa exigência de, e para, a pessoa. E porque o próprio *conceito* de pessoa se vê como um dos arcobotantes jurídicos mais dramaticamente expostos à erosão *dos tempos e das vontades*, a assunção da vulnerabilidade não é inata à sociedade nem imune à discussão filosófica.<sup>5</sup>

O final do século XIX e o início do século XX foram palco de profundas transformações filosóficas, sociais e políticas, que abrangem, de um modo ou de outro, todas as expectativas e interesses, públicos e particulares, e que diagnosticam um momento de crise generalizada.

Julgamos que é esta crise generalizada o que veio acentuar a consciência de partilha da coletividade, levando à promoção de medidas que revolucionaram o tratamento e a assistência às pessoas consideradas vulneráveis. Encontraremos, nos grandes debates desta época, contributos fundamentais para a compreensão das respostas jurídicas hodiernas, nas diversas áreas, da saúde ao trabalho, passando pela educação e pela segurança social.

Neste período histórico, e particularmente em Portugal, as mudanças ideológicas definiram os alicerces de um novo regime político e também de um novo sentido do direito, porque assentaram numa verdadeira revolução ética e existencial. Daí que se verifique tão claramente a contemporaneidade de medidas tão díspares como a criação de hospitais especializados para tratamento dos alienados (1848), a libertação dos escravos das colónias do Estado português (1854) ou a primeira abolição da pena de morte (1852), seguidas de profundas mudanças no direito do trabalho e no direito da família e da filiação, patrocinadas pela Primeira República portuguesa.

---

<sup>5</sup> A pessoa e a vulnerabilidade não são temas relativamente aos quais possa aspirar-se fazer mais do que uma *quase-alusão*, dada a vastidão da literatura implicada e a amplitude dos temas conexos, razão pela qual o desenvolvimento deste apontamento será por nós, constantemente, demarcado.

Não se pense, porém, que esta alteração da noção de pessoa como ser vulnerável, incapaz de sobreviver enquanto mero *indivíduo* (ao contrário do que propugnava a crença racionalista do *Iluminismo* do século XVIII)<sup>6</sup>, se pode determinar a partir de um concreto momento histórico-cultural. Na verdade, todas estas mudanças são o produto natural de *sucessivas tentativas de humanização*<sup>7</sup>, com avanços e retrocessos esparsos e difíceis de caracterizar, de que encontramos laivos, ainda que ténues, já no século XIII.

O universo esclarecido e intelectual do século XIX é influenciado por nomes tão díspares quanto Hegel, Comte, Darwin, ou Freud, para nomear apenas alguns dos mais sonantes. Contudo, as doutrinas positivistas, utilitaristas ou marxistas, entre outras que por ali correram, não partilham apenas o momento cronológico em que memeticamente se implantaram, mas uma forte e muito manifesta energia sociológica. A sociologia era, no século XIX, uma disciplina *nova*, impregnada da força persuasiva que as ideias novas têm sempre, especialmente animada pelo facto de a *igualdade* e a *liberdade* se terem emancipado de utopia a estandarte político, e pelas radicais mudanças das estruturas sociais operadas pela industrialização e pela urbanização. A quebra da economia feudal agrícola e do «espírito de grupo» que animava as relações que a conformavam trazem consigo, naturalmente, uma maior preocupação com a noção de «assistência». A passagem da *comunidade* à *sociedade* foi dolorosa e traumatizante para o espírito humano, que progressivamente descobre no *individualismo* uma espécie de veneno capaz de colocar em causa a sobrevivência social da comunidade.

No âmbito jurídico, esta tendência *anti-individualista* é

---

<sup>6</sup> Cfr. *La vulnérabilité*, dir. Roland Jouvant, Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 7.

<sup>7</sup> Vide H. BARAHONA FERNANDES: “O Nascimento da Psiquiatria em Portugal” in *História e Desenvolvimento da Ciência em Portugal*”, I volume, Lisboa: Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, 1986, pp. 577 – 593.

manifestada na proliferação e grande aceitação das doutrinas de Savigny e da Escola Histórica por ele fundada. A crítica ao individualismo é baseada, também, na História: “o histórico, como facto positivo, repousa numa ideia de coletividade, ideia de que indivíduo e grupo são real e metodicamente inseparáveis, contrariamente ao que sustentaram os teóricos do racionalismo”<sup>8</sup>.

A Filosofia social e a Sociologia comungam desta enorme revolução na interpretação da constituição social de cada época, levada a cabo pela Escola Histórica e baseada na fulcralidade da tradição. Esta interpretação da função do direito assente na constituição social será, precisamente, a célula embrionária da justificação de uma tutela jurídica simultaneamente *geral* – em razão da condição ontologicamente vulnerável do ser humano, em todas as suas relações, quer de natureza económica, quer de natureza existencial – e também *específica* e especializada, em função de circunstâncias particulares, potenciadoras de vulnerabilidade<sup>9</sup>.

A preocupação sociológica consubstancia, pois, uma consequência da revolução ocorrida nas estruturas sociais para a sustentação da sociedade industrializada. Contemporaneamente, os estudos sobre a *consciência coletiva* são desenvolvidos por Durkheim (1858 – 1917).

Evidentemente, a assunção da vulnerabilidade como um problema implica, necessariamente, a admissão de que as desigualdades pessoais e sociais são, em si mesmas, um problema. Esta admissão, como se disse, foi progressiva, mas muito acentuada com a industrialização e o progresso da ciência e da técnica, que trouxeram consigo as reformas sanitárias urbanas e a

---

<sup>8</sup> F. Javier de AYALA: “Filosofia da história e Filosofia do direito no século XIX” in *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra) XXIII, 1947 (pp. 106 – 274), p. 113 e 114.

<sup>9</sup> Vide Heloisa Helena BARBOZA: “Vulnerabilidade e Cuidado: aspectos jurídicos” in *Cuidado e Vulnerabilidade* (coord. Tânia Pereira; Guilherme de Oliveira), São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. (106 – 118), p. 111.

criação, sobretudo por parte de algumas ordens religiosas, de uma série de instituições especializadas<sup>10</sup>, destinadas a melhorar as condições de vida das pessoas. Este tipo de iniciativas acumula-se, e sedimenta a noção de «assistência social», de modo abrangente e extensível a todos<sup>11</sup>.

A Filosofia e a Epistemologia do século XIX são, neste ponto, plenas de idiossincrasias – *nós cegos*, que ancoram e fixam pensamentos com uma força extraordinária; porém, mal esclarecida. É essencial compreender como se articula um positivismo *racionalista* como o comtiano (como este que é adotado em Portugal por Teófilo Braga<sup>12</sup> operando uma fundamental receção do darwinismo) e aquele anti-individualismo que transborda da doutrina de Savigny, impregnando as grandes reformas sociais da essência da Escola Histórica.

A relação entre o Real, a Filosofia e a Ciência tem sido, desde sempre, uma relação de contornos sinuosos, para cujos problemas todas as respostas parecem demasiado incipientes. Mas nunca, como no século XIX, o tema foi tão profunda e proficuamente debatido, e particularmente em Portugal<sup>13</sup>. Esta foi, nomeadamente, a mais veemente preocupação filosófica de Antero de Quental, que dedicou a sua reflexão à procura daquela relação essencial entre a Ciência e a Filosofia, de uma perspectiva em que ambas subsistissem independentes e coadjuvantes<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Assim em F. A. Gonçalves FERREIRA: *História da Saúde e dos Serviços de Saúde em Portugal*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, p. 257.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Amadeu Carvalho HOMEM: *A Ideia Republicana em Portugal – o contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989, p. 92: “... Teófilo, uma vez superada a fase da metafísica universitária, filiou-se definitivamente nos arraiais do positivismo. Veremos (...) que esta filiação se operou com razoável latitude de derivação teórica...”

<sup>13</sup> Veja-se essencialmente Ana Leonor PEREIRA: *Darwin em Portugal [1865 – 1914]. Filosofia, História, Engenharia Social*, Coimbra: Edições Almedina, 2001, pp. 89 – 98.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 98: “Na óptica anterioriana, a ideia de evolução, sendo a ideia chave da

O *evolucionismo* de Lamarck e de Darwin foi um trunfo anticlericalista, porque, pretensamente, anulou a *teoria criacionista* dominante; e alimentou o positivismo racionalista, porque, pretensamente, aboliu a metafísica do estudo do conhecimento. Mas, para o homem, se bem virmos, o evolucionismo representa, antes de tudo, um golpe profundo e irrecuperável na sua constituição ontológica particular; uma ferida narcísica insanável, que o expõe como uma realidade sempre incompleta, sempre infirme, sempre deveniente. Enquanto ser de evolução e para a evolução, particular e conjugada, o homem é um caminhante que nunca chega; um ser que ainda não é, e nunca será. É, ele mesmo, o defeito, a *infirmidade*. Estamos em crer que é, precisamente, esta consciência da fatal incompletude, trazida pelo evolucionismo, que vai robustecer-se especialmente com as catástrofes humanas e sociais do século XX, o que patrocinará as novas abordagens filosóficas do século XXI sobre o homem, de um pessimismo quase radical quanto ao passado, como sejam a conceção neo-evolucionista de Steven Pinker quanto à linguagem, ou a perspectiva anti-humanista de Peter Sloterdijk sobre a humanidade, no rasto do impreterível *inumano* de Jean-François Lyotard<sup>15</sup>.

Esta leitura permite acercar como as disparidades intelectuais se conjugam na inevitável assunção da vulnerabilidade humana e do carácter profundamente questionável de uma sua independência e auto-subsistência racional. O saber científico é essencial; os seus métodos podem criar conhecimento e aperfeiçoar o conhecimento adquirido, mas “nenhuma ciência pode impedir o espírito de *espontaneamente* perguntar pelo funda-

---

epistémica moderna, exigia um trabalho filosófico que a objectivasse positivamente, incluindo, mas superando, a sua definição no plano estritamente científico...”

<sup>15</sup> Sobre o tema, impreterivelmente, a comunicação de José DOMINGUES no Congresso Internacional da AFFEN – Associação Portuguesa de Filosofia Fenomenológica, Coimbra, em Março de 2005: “Porquê o inumano?”, disponível em [http://www.lusosofia.net/textos/domingues\\_jose\\_porque\\_inumano.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/domingues_jose_porque_inumano.pdf)

mento e pelo fim de todo o ser e de todo o saber...”<sup>16</sup>. O diálogo entre a Epistemologia e a Filosofia acaba, assim, por acarretar uma visão menos mecanicista do determinismo humano, em favor de uma maior consideração da existência própria em pro do outro, uma vez que é substância da pessoa o desejo de melhorar sempre a sua relação com o outro<sup>17</sup>.

Na confusão de expectativas de cientistas e filósofos sociais, a História será o fiel das resoluções. Aos poucos vai ficando a descoberto que a potência de conhecimento da ciência no que concerne ao homem social é muito limitada. A teoria evolucionista da fisiologia só pode, muito genericamente, induzir qual será o estado de uma civilização próxima, mas não poderá, *por intrínseca impotência*, acrescentar o que quer que seja relativamente à *transmissão de experiências acumuladas na sucessão das gerações*<sup>18</sup>. A filosofia social, bem como a sociologia, são dependentes da análise do fluxo histórico<sup>19</sup> – é histórico o homem, como é histórica a comunidade, e o movimento social não pode deixar de consubstanciar, ele mesmo, esse fluxo, que não se compadece com a fixação mecânica das leis das ciências naturais.

Começamos por admitir que as mais profundas reformas sociais são, necessariamente, expressão de uma concreta noção

---

<sup>16</sup> Ana Leonor PEREIRA apresentando a doutrina de Antero, *Darwin...*, cit., p. 149.

<sup>17</sup> Assim em Ana Leonor PEREIRA, *Darwin...*, cit., p. 149: “A obra anterior eleva a ciência porque a faz partilhar da ideia de que a liberdade não é uma ilusão inconsequente, mas é a aspiração íntima de todo o ser. Eleva-a, porque, aceitando que cada existente luta para conservar o seu próprio ser, lhe revela que dentro desse determinismo reside um determinismo superior: a vontade que todo o ser tem de aumentar o seu ser, no sentido de se ultrapassar a si mesmo e, portanto, de elevar o nível da relação com o outro...”

<sup>18</sup> Amadeu Carvalho HOMEM: *A Ideia Republicana em Portugal – o contributo de Teófilo Braga*, Coimbra: Livraria Minerva, 1989, p. 135 e ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*: “Daí que tenha sido sobre as inferências concernentes ao desenvolvimento do processo histórico que Augusto Comte elaborou a sua lei dos três estados...” Teófilo Braga, assumindo as doutrinas de Spencer, intenta a difícil conjugação deste postulado com aquela ambição positivista de explicar o movimento histórico a partir das teorias físicas da propagação do movimento.

de *pessoa*, histórico-culturalmente situada. É assim que se compreende que, até ao século XX, a assistência social ocupe tão-só o espaço da caridade, em pleno vazio jurídico. Antes das grandes revoluções sociais, o direito não seguiu, propriamente, a condição humana; o direito seguiu, primeiro, a lei natural e, a partir do Iluminismo, a sua própria lei. Não pode, pois, afirmar-se que o direito se ocupa da condição humana, quer quando a sua existência se ancora na autoridade de Deus – que é *a condição e o resultado da sociedade*<sup>20</sup> – quer quando se afigura auto-subsistente na sua autoridade e na sua racionalidade.

No primeiro e no segundo caso, o sujeito de direito é-o de modo diferente. Sob a égide do direito natural, o homem aparece como inatamente sujeito a uma ordem espontânea, em que o «mundo das coisas» deve ser, impreterivelmente, um reflexo fiel do «mundo das Ideias» – aqui, o homem sujeito de direito é o homem *harmonioso*, aquele que é coerente com a ordem das coisas em que se insere. Não lhe compete pôr ordem no *estado-de-coisas* em que se vê, porque esse *estado-de-coisas* é, em si mesmo, a ordem; compete-lhe respeitá-lo. O homem só é criador do seu direito na estrita medida em que interpreta e concretiza a *lei natural*.

O homem posterior, que se diz criador do seu direito, é, na verdade, muito menos um «sujeito de direito» do que um «sujeito ao direito»: o homem iluminista autoriza a sua lei, e porque é ele quem lhe confere autoridade e vigência, julga-se o seu criador e conformador; contudo, este homem torna-se um escravo do direito, um ser que obedece à lei, ainda que a lei seja absurda, pela razão evidente de que a lei é lei, e, portanto, um ser que, em última instância, deve ao direito a sua existência pessoal e social.

Só com as grandes revoluções sociais dos séculos XIX e XX o direito se torna, substancialmente, *intervencionista*. A

---

<sup>20</sup> Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, Paris: Presses Universitaires de France, 1999, especialmente, pp. 52 – 55.

intervenção social que o Direito irá operar só se torna possível, porque o homem sujeito de direito pôde adquirir aos poucos uma nova imagem de si próprio relativamente à ordem jurídica, compreendendo que o seu *espírito* é independente do reconhecimento jurídico da sua personalidade, e que a personalidade jurídica é, em si mesma, uma *ficção*<sup>21</sup>.

O caminho até aqui foi longo e sinuoso, um caminho árduo para a superação dos ardis do *contrato social*. Sob o manto do contrato social, o direito retoma a reflexão sobre a relação entre a lei e a força, para concluir que a sociedade é um autómato, regido pelas leis que vota, em nome da utilidade social<sup>22</sup>. O homem sujeito de direito será refém desta conceção por muito tempo, particularmente em algumas esferas, como no direito penal, em que a influência plenamente iluminista de Cesare Beccaria se alastra e incrementa muitíssimo. Esta conceção de sujeito de direito do século XVIII, que divide e cataloga o indivíduo em função dos seus atributos, que são comerciáveis em nome da sua autonomia pessoal, pode dizer-se, com propriedade, uma conceção *mercantilista* do sujeito<sup>23</sup>.

Já não é esta a conceção de sujeito de direito que subjaz às políticas sociais do final do século XIX e do início do século XX. A nova conceção passa, necessariamente, por uma reformulação do sentido da normatividade, que se arrogará, cada vez mais, num *dever ser* (e já não num «ter-de-ser»<sup>24</sup>). Numa normatividade como esta, eticamente fundada, abrir-se-á um espaço em que um mínimo axiológico intrínseco à pessoa se considerará indisponível, condição essencial para que o sujeito de direito não mais se confunda com um mero objeto da ordem

---

<sup>21</sup> Assim em Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, cit., p. 55 e ss.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 103.

<sup>23</sup> Nas palavras de Bernard EDELMAN, cit., p. 111.

<sup>24</sup> A. CASTANHEIRA NEVES: “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 31 e ss.

natural, ou com um mero destinatário, extrínseco e submisso, relativamente ao domínio da lei.

O primeiro passo para o triunfo jurídico e existencial que aqui vai expresso terá principiado, sem dúvida, com o reconhecimento da liberdade e da igualdade como valores jurídicos: depois de *saltarem* de mera utopia a insígnia política, *a liberdade* e *a igualdade* assumir-se-ão como princípio ético, condição ôntica essencial do próprio direito, pressuposto basilar da ação autónoma – afinal, “que sentido tem o “dever”, a exigência normativa, sem o “poder”?”<sup>25</sup> Aqui, a liberdade e a igualdade não são apenas pressupostos essenciais da acção, são pressupostos da existência jurídica – de *poder* ser. A pessoa, como ensina Castanheira Neves<sup>26</sup>, ultrapassa largamente o âmbito da identidade e da subjetividade – ultrapassa a sua condição antropológica primordial para se projetar numa aspiração axiológica que deve determinar a coexistência. O que significa isto? Significa que o sujeito de direito (como hoje entendemos o Direito; como *projeto* «eticamente emancipado») consubstancia um valor em si mesmo, e esse valor é inatentável e irrenunciável. Este valor é absoluto e tem de ser reciprocamente assumido em comunidade<sup>27</sup>.

Uma vez mais, a História é função do reconhecimento do conceito: a pessoa só é reconhecida como *pessoa* num horizonte histórico-cultural em que o direito a admita enquanto tal, precisamente, porque as pessoas se reconhecem mutuamente como pessoas, nessa sua fundamental dignidade. O momento da pessoa não podia ser outro. Embora possamos assumir que o ser humano sempre deveria ter sido reconhecido como titular autónomo de uma inatentável e inalienável dignidade ética, é fácil compreender que não se verificavam, até ao século XIX, condições culturais que permitissem despertar para este reco-

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 35.

nhecimento da pessoa. Além disto, importa salientar que esta identificação não pode ter-se por definitiva<sup>28</sup>.

## 2. A PESSOA COMO VALOR JURÍDICO – HUMANANA, LIVRE E IGUAL?

A humanidade, a liberdade e a igualdade são pressupostos tradicionais da reflexão sobre a pessoa enquanto valor, desde o final do século XVIII<sup>29</sup>. A análise antropológica da pessoa enquanto valor – uma análise evolutiva, histórica, sociológica, étnica... – é uma análise complexa, mas não desconfortável, na medida em que os dados de compreensão são quase óbvios e emergem espontaneamente no «mundo das coisas», estando à disposição do investigador. Contudo, a compreensão das consequências da ideia de pessoa para o Direito pode ser, neste sentido, muito menos confortável, se a perguntar versar, não sobre o conceito jurídico, a sua amplitude e evolução, mas sobre a mística *relatio* que justifica a rendição da normatividade perante a força do valor-pessoa. Esta mística relação, por certo, não pode compreender-se num horizonte em que o Direito se desonere simplesmente cumprindo uma função organizatória e uma função sancionatória – esta última com um distinto cariz coercitivo – sem empreender um projeto concreto de luta pela pessoa. A pergunta pelo valor-pessoa como pressuposto da juridicidade é uma pergunta pelo que o Direito é, e pelo que o Direito quer ser, atentas as expectativas que legitimam a sua

---

<sup>28</sup> Vide A. CASTANHEIRA NEVES: “Pessoa, Direito e Responsabilidade” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 135 e ss.

<sup>29</sup> O Antigo Regime, como bem se sabe, não perfilha o princípio da igualdade; nele não há “unificação do sujeito de direito”, ou seja, as regras que devem determinar a ação de um sujeito são definidas em função da «posição» ou «estatuto» que ele ocupa na sociedade. Assim em Mário REIS MARQUES: “Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito»” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita* (org. Diogo Leite de Campos), vol. II, Studia Iuridica, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 95.

imposição social.

A conceção de pessoa que alimenta o Direito não é, evidentemente, alheia aos contributos hermenêuticos e epistemológicos de outras áreas do saber que nela se empenham, como a antropologia, a sociologia ou a psicologia, mas ela não se esgota aí, sob pena de o Direito, enquanto fundação cultural, sequer justificar a sua autonomia, sequer ser algo mais que uma moralidade instituída e autoritária.

As histórias das expressões «sujeito de direito» e «pessoa» não se confundem, embora mereça especial referência o facto de a primeira ideia se incrementar verdadeiramente já no século XIX, ao mesmo tempo que a assunção jurídica da vulnerabilidade emerge e se sedimenta, preparando uma noção mais ampla de «pessoa»<sup>30</sup>.

Sabemos que a noção de «sujeito de direito» foi difundida pela pandetística alemã do século XIX, conquanto já se usasse, esparsamente, desde o século XVI<sup>31</sup>, um pouco por toda a Europa<sup>32</sup>. Não haverá aqui espaço para o tratamento da evolução etimológica, lógica e gramatical do conceito de «sujeito»<sup>33</sup>, e o modo como se emancipa do seu significado comum<sup>34</sup>, relacionado com «submissão»<sup>35</sup>, pois importa-nos sobretudo o modo como vai relacionar-se tal conceito com a evolução da

---

<sup>30</sup> Até ao século XIX, “a ideia de pessoa, ao invés de se impor como um *prius* do seu sistema, é antes uma noção reflexa do conceito de *status*, concebido como ponto de coexistência e de interseção entre a essência de um ente e um conjunto dinâmico de condições de existência. *Idem*, p. 99.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>32</sup> Desenvolvidamente em Alejandro Guzmán BRITO : “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho” in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, UCV, vol. 24 (2002), pp. 151 – 250.

<sup>33</sup> Para tal veja-se, em síntese, Sergio COTTA: *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Milano: Giuffrè Editore, 1997, pp. 39 e ss.

<sup>34</sup> O sentido original de «sujeito» poderá não ser o que deriva do latim para significar *sujeição*, mas o que deriva do grego, usado por Aristóteles para designar *substância*. Vide Alejandro Guzmán BRITO : “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, cit., p. 245.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 157 e ss.

noção jurídica de pessoa, como hoje a entendemos.

A ideia de «sujeito de direito» foi modernamente tratada sobretudo a partir da construção dogmática dos direitos subjetivos, construção em que se destacam modernamente, em particular, filósofos como Michel Villey e Brian Tierney, com perspectivas diversas sobre a questão. Consoante a fundação filosófica dos estudos, o início da construção dogmática dos direitos subjetivos é diversamente atribuído. Embora não se justifique, no âmbito da nossa temática, tratar autonomamente tal evolução histórica, não pode deixar de salientar-se, ao menos, que o sujeito de direito foi sendo visto como um sujeito com determinadas qualidades relevantes no âmbito jurídico, nomeadamente, como centro autónomo de capacidade(s) ou faculdade(s) juridicamente relevantes, em que a presença do «ius» se identifica como uma «potestas», até se considerar, hodiernamente, razão de ser do Direito. O sujeito de direito é razão de ser do Direito – ou, se preferirmos, condição de existência do Direito como Direito<sup>36</sup> – no momento em que assoma uma certa consciência ética, i.é., uma consideração especificamente axiológica, da sua vigência. O sujeito de direito vai identificar-se com a pessoa (na sua formulação atual, implicando a universalidade e a dialética da noção) no momento em que se assume que é a sua *condição* axiológica (ou, numa enunciação mais corrente, a sua *dignidade*) o que justifica e fundamenta a existência e a manutenção do Direito, como projeto comum e como autoridade consensualmente assumida, não sendo o Direito, portanto, um conjunto de atributos do sujeito<sup>37</sup>.

Resta explicitar que desde Leibniz, e em Wolff e Kant, é

---

<sup>36</sup> A. CASTANHEIRA NEVES: “O Direito como Alternativa Humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito” in *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, vol. 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 287 e ss

<sup>37</sup> Sobre a evolução do conceito de «sujeito de direito» enquanto sujeito de faculdades até à conceção atual, e o seu caráter pouco definido no direito civil português, veja-se ainda Mário REIS MARQUES: “Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito», cit., pp. 109 e 110.

já pacificamente aceite a identificação do *sujeito* de direito com a *pessoa*, embora esta pessoa fosse, tão-só, o ator do Direito – vale dizer, o que tinha direito a ser ator do Direito – significando isso um relativismo no *merecimento* de tal estatuto, que não se universalizou até ao final do século XIX, em que a consciência da igualdade se incrementa e materializa, com a abolição da escravatura, a criação progressiva de uma rede de assistência social aos pobres e desamparados e a contemplação da inimputabilidade jurídica e do tratamento médico dos «alienados». Evolução que, apesar de tudo, sofreu um enorme revés com a incrementação do regime nazi, no século XX.

Nos estudos filosóficos, a fundação axiológica da ideia de pessoa para o Direito aparece, atualmente, ainda que de modo discreto, ancorada naquela resposta que Martin Heidegger<sup>38</sup> pôde dar a Jean Beaufret, acerca do humanismo, onde se revela a essência da pessoa como fundamento humanizante; o humano habitando a morada do ser humano; humano como intrínseco da pessoa, *ser no seu lugar*. Trata-se de algo que supera claramente a ideia lockiana de pessoa como consciência de si, ultrapassando assim o argumento psicologista em favor de um conceito mais abstrato mas também por isso mais universalizante. Todavia, sendo embora indiscutível a profundidade da fundamentação de Heidegger, ela pode sempre ser recombinação como um relativismo axiológico<sup>39</sup>, que é aliás evidente na ideologia do seu próprio Autor<sup>40</sup>, justificando que esse humanismo,

---

<sup>38</sup> Quanto a esta influência, veja-se Sergio COTTA: *Soggetto Umano, Soggetto giuridico*, Milano: Giuffrè Editore, 1997, pp. 3 e ss.

<sup>39</sup> Vide Domingo NATAL: “Sloterdijk *versus* Habermas: humanismo, patria y metafísica” in Estudo Agostiniano, vol. 36, Fasc. 2 (2001), p. 350.

<sup>40</sup> Heidegger inscreveu-se no partido nazi em Maio de 1933 – ano em que Adolf Hitler sobe ao poder e lhe garante a reitoria da Universidade de Freiburg – sendo um importante arcobotante da credibilidade do regime. São sobejamente conhecidas as suspeitas que recaem sobre a legitimidade ideológica de “A Carta Sobre o Humanismo”, bem como sobre a teoria da «banalidade do mal» do genocídio nazi, sustentada por Hannah Arendt para justificar a nudez ética da Segunda Guerra Mundial, uma vez que Arendt, de ascendência judia, foi aluna e namorada de Heidegger.

como outros mais modernos que gradualmente substituíram o lugar do «humano» pelo lugar da «dignidade», sejam reconsiderados e colocados em causa.<sup>41</sup>

Diferentes propostas filosóficas têm desbravado caminho neste sentido, colocando em causa a dignidade humana como axioma<sup>42</sup>, não só porque seja um conceito demasiado abstrato e judicialmente inoperante, ou porque não corresponda ao ser humano concreto<sup>43</sup>, como aponta a crítica tradicional<sup>44</sup>, mas porque se trata de uma construção artificial e falaciosa. O que vai estando em causa nos novos estudos<sup>45</sup>, segundo nos parece, não é uma negação pura e simples da dignidade ou de uma *singularidade ética* do ser humano em favor do inumano (esta versão de inspiração nietzschiana, de resto, é frequentemente desconsiderada e ignorada<sup>46</sup>), mas um alerta para o facto de a

---

<sup>41</sup> Embora a preocupação do Direito com a dignidade humana seja muito antiga, a proliferação do uso do termo «dignidade» nos textos legislativos é bastante recente, coincidindo com a consolidação da industrialização. Vide Milagros Otero PARGA: “Reconocimiento legal del valor dignidad” in *Boletim da Faculdade de Direito* (UC), vol. 79 (2003), p. 443 e ss.

<sup>42</sup> Acerca desta temática, Mário REIS MARQUES: “A dignidade humana como *prius* axiomático” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), vol. IV, *Studia Iuridica* 101, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 541 -566.

<sup>43</sup> “... valor (...) de servir para casi todo sin definir técnicamente casi nada, a excepción, claro está, de un sínfin de buenos deseos. [¶] Esto no es suficiente. La sociedad actual há superado (...) la fase del “deber-ser”...” Milagros Otero PARGA: “Reconocimiento legal del valor dignidad”, cit., p. 443.

<sup>44</sup> Vide a enunciação das críticas mais comuns à dignidade humana e seus autores em Mário REIS MARQUES: “A dignidade humana como *prius* axiomático”, cit., p. 561.

<sup>45</sup> Referimo-nos, essencialmente, a três estudos contemporâneos que envidámos comparar com o propósito de elaborar estas breves notas: PINKER, Steven: *The blank slate: the modern denial of human nature*, London: Penguin Books, 2003; SLOTERDIJK, Peter: *Regras para o Parque Humano*, trad. Manuel de Resende, Coimbra: Angelus Novus, 2007; DAMÁSIO, António: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, trad. Luís Oliveira Santos, Lisboa: Temas e Debates (Círculo de Leitores), 2010.

<sup>46</sup> Ver, ainda, a comunicação de José DOMINGUES no Congresso Internacional da AFFEN – Associação Portuguesa de Filosofia Fenomenológica, Coimbra, em Março de 2005: “Porquê o inumano?”, disponível em

dignidade ser uma construção humanista, não consubstancial ao ser humano, que por essa razão não pode mostrar-se suficientemente firme para se impor verdadeiramente. Enquanto o axioma se impõe por si mesmo, encontrando em si mesmo a sua justificação – “designa uma hipótese auto-evidente”<sup>47</sup> – a construção cultural, pelo contrário, só se compreende num dado contexto, e sofre a impiedosa erosão do tempo e da estratégia política. São cada vez mais as vozes que sustentam que a dignidade humana se situa no último âmbito e não no primeiro, por força da sua consideração diferenciada, que se reflete bem ao nível da consagração cultural e religiosa de direitos<sup>48</sup>.

A sustentação da autonomia do Direito enquanto projeto e enquanto luta diferenciada pela manutenção de valores é perpassada pela constância de uma ineliminável dignidade axiológica do ser humano. A dignidade humana é pressuposto ineliminável do reconhecimento da pessoa enquanto tal, «conditio sine qua non» da vigência do Direito, como o entendemos, na esteira de Castanheira Neves. Tudo isto é clarividente se considerarmos que a «dignidade» que aqui está em causa é a humanidade em si mesma da pessoa, que lhe permite reconhecer-se e reconhecer os outros como seres auto-transcendentes; seres que ultrapassam, biológica e culturalmente, o aqui e agora da sua realidade animal.

Julgamos ser aqui patente uma confusão, permanente e repetida em muitos ensaios, entre a essência humanizante do ser humano – o seu transcendental – e uma pretensa dignidade fundamentante da pessoa jurídica. E, embora a relação seja incontestável, a confusão pura e simples não nos parece filosoficamente honesta. É que, aventar que *ser* humano consubstan-

---

[http://www.lusosofia.net/textos/domingues\\_jose\\_porque\\_inumano.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/domingues_jose_porque_inumano.pdf)

<sup>47</sup> Palavras de Mário REIS MARQUES em “A dignidade humana como *prius* axiomático”, cit., p. 563.

<sup>48</sup> Vide, para introduzir a discussão, Domingo NATAL: “Sloterdijk *versus* Habermas: humanismo, patria y metafísica” in Estudo Agostiniano, vol. 36, Fasc. 2 (2001), pp. 347 – 376.

cia um «plus» natural no reino animal, justificado pela transcendência da sua linguagem «amplo sensu» (o que, verdadeiramente, humaniza o humano e lhe concede um lugar de destaque na Natureza, que é importante preservar e promover em convivência, e que consubstancia uma potência definitivamente presente em todos, ainda que manifeste diferenças nos casos particulares) não é o mesmo que afirmar que todos os seres humanos são igualmente dignos, e dignos de quê, independentemente da sua aptidão social e do seu horizonte civilizacional. Não estamos, de modo algum, a negar a dignidade, nem a negar a sua pretensão de universalidade, mas parece-nos fundamental que a dignidade ou, se preferirmos, a *humanidade* da pessoa, não seja um dado adquirido mas uma construção permanente e que a assumamos como tal, sem pejo do diferendo, pois o diferendo cultural é o mais essencial da linguagem humana, e não nos parece defensável a sua homogeneização.

Este debate, de resto, implica uma prévia tomada de posição, clara e manifesta, sobre uma «ética deontológica» ou uma «ética consequencialista» em sede de direitos humanos, em que a dignidade consubstanciada num direito venha justificar, tão-só, um dever universal de não imissão, ou, de outro modo, exigir um determinado comportamento efetivo, que não possa ser outro. Ora, também esta questão permanece (e permanecerá...) em debate entre os estudiosos da universalidade dos direitos humanos e da tolerância<sup>49</sup>.

Quando a responsabilidade jurídica assume como pressuposto essencial esta noção de pessoa, as consequências normativas não podem deixar de ser amplas e profundas. O mútuo reconhecimento dos seres humanos como pessoas vem implicar a responsabilidade pelo outro, em termos comunitários, de inter-responsabilidade, propriamente. A dignidade ética da pessoa não se confunde, ou não se dissolve, com aquela dignidade

---

<sup>49</sup> Como introdução à temática, Hans OBERDIEK: *Tolerance: between forbearance and acceptance*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

que imediatamente se identifica com os «direitos do homem», porque estes últimos não esgotam o conteúdo da dignidade<sup>50</sup>: a dignidade ética da pessoa implica o reconhecimento do ser humano como um valor, e não apenas como um *digno destinatário* da norma que apõe valor jurídico à dignidade. Portanto, não é o direito, ou um conjunto de direitos, que fazem do ser humano uma pessoa; a pessoa é valor, e o direito submete-se ao valor que a pessoa é.

Em Filosofia, contudo, impõe-se sempre perguntar pela fundação ontológica de uma Ideia. Poderá ser esta ideia de dignidade uma ideia inata, consubstancial ao humano? E se basta ser humano para se ser pessoa, com que critério se delimita o humano? Este valor da pessoa, como outros valores, pode não passar de uma *utopia moderna*, ou pior, de uma *ficção substitutiva* da âncora metafísica do ser humano – órfão da transcendência, divina ou racional, de que depôs. Mas, ainda assim, a ideia axiológica universal proliferou e incrementou-se, tornando-se numa «segunda pele» que não se ousa despir. Desde o século XVIII<sup>51</sup> até aos nossos dias, não se arriscou submeter a dignidade humana, cujo pressuposto essencial é o da respeitabilidade absoluta do ser humano igual e livre, a qualquer exame sério que pudesse funcionar como uma espécie de *falsificabilidade* filosófica, porque ela se tornou num *essencial* sem o qual todo o aparelho social, desde o uso mais simples de convivência comunitária até ao Direito, passando pelos resquícios indispensáveis do Estado-providência, simplesmente se desmorona.

Importa esclarecer que a dignidade patente nos direitos do homem do século XVIII (ainda) não é esta de que se não quer abdicar<sup>52</sup>. Os direitos do homem são direitos do indivíduo

---

<sup>50</sup> Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, cit., p. 506.

<sup>51</sup> A Declaração de Virgínia, de 1776, parece ser o primeiro documento a afirmar que “todos os *homens* nascem *iguais e livres*” (itálico nosso) e esta ideia, como bem se sabe, proliferou rapidamente pelos novos regulativos.

<sup>52</sup> Vide José Manuel AROSO LINHARES: “Jus Cosmopoliticum e Civilização de

relativamente ao poder do Estado, à autoridade<sup>53</sup>. Esta dignidade ética que se vai assumindo a partir do final do século XIX, pelo que se depreende da heterogeneidade de filosofias sociais, é uma proteção da pessoa em si, da pessoa relativamente ao outro e, muito importante, da pessoa relativamente à inércia do Estado. Trata-se, pois, de uma dignidade mais ampla, mais profunda e mais astuta, que parece arrogar um regresso à *comunidade*<sup>54</sup>.

Dizer tudo isto não responde, por certo, à questão fundamental de saber porque é hoje tão amplo o conceito de pessoa; porque é que, sem hesitar, incluímos nele um número tão gigante de seres humanos, apostados num mundo em que não haja *subpessoas* – nem escravos, nem marginalizados, nem condenados à miséria eterna sob qualquer forma; em suma, porque consideramos pessoas todos os seres humanos e, para mais, num tempo em que a substância do humano a toda a hora é colocada em causa e se construiu, plenamente, o carácter de um certo *inumano*.

Formulada a questão, fica bem patente que o valor pessoa não pode confundir-se com a personalidade, pessoal ou social – é muito frequente aventar-se que o conceito de pessoa será uma transposição do grego «*prósopon*», indicador da máscara da tragédia clássica, mas trata-se de uma opinião entre outras, impossível de confirmar<sup>55</sup>. Do mesmo modo, não é comprovável a associação de «pessoa» ao papel desempenhado por cada indivíduo na «*polis*», não existindo, portanto, nenhuma relação inata verosímil entre *pessoa* e *indivíduo* ou *cidadão*.

A verdade sobre o nascimento da ideia de «pessoa» per-

---

Direito: as alternativas da tolerância procedimental e da hospitalidade ética” in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)* 82 (2006), pp. 142 e 143. (pp. 135 – 180)

<sup>53</sup> Veja-se Guy HAARSCHER: *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 43 e ss.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>55</sup> Vide Diogo Costa GONÇALVES: “Pessoa...”, cit., pp. 20 e 21.

manece um mistério. De seguro, apenas podemos afirmar que a sua caracterização como conteúdo material transcendente vai impor-se com o triunfo do Cristianismo, porque tal é historicamente muito evidente. É a teologia cristã que vai ensaiar a ideia de pessoa como conteúdo axiológico, em parte, para fundamentar a análise explicativa do dogma da Santíssima Trindade<sup>56</sup>, onde há necessidade de distinguir a natureza, «*physis*», da pessoa, «*hypostasis*», para justificar que três pessoas possam partilhar uma mesma natureza sem que cada uma perca o seu particular distintivo ontológico de ser pessoa. “Pessoa torna-se (...) a forma especial ou particular de *ser* de uma determinada natureza”<sup>57</sup>.

A influência dos dogmas religiosos na fundação axiológica dos seres humanos e na regulação da sua conduta social é sobremaneira evidente e não carece de grandes explicitações. E o mesmo pode dizer-se da influência dos mesmos dogmas na fundação dos atuais princípios normativos do Direito, eminentemente judaico-cristãos.

### 3. *INFIRMITAS* – A VULNERABILIDADE DA PESSOA COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DO DIREITO. SOMOS TODOS *PESSOAS*?

Uma breve análise, ainda que superficial, da literatura dedicada à *pessoa* que interessa ao Direito – pessoa enquanto titular de uma ineliminável dignidade ética – permite compreender imediatamente o seu caráter transcendente. Depois de tudo o que, segundo cremos, ficou esclarecido, estamos agora e condições de compreender que a fundação transcendente, autenticamente metafísica da pessoa enquanto valor, evoluiu, naturalmente, com a História e com a cultura humanas e exprimiu-se, alternadamente, a partir de um de três paradigmas

---

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 25 e 26.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

fundamentais:

a) A pessoa como «filho/filha de Deus»: esta primeira concepção é imediatamente teológica, porque ancora a especial dignidade humana na criação divina<sup>58</sup>. É iniciada pela teologia cristã, mas outras teologias podem ser analisadas numa mesma perspetiva. Trata-se de uma abordagem muito problemática por força do diferendo religioso. Se quisermos referir-nos apenas às três grandes religiões universais – o cristianismo, o judaísmo e o islamismo – perceberemos facilmente a enorme distinção que cada uma opera na sua concepção de «povo eleito», e as dispares consequências que se retiram de tal distinção. Para o Cristianismo católico em particular, religião largamente dominante em Portugal<sup>59</sup>, todos os seres humanos são criação de Deus, mas apenas são seus filhos aqueles que «renascem», ou seja, recebem o sacramento do batismo que os liberta do «pecado original», firmando-os católicos. Neste sentido, existe uma diferença de grau na dignidade teológica de católicos e não católicos, e embora esta não determine que os últimos não sejam considerados *pessoas*, determina uma diferença de tratamento, pois os não católicos não estão aptos a receber *sacramentos*. A diferença entre membros e não membros de uma religião, seja ela qual for, acaba sempre por determinar um certo desnível perante as leis próprias.

b) A pessoa como animal altamente evoluído cuja característica essencial é a racionalidade: neste caso, a pessoa é encarada como um vivente biológico animal, que sofreu, no âmbito do seu reino, um processo evolutivo sem precedentes, que lhe permitiu o uso mais sofisticado do cérebro. Esta racionalidade, imanente e exclusiva do homem, foi tendo diferentes

---

<sup>58</sup> Vide, por exemplo, Guy HAARSCHER: *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 82.

<sup>59</sup> Não são ainda conhecidos os resultados definitivos dos Censos de 2011 mas, em 2001, 7 353 548 portugueses afirmavam identificar-se como católicos, embora a larga maioria não seja praticante regular. Considerando que Portugal tem cerca de 10 000 000 de habitantes, falamos de cerca de 75% da população.

conotações ao longo da História da Filosofia. Já em Aristóteles, o homem era o portador de uma alma racional, capaz de pensamento e, por causa dele, capaz de se projetar na matéria porque o seu impulso é guiado pela razão. Há aqui, evidentemente, uma aproximação entre a capacidade de razão e a capacidade de lógica, que não deixaremos de encontrar em Descartes e nos racionalistas depois de si, e que se vai polindo.

Este concebimento é o largamente dominante quando se trata de distinguir o ser humano do não humano, até meados do século XX<sup>60</sup>. Neste seguimento, a pessoa seria imediatamente identificada com a faculdade de autodeterminação racional, sendo a razão o seu transcendental, a «ultima ratio» da sua distinção positiva face aos outros viventes e às coisas.

A Razão tem uma dimensão metafísica, muitas vezes mal assumida, que é notória no facto de não poder justificar-se senão no facto de Homem consubstanciar já um «plus» face à natureza. A Razão desenvolve-se social e culturalmente mas a sua essência (a sua potência), verdadeiramente, não se aprende – ela é inata ao homem; mesmo o selvagem pode tornar-se racional, aprender a lógica e a argumentação, libertar-se do «aqui e agora» das suas perceções sensoriais, associar ideias e construir raciocínios complexos, algo a que o seu parente biológico orangotango, por exemplo, não pode aspirar.

Embora o Iluminismo tenha querido repelir a metafísica do homem, este é, em si mesmo, *metafísico*, na medida em que, antes de ser cultivado em sociedade, se apresenta já como um *racional* em potência. O destinatário dos direitos humanos, das doutrinas de Locke e Rousseau, é este homem racional, que é, potencialmente, autónomo e dominante sobre si mesmo e sobre os seus haveres, capaz de governar-se a si mesmo, à sua família, aos seus bens e ao seu Estado. O facto de a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão não ter efeitos

---

<sup>60</sup> Muito embora já no século XIX, a sociologia apresentasse propostas diversas, começando pelo próprio Durkheim.

universais, dirigindo-se, exclusivamente, aos mais racionais dos homens sociais – os cidadãos – é a primeira amostra evidente de que a associação da humanidade ao racional é falha e perigosa, o que viria a confirmar-se, dramaticamente, em toda e cada uma das iniciativas de *apartheid* e de genocídio humanos.

c) A pessoa como potestade de uma linguagem altamente sofisticada: neste caso, não se trata já, apenas, de afirmar que a pessoa é aquele ser humano, social, que desenvolveu uma racional capacidade de lógica, argumentação e persuasão, mas antes de sustentar que a linguagem é «o último transcendental humano», isto é, aquilo que faz do humano aquilo que o humano é. Invertendo a proposição, significa afirmar que ser humano é ser um *ser de linguagem altamente sofisticada*. Para tal, não basta ser racional; é necessário ser capaz de justificar-se perante si mesmo e perante os outros; é necessário ser criador de causalidade. A faculdade de usar e manipular sistemas complexos de comunicação e de empenhar «ethos», «pathos» e «logos» do modo que pessoalmente aprover, e de manipulá-los ou ficcioná-los quando tal se afigure pessoalmente desejável, face ao objetivo. A pessoa é, então, mais do que um ser humano racional, que pode agir lógica e teleologicamente: ela é a dignidade que se reconhece e reconhece aos outros como pessoas, dignidade para a qual, em função de uma linguagem altamente rebuscada e auto-transcendente, fundou uma justificação autopoiética, que dispensa qualquer outra. A criação e manutenção da *pessoa* devem-se a si mesma, mas a sua possibilidade mantém-se no domínio transcendente, uma vez que a sofisticação da linguagem humana é inata enquanto possibilidade, sendo aperfeiçoável mas não criável «ab initio».

Esta última aceção é, claramente, a que sobreviveu à II Guerra Mundial e a que guardamos, como todas as forças, até hoje. A vivência comunicacional humana, biologicamente material e culturalmente simbólica, parece o único reduto que permite equacionar a relação humano-pessoa-sujeito de direito,

muito embora todas as categorias, e a última em especial, tenham de sofrer uma renovação para se adaptarem entre si.

*Este último paradigma de justificação filosófica e jurídica da pessoa não se encontra, porém, isento de aporias, denunciadas por insignes Autores do século XXI, investigadores nas mais diversas áreas, de que tomaremos aqui somente três exemplos de reflexão: Steven Pinker, António Damásio e Peter Sloterdijk.* Estes estudos merecem toda a nossa atenção para melhor acercar a relação entre o domínio da linguagem e a construção da pessoa. Embora nenhum dos estudos a que agora fazemos referência seja um estudo jurídico, todos, no entanto, se querem implicar diretamente na regulação social, arrogando-o expressamente.

Começemos por referir que a anterioridade ou essência antropológica do humano – a essência do humano que ultrapassa a biologia do «homo sapiens sapiens» e lhe confere um estatuto de *mais-do-que-animal* – pode ser uma ilusão: talvez toda a *humanidade* – ou seja, a própria ideia de *humano* enquanto qualidade inerente ao «homo sapiens sapiens» que excede a sua condição biológica e o distingue – seja, na verdade, *humanização*, e se tenha feito com base em meras técnicas de seleção<sup>61</sup>, assimilação e exclusão, desde a educação à punição, passando pelo parentesco, para definir, artificialmente, o que é e o que não é *humano*. Esta denúncia reflete não apenas que a humanidade do humano é uma ficção propositadamente construída, mas também que, e por isso mesmo, ela pode, a qualquer momento, ser outra, ou deixar de ser.

A afirmação de um «princípio da humanização» – princípio segundo o qual não existe inatidão do humano, e a humanização é uma construção constante, artificial e de regras aleatórias – implica, por maioria de razão, que nada exista de inato na ideia de pessoa ou na sua dignidade. Trata-se de um argumento

---

<sup>61</sup> É a proposta de Peter SLOTERDIJK em *Regras para o Parque Humano*, trad. Manuel de Resende, Coimbra: Angelus Novus, 2007.

inconveniente, a partir do qual é possível deixar a claro que todo o humanismo é atávico e obsoleto. A questão tem sido sobremaneira debatida no âmbito da ética para a biotecnologia, protagonizada especialmente por Habermas e Fukuyama, que aventam a dignidade humana como um «*prius*» ineliminável sem o qual o humano está condenado. Repare-se, todavia, que esta afirmação, em si, denota já a artificialidade do humano; do humano que só o é por consubstanciar um fim.

Pinker denunciou o facto de nós, humanos, olharmos para a cultura, para a influência dos outros, do ambiente, da sociedade como um todo, como um processo criador, construtor e manipulador de cada humano e de cada comunidade, como se cada ser humano ao nascer fosse uma «*tábua rasa*»; como se cada ser humano tivesse, à partida, as mesmas capacidades, as mesmas aptidões, a mesma inteligência e a mesma sensibilidade, podendo assim aprender tudo quanto possa ser aprendido, e fazer uma distinção liminar entre bem e mal, certo e errado, lícito e ilícito. É esta a nossa conceção atual de pessoa enquanto sujeito de direito, aquela que pode auto-determinar-se a agir corretamente; e essa é a faculdade que distingue, juridicamente, a pessoa capaz da pessoa incapaz.

Damásio, por sua vez, vem há muito afirmando o determinismo dos níveis de consciência numa ação concreta, bem como o papel capital das emoções subjetivas nessa mesma ação. O que Pinker e Damásio têm em comum, é que ambos estão a dizer-nos, a nós, juristas, que o pressuposto de que um ser humano maior de idade, saudável e capaz – pessoa plena para o direito – é um ser que, ao errar (por exemplo, provocando um dano através de um ato ilícito), *podia e devia ter agido de outra maneira*, de onde se retira a sua *culpa*, é um pressuposto tendencialmente falso. O ser humano não é apenas determinado pela sua composição genética, mas também por toda a proteómica e todos os condicionamentos endócrinos, que o definem biologicamente. Além da biologia, cada ser humano é

determinado pelos seus sistemas semióticos de identificação, sendo, boa parte deles, definido ainda antes do seu nascimento e tendo uma projeção neurológica direta.

Em boa medida, quando nos perguntamos se uma pessoa poderia *ter agido* de outro modo, o que estamos, verdadeiramente, a questionar é se ela podia *ser* de outra maneira... Habi-tuámo-nos a ver a cultura como uma segunda natureza que corrige a primeira – eminentemente animal, e por isso selvagem, e por isso perigosa. Todavia, se a inata violência do homem e os laivos de selvajaria são evidentes, é também evidente que o poder da cultura para os combater é muito limitado. Como refere Sloterdijk, toda a nossa cultura é humanista, e todo o humanismo é literário<sup>62</sup>. Se bem entendemos, afirma-se que toda a nossa cultura é humanista, porque reinventa o humano a cada momento, distinguindo sempre o humano do não humano através de diversos métodos «técnicos» de seleção, assumindo que essa construção é necessária, porque o humano, em si mesmo, não existe. Ao mesmo passo, todo o humanismo é literário, porque assumiu desde sempre a cada momento, e independentemente do paradigma privilegiado, que o humano se distingue pela capacidade de narrativa, pela literalidade da sua expressão. Assim, considerámos que a primeira civilização humana é a primeira que domina os caracteres; assumimos que o homem burguês é aquele que lê os clássicos, entendemos que o cidadão é aquele que, primeiramente, é letrado<sup>63</sup>; consideramos agora que o máximo da formação académica e pessoal consiste no domínio das palavras relativas a um determinado assunto.

O ser humano compreende-se como literato, sendo o seu mérito sempre referido em função do seu grau de alfabetização. Todas as ideias se transmitem pela narrativa, e o humano não seria concebido como hoje o é se não lhe tivessem chegado, pela forma oral e escrita, as histórias e as filosofias dos diver-

---

<sup>62</sup> Peter SLOTERDIJK: Regras para o parque humano..., cit., pp. 21 e ss.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 25.

sos conhecimentos.

Nunca ocorreu perguntar por uma outra definição de humanidade que não passasse pela literalidade, e nem o ser humano é capaz de conceber uma coisa, e muito menos compreender o que ela seja, se não for capaz de, em primeira instância, nomear essa mesma coisa, referir-se a ela literalmente – podemos ver, sentir, cheirar e saborear todas as coisas, porém, se as não podermos nomear, não sabemos o que *são*.

Assim compreendemos que a ligação entre *humano* e *pessoa* está longe de constituir um dado adquirido e incontesteável.

A pessoa que pensamos enquanto sujeito de Direito é, em regra, a pessoa humana, muito embora o próprio Direito seja, sugestivamente, um especialista em ficcionar pessoas que, tradicionalmente, o não são, arrogando à pessoa características que a afastam absolutamente do humano. Não obstante, a dita *pessoa singular* é, para o Direito, a pessoa humana. Terá o Direito conseguido, então, uma conceção de humano própria, emancipada da transcendência, que possa identificá-lo imediatamente com a pessoa, ficando assim fundamentada a universalidade da dignidade humana juridicamente relevante? Por outras palavras, bastará ser humano – humano enquanto «*homo sapiens sapiens*», sem transcendência – para se ser pessoa para o Direito?

A resposta, dramaticamente imediata, é «não». É humano o embrião, «*in utero*» ou «*in vitro*», como é humano o cadáver, como são humanos os órgãos e tecidos do «*homo sapiens sapiens*», vivo ou morto, dentro ou fora do organismo, sem que lhes seja reconhecido o estatuto de pessoa. A própria personalidade jurídica – reduto jurídico mínimo da pessoa – só se adquire no momento do nascimento completo e com vida, e cessa com a morte. A vida intra-uterina é considerada um bem jurídico, mas tal não afirma a existência de uma pessoa. Bem assim, tutela-se o nome, a imagem, a vida privada, a honra e o próprio

corpo humano de alguém que já faleceu, concordando, não obstante, que o cadáver (já) não é pessoa.

O Direito, querendo libertar os seus alicerces de toda a metafísica, forjou expedientes para dividir o ser humano, e a pessoa, em atributos. Porém, o hábil artifício do Direito de dividir a pessoa em atributos, apenas multiplica os problemas inerentes à definição da natureza da pessoa jurídica. Supõe-se, porque nada mais se pode supor, que a pessoa tem uma espécie de *propriedade* sobre os seus atributos, razão pela qual pode *comercializá-los* no tráfego jurídico, disponibilizá-los. Se alguém ofende, viola ou diminui um dos seus atributos, a pessoa pode exigir ressarcimento. Mas, porquê, e como o faz? Através do Direito. Assim, ao que parece, a pessoa deve ao Direito a disposição de si mesma... Teria ainda a disposição de si mesma, e a salvaguarda de si mesma, se o Direito o não reconhecesse?

Trata-se de uma encruzilhada hermenêutica: se os direitos da pessoa são absolutos em nome da sua dignidade, então eles deveriam ser protegidos e reivindicados independentemente da proteção do direito e, sobretudo, independentemente da ocorrência de um dano<sup>64</sup>. Se, pelo contrário, a *humanidade* não garante a *personalidade*, sendo a personalidade confundida com a *personalidade* – conjunto de atributos – então o ser humano não tem uma tutela jurídica absoluta.

Parece-nos que estas razões que vimos de avocar são contributos suficientes para afirmar que cabe ao Direito uma luta autónoma pela pessoa, levando a sério muito mais a sua vulnerabilidade imanente do que as suas sublimes capacidades biopsicológicas. É que, se os mecanismos de sobrevivência consubstanciados na fé, na razão e na linguagem são, obviamente, indispensáveis à manutenção do humano, eles não garantem, por si só, a manutenção da pessoa, cuja construção, de acordo com o progresso social efetivo que experimentamos,

---

<sup>64</sup> Vide Bernard EDELMAN: *La personne en danger*, Paris: PUF, 1999, p. 113 e ss.

deve ser cada vez menos arbitrária, mais ampla e mais segura.

