

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-183-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

No momento atual em que se atravessam diversas dificuldades decorrentes a contextualizar a pandemia Covid-19 em nível mundial, observa-se a descontinuidade de inúmeras atividades educacionais, industriais, comerciais e de serviços em geral. Mesmo diante do caos instaurado pela necessária redução das atividades humanas, a busca de soluções não pode parar. Este é o pensamento do Conpedi, ao se desdobrar e se reinventar para redesenhar seus tradicionais eventos, notadamente o Congresso Nacional do Conpedi, propondo a inovadora modalidade digital, para os dois eventos deste ano, desta feita, materializado pelo II Encontro Virtual do Conpedi – Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios. Com grande honra, o Grupo de Trabalho de Teorias do Direito, da Decisão e do Realismo Jurídico traz a compartilhar com a Comunidade Científica, por meio dos presentes anais, trabalhos de grande indagação a respeito de temas atuais e controversos, como no âmbito das indagações de matriz teórica, enfrentou-se a discussão, tida como questão de princípio, a desafiar a existência efetiva de distinção pela teoria de Ronald Dworkin entre regras e princípios, ou se esse aporte se deu apenas de forma instrumental, sem constituir efetivamente uma posição teórica aplicável à resolução de casos concretos. Nesse mesmo matiz, propôs-se uma incursão na contribuição dada pela abordagem interdisciplinar, notadamente pela psicologia, ao Realismo Jurídico norte-americano. Os direitos de personalidade se viram contemplados em sua efetividade e coerência funcional, a partir de reflexão sobre o positivismo jurídico e em contexto de Estado de exceção. Já no campo da Jurisdição Constitucional, discutiu-se a possibilidade da aplicação da interpretação moral como ponto de convergência entre as teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, assim como se analisou a adequação ou não da aplicação da técnica de Declaração de “Estado de Coisas Inconstitucional” quanto ao exercício da soberania. Some-se ainda texto crítico à qualidade da deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar pela análise de alguns casos, as contradições em matéria de argumento e de categorias jurídicas segundo a posição de cada julgador. A abordagem neo-constitucionalista se viu analisada e questionada em termos da teoria da efetividade das decisões judiciais, no atual contexto pandêmico, face às contradições nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Mantendo a preocupação com a qualidade dos julgamentos pelo Poder Judiciário, pôs-se em discussão a falibilidade das provas judiciais e a potencial construção da verdade, no intuito da busca da verdade real, no atual sistema processual brasileiro, assim como a vigência e eficácia das normas jurídicas em ambiente de garantismo jurídico.

Com grande honra temos o prazer de apresentar a presente coletânea de debates sob a forma de anais do II Encontro Virtual do Conpedi. Desejamos a todos uma agradável leitura e excelente oportunidade de reflexão.

Juraci Mourão Lopes Filho - Organizador do II Encontro Virtual do Conpedi: Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios. Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS; possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). Concluiu Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará (2002). Obteve Grau de Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005). Concluiu Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2012). Atualmente é Professor (Graduação e Pós-graduação) do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Atua como Procurador do Município de Fortaleza e advogado. Membro da Academia Cearense de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual Civil e Teoria do Direito.

Rogério Luiz Nery da Silva - Professor-Doutor no Mestrado e Doutorado da UNOESC; graduado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ - 2000). Especialização: em Direito Empresarial e Tributário (FGV-Rio); em ; Pedagogia da Educação Superior (UFRJ); em Direito Público e Privado (EMERJ-UNESA); em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (UGF); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); Pós-Doutorado em Direitos Fundamentais e Ciência Política (Université de Paris X - Nanterre/La Defense); Professor na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor na Fundação Escola Superior da defensoria do Estado do Rio de Janeiro. Professor pelo Programa Erasmus na Cardinal Stefan Wyszyński (Varsóvia - Polônia). Professor convidado na Università degli studi di Roma (La Sapienza) na Facoltà de Scienze Politiche; membro vitalício da Academia Nacional de Economia (ANE-1944) - Cátedra nº 198. Direito Constitucional, Administrativo, Políticas Públicas, Direito internacional, Direitos Humanos, Teoria do Direito e Análise Econômica do Direito.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRÍTICA À TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO ESTADO DE EXCEÇÃO

CRITICAL TO THE GENERAL THEORY OF PERSONALITY RIGHTS: A REFLECTION FROM THE LEGAL POSITIVISM AND THE STATE OF EXCEPTION

**Diogo Valério Félix
Gustavo Noronha de Avila**

Resumo

A problematização a respeito dos direitos de personalidade fundada a partir de elementos substanciais (predicados) entendidos como “essenciais” ao homem, exige uma crítica, em termos de reflexão, a partir do positivismo jurídico de matriz kelseniana, em especial, após o século XX, em que as barbáries cometidas pelos regimes totalitários revelaram a possibilidade de expropriação dos referidos predicados, exigindo uma reflexão da relação entre o Direito e a Política. O estudo em comento apresenta, a partir do método hipotético-dedutivo, uma crítica quanto a exigência da condição política da cidadania como centro gravitacional dos direitos da personalidade, em oposição às concepções substancialistas.

Palavras-chave: Direitos de personalidade, Positivismo jurídico, Cidadania, Estado de exceção

Abstract/Resumen/Résumé

The problematization regarding personality rights founded on substantial elements (predicates) understood as “essential” to man, requires a critique, in terms of reflection, from the legal positivism of Kelsenian matrix, especially after the 20th century, in which the barbarism committed by totalitarian regimes revealed the possibility of expropriating these predicates, requiring a reflection on the relationship between Law and Politics. The study under review presents, based on the hypothetical-deductive method, a criticism regarding the requirement of the political condition of citizenship as a gravitational center of personality rights, in opposition to substantialist conceptions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Legal positivism, Citizenship, Exception status

1. INTRODUÇÃO

O século XX demonstrou, em termos históricos, uma série de fenômenos que elevaram a problematização acerca da fundamentação e tutela da condição de pessoa, sobretudo em razão de sua relação com a Política, no sentido de se buscar uma teorização para o entrelaçamento das respectivas dimensões da vida social, exigindo uma abordagem positivista quanto ao aparato jurídico-político que atribuem ao indivíduo a condição de pessoa, e, suas respectivas prerrogativas.

Nesse sentido, a história revela que o reconhecimento de direitos entendidos como inatos, inalienáveis, intransmissíveis e imprescritíveis do homem – os direitos de personalidade – cujo fundamento se apara na concepção de pessoa, não se mostram suficientes à tutela integral do humano, na medida em que, ainda hoje, no século XXI, observa-se o hiato existente entre o homem e a pessoa, sobretudo no cenário da pandemia do covid-19, onde o estado de exceção se tornou a regra.

Assim, uma reflexão a sério, não só quanto às condições políticas e jurídicas¹ – sem desprezar toda dimensão antropológica e teológica – quanto à significação jurídica do termo *pessoa*, mas, inclusive, dos elementos fundacionais da teoria geral dos direitos de personalidade, se mostram necessários, reflexão essa que será realizada por intermédio do método hipotético-dedutivo, e com apoio da pesquisa bibliográfica como fonte de investigação teórica.

Dado todo panorama deixado pelas barbáries cometidas pelos regimes totalitários no século XX, sobretudo por conta do horror de Auschwitz, e, mais contemporaneamente, pela pandemia do covid-19, os elementos fundacionais da teoria dos direitos da personalidade, bem como da própria condição de pessoa, não podem ser fixados a partir elementos substanciais – predicados – definidos *a priori*, como inerentes ao indivíduo, mas a partir de um conjunto de atributos jurídicos (*persona*) cujo o centro gravitacional se afigura na cidadania, exigindo, desta forma, o reconhecimento da relação entre o Direito e a Política.

Para tanto, o percurso metodológico se inicia – no primeiro movimento do trabalho – com reconstrução da teoria geral dos direitos da personalidade fundada em uma dimensão substancialista, estruturada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual reconhece – em termos conceituais – que a personalidade se apresenta

¹ Registra-se, em razão do recorte metodológico, que o objeto de investigação do presente estudo ficará circunscrito ao âmbito jurídico e político da constituição da pessoa.

como uma dimensão substancial axiológica que orienta, de maneira geral e não exaustiva, a proteção da pessoa humana pelo ordenamento jurídico vigente. Como consequência, os direitos da personalidade são inerentes à própria condição do ser humano enquanto portador de dignidade, o que seria determinado pelo reconhecimento de certos atributos ou qualidades físicas e morais, individualizados pelo ordenamento jurídico e que – em última análise – coincidem com o indivíduo e, portanto, se apresentam com um caráter dogmático.

No segundo movimento, o estudo pretende demonstrar, a partir das concepções do positivismo jurídico clássico, de matriz kelseniana, que a personalidade jurídica se trata do homem enquanto sujeito de direitos e deveres, o que impede sua identificação com o indivíduo, se apresentando como a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo, tendo, assim, um caráter eminentemente formal, na medida em que os direitos da personalidade não seria outra coisa senão o conjunto dos atributos jurídicos (formais) que dotam o indivíduo da condição de pessoa.

Avançando no texto, o terceiro movimento visa demonstrar, em termos conceituais, que o centro gravitacional dos direitos da personalidade se afigura na condição da cidadania, no sentido de demonstrar não só a relação entre o Direito e a Política – no diz respeito aos referidos direitos –, mas, sobretudo, de que nenhum elemento metajurídico pode ser compreendido como elemento fundacional da teoria geral dos direitos da personalidade, dada a verificação da existência de seres humanos que perdem toda e qualquer relação específica, em particular, política e jurídica, exceto o fato de continuarem a serem seres humanos, conforme amplamente demonstrado por Hannah Arendt.

Nesse horizonte de reflexão, o estudo trará para a discussão as teorizações de Giorgio Agamben a respeito do paradoxo do estado de exceção – em que se verifica a existência de seres humanos que não possuem direitos, nem humanos, nem de personalidade, exatamente pelo fato de terem perdido a condição formal de pessoa, na medida em que o ordenamento jurídico fica em suspensão em relação ao indivíduo, revelando, assim, a vida nua.

No mesmo sentido, e com base no testemunho de Primo Levi a respeito da barbárie de Auschwitz, que os campos de concentração nazistas se revelaram como campos de extermínio da própria concepção do humano, uma vez que ao final do processo de destruição da vida, “resta” o *muçulmano*, um mero feixe de funções fisiológicas do

qual não dispõe de nenhum dos predicados, ou valores, que qualificam a *humanitas* do homem.

Em razão do percurso metodológico em que se deduziu a hipótese levantada, o estudo demonstra – a título de conclusão – a impossibilidade de se conceituar, contemporaneamente, uma teoria geral dos direitos da personalidade a partir de uma dimensão substancialista, revelando que a matriz fundamental da personalidade jurídica reside na forma jurídica, na medida em que aquela – a personalidade jurídica – não é nada mais, e nada menos do que a personificação (representação) da unidade de direitos e deveres juridicamente (formalmente) constituídos, e, como tal, podem ser expropriados (mediante o estado de exceção) do indivíduo, assim como os ditos predicados que definiriam – *a priori* – o indivíduo como pessoa.

2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inobstante toda a discussão acerca da conceituação dos direitos da personalidade, e, em particular, em razão do objeto de investigação do presente estudo, sobretudo no sentido de demonstrar – em termos conceituais – que as condições epistemológicas do direito contemporâneo impedem uma associação entre a condição de pessoa (sujeito de direito) e os elementos substâncias entendidos como inerentes ao homem cumpre-nos, de maneira singela e inicial, apresentar alguns elementos conceituais no que diz respeito à relação entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, defendida por boa parte da doutrina contemporânea.

No intuito de sustentar um direito geral da personalidade, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Cecília Bodin de Moraes (2010, p. 141) defende que

a personalidade, conseqüentemente, não é um direito, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela. [...] Não há um número fechado (*numeros clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas.

Da referida definição, observa-se que a personalidade se apresenta como uma dimensão substancial axiológica que orienta, de maneira aberta e multidimensional, a

proteção da pessoa humana, na medida em que, por ser um valor, se coloca como uma condição geral e não exaustiva pelo ordenamento jurídico vigente, sendo, assim, a própria expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal do Brasil.

Dentro dessa perspectiva, a função dos direitos da personalidade consistiria na satisfação das necessidades substanciais das pessoas, estando ligadas por um nexo muito estreito, orgânico por assim dizer, com os mais elevados, entre todos, os bens susceptíveis de senhorio jurídico. Logo, os bens da vida, da integridade física, da liberdade – por exemplo – apresentam-se como bens (valores) máximos, sem os quais os demais perdem todo o valor (BELTRÃO, 2005, p. 36).

Poder-se-ia dizer, que sem a garantia e tutela dos direitos da personalidade, como aqueles anteriormente mencionados, tidos como bens máximos, não haveria qualquer necessidade de proteção das demais normas do ordenamento jurídico, tendo em vista que estes direitos visam à organização do homem no meio social, enquanto os direitos da personalidade têm a finalidade de proteger e garantir as características das quais são essenciais à formação do homem enquanto homem, pois se as normas têm como finalidade o homem enquanto sujeito de direitos e obrigações, é necessário que se garanta a existência dele enquanto pessoa.

O objeto desses direitos não seria, portanto, exterior ao sujeito, diferentemente dos demais bens tutelados, mas sim inerentes à própria condição do ser humano enquanto portador de dignidade, determinado por certos atributos ou qualidades físicas ou morais, individualizados pelo ordenamento jurídico e que – em última análise – apresentam caráter dogmático (BITTAR, 1989, p. 05).

Como consequência, estes direitos acabam por ser tão ínsitos ao indivíduo, em razão de sua própria estruturação substancial – em caráter físico, mental e moral –, que chegam a confundir-se com a próprio indivíduo, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, se antepondo como limites das relações do Estado, entre os particulares, e, inclusive, à própria ação do titular, o qual não pode dispô-los por ato de vontade.

Carlos Alberto Bittar (1989, p. 6) chega a afirmar que:

Os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares.

Nessa linha argumentativa, caberia ao Estado apenas reconhecer e tutelar os pressupostos substanciais que dão ao ser humano a condição de pessoa, posto que os mesmos existem independentemente do direito e, propriamente, ao Estado.

Na mesma medida Silvio Romero Beltrão (2005, p. 23) escreve que os atributos que conferem ao ser humano a qualidade de pessoa são entendidos como um “*conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo que chegam a se confundir com ele mesmo, e, portanto, constituem as manifestações da personalidade do próprio sujeito*”.

Segundo essa perspectiva substancial, os direitos da personalidade seriam aqueles direitos que compreendem toda a condição do homem enquanto ser humano, capaz de constituir todos os aspectos de sua personalidade jurídica, ao ponto de se confundir consigo mesmo (BELTRÃO, 2005, p. 23) em decorrência de sua natureza, bem como àqueles decorrentes de sua projeção no mundo exterior, exercendo, também, uma função de limite de atuação do Estado e os demais particulares, e, inclusive, do próprio indivíduo sendo, via de consequência, irrenunciáveis, intransmissíveis e inalienáveis, não podendo o homem dispor de quaisquer deles.

Em última instância, tal definição substancial dos direitos da personalidade se alinha à visão de um “humanismo integral”², nos moldes propostos por Jacques Maritain, como um projeto de dignidade humana enquanto atributo ontológico da definição do homem, a qual acaba por atrair uma diretriz metafísica (ou teológica) para a teoria dos direitos da personalidade.

Seguindo essa visão ontológica, mais contemporaneamente, Alessandro Severino Valler Zenni (2018, p. 22-23) reconhece os valores (substância) fundamentais do direito, liberdade, igualdade e de justiça, como condições ínsitas à pessoa e sua dignidade, definindo-a – a pessoa – a partir de uma ontologia relacional que visa um desenvolvimento humano permanente com o Infinito, inexaurível e inesgotável, de dinamismo e devir, o que exige, em última análise, uma instância superior supra-histórica (metafísica ou teológica) para sustentar tal concepção onto-teleológica que se funda em uma dimensão substancial.

² Em razão do recorte metodológico do presente estudo, e, ainda, das limitações – em termos de extensão – exigidas para um trabalho na forma de um artigo, não nos cabe aqui estabelecer a relação entre o Humanismo Integral como projeto filosófico onto-teleológico da dignidade da pessoa humana, e sua fundamentação substancial axiológica da teoria dos direitos da personalidade. Para tanto indica-se a obra *Crítica à teoria clássica dos direitos da personalidade*, de autoria de Alessandro Severino Valler Zenni e Diogo Valério Félix, publicado pela editora Humanitas no ano de 2015.

Os bens e valores reconhecidos metafisicamente – ou, ainda, teologicamente – como anteriores ao direito, e, conseqüentemente, ao Estado, como inerentes à condição do homem e da pessoa, impõe um reconhecimento de tais atributos como radicais da humanidade, da igualdade, da imutabilidade, da objetividade da indispensabilidade e da inviolabilidade, mesmo, ainda, que sejam historicamente reconhecidos.

Contudo, essa concepção substancial acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade, fundada em uma dimensão substancial metafísica, acaba por se apresentar na direção diametralmente oposta, não só da concepção do positivismo jurídico clássico, mas, sobretudo, das condições epistemológicas em que, tanto o direito, quanto o homem moderno, são representados.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO

A problematização acerca do conceito da teoria geral dos direitos da personalidade, fundamentada em uma dimensões substanciais e metafísicas encontra maiores complexidades na medida em que a localizamos, historicamente, na modernidade, dado que esta é caracterizada, do ponto de vista de sua estrutura epistemológica, pela ausência de uma instância, ou base, metafísica e teológica capaz atuar como sistema de representação substancial do mundo e, propriamente do direito, deslocando, assim, a fundamentação dos direitos da personalidades dessas mesmas instâncias.

Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma do protestantismo, assim como o surgimento dos modernos estados nacionais, que aparecem em decorrência do desmoronamento da autoridade ainda centrada na unidade política do sacro império romano-germânico (GIACOIA, 2013, p. 60).

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade (GIACOIA, 2013, p. 60), no que se refere a dimensão do conteúdo substancial da personalidade jurídica, de modo que os deveres impostos pelas “leis não escritas” acabaram por assumir a forma histórica dos direitos políticos fundamentais (GIACOIA, 2013, p. 60), exigindo, via de consequência,

uma reformulação dos elementos fundacionais da teoria geral dos direitos da personalidade.

É nesse sentido que se caminha a abordagem que pretendemos fazer da localização da problematização da teoria geral dos direitos da personalidade moderna. A importância da questão, para a discussão jusfilosófica atual mal pode ser exagerada, tanto mais quando se atenta para o fato de que, no século XX, os regimes totalitários, sobretudo do horror de Auschwitz, evidenciaram a completa destruição dos atributos – em termos substanciais – que até então predicalizavam a qualidade do ser humano.

Em razão da dimensão universal do princípio da dignidade da pessoa humana, que sustenta uma teoria geral dos direitos da personalidade fundada em determinados atributos materiais, e da experiência de Auschwitz, novas bases fundamentais para o problema da titularidade de direitos – na modernidade –, sobretudo no que diz respeito ao tema da personalidade jurídica e o sujeito de direito, exige, historicamente, o reconhecimento não só da relação entre o Direito e a Política, mas, inclusive, de uma zona limite, limiar, entre ambos, tornando-se necessário reelaborar a discussão acerca da referida relação, a fim de podermos estabelecer as concepções do positivismo clássico quanto à teoria dos direitos da personalidade.

Essa reflexão encontra maiores complexidades na medida em que a localizamos, historicamente, na modernidade, dado que esta é caracterizada, do ponto de vista de sua estrutura epistemológica, pela ausência de uma instância, ou base, metafísica e teológica capaz atuar como sistema de representação, e, propriamente, da personalidade e do direito, deslocando, assim, a personalidade jurídica dessas mesmas instâncias.

A reflexão ora indicada tem implicações diretas no conceito da tradição do positivismo jurídico, na medida em que este define a pessoa como sujeito de direito, razão pela qual, a personalidade passa a ser entendida como o conjunto dos atributos jurídicos que não só promovem a individualização, mas lhe dão a qualidade – jurídica – de pessoa (FÉLIX; ZENNI, 2015, p. 95).

O positivismo jurídico clássico, sobretudo de matriz kelseniana, define, em contraposição a qualquer dimensão substancial dos direitos da personalidade, como sujeito jurídico quem é sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou titularidade jurídica. Na ciência jurídica tradicional, o conceito de sujeito jurídico está em estreita conexão com o conceito de direito subjetivo como titularidade de um direito. Portanto, o conceito de um sujeito de direito como portador (suporte) do direito subjetivo - no sentido

de titularidade jurídica – é, aqui, o que essencialmente foi talhado pela noção de propriedade (KELSEN, 2009, p. 189).

Tal como nesse conceito de direito subjetivo, no conceito de sujeito jurídico é decisivo a representação (condições epistemológicas) ou entidade jurídica independente da ordem jurídica, de uma subjetividade jurídica que, por assim dizer, preexiste ao Direito, quer no indivíduo, quer em algo coletivo, e que o mesmo Direito apenas tem de reconhecer necessariamente para não perder seu caráter de “Direito”. A contraposição entre uma objetividade jurídica e uma subjetividade jurídica é uma contradição lógica da teoria na medida em que se afirma ambas como simultaneamente existentes. Essa contradição ganha sua expressão mais aparente à medida em que o direito objetivo passa a ser definido como norma heterônoma, coerciva, que é vinculação (violência), enquanto a “essência” da subjetividade jurídica reside na ausência de qualquer vínculo externo, trata-se da liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia (KELSEN, 2009, p. 189-190).

Os direitos subjetivos que servem de suporte para a personalidade jurídica, pressupõe a ideia de liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia. Assim, à medida em que o conceito fundamental do Direito, fundado no programa crítico kantiano – entendido como a soma das condições em que a liberdade de um pode se unir a liberdade de todos segundo uma lei universal da razão – toma a liberdade como a possibilidade de alguém se determinar para algo, de modo que o homem torna-se sujeito de direito pelo fato de lhe competir aquela possibilidade de se determinar, pelo fato de ter uma vontade, quer dizer: pelo fato de ser livre (KELSEN, 2009, p. 190).

A ideia de um sujeito jurídico independente, na sua existência, do Direito objetivo, se liga ao valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, precisamente quando nesta está incluída também a concepção de propriedade (KELSEN, 2009, 191), na medida em que esta é o pressuposto pelo qual o elemento jurídico na sua essência apresenta algum sentido atribuído pela Norma Fundamental³ (*Grundnorm*), que carrega a fórmula do *pacta sunt servanda*.

A pessoa, nessas condições, “é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres” (KELSEN, 2009, p. 191). Define-se, portanto, o conceito de pessoa como “portador” de

³ Quanto ao caráter de regra básica da Norma Fundamental, fazemos referência ao capítulo 7º, da obra *Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, intitulado de Contra o direito do Estado: a formação do Estado de Direito e sua legitimação pela Norma Fundamental*, dado que no texto ora referenciado, há a reconstrução do argumento kelseniano quanto a natureza da Norma Fundamental (BORGES; FÉLIX, 2017, p. 183-186).

direitos e deveres jurídicos. Essa concepção acaba por imprimir um entendimento no sentido de que a base que serve de suporte para esses direitos e deveres (direitos da pessoa), não pode ser pensado, exclusivamente, a partir do indivíduo, na medida em que a “pessoa” pode ser tanto o homem, quanto as entidades juridicamente constituídas – pessoas físicas e jurídicas.

Em que consiste então o fato de que a teoria tradicional caracteriza com a afirmação de que a ordem jurídica empresta ao indivíduo ou a certos indivíduos a personalidade jurídica, a qualidade de ser pessoa? Nada mais nada menos que na circunstância de a ordem jurídica impor deveres e conferir direitos aos indivíduos, quer dizer: no fato de fazer a conduta dos indivíduos conteúdo de deveres e direitos. “Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. A pessoa, como “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora (...). A pessoa física ou jurídica que “tem” - como sua portadora - deveres jurídicos e direitos subjetivos se apresenta como uma unidade que é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade (KELSEN, 2009, 192-193).

A pessoa, nesse sentido, não é nada mais, nada menos, do que a personificação (representação) dessa unidade de direitos e deveres juridicamente constituídos, ou seja, personalidade é precisamente o conjunto dos atributos juridicamente (formalmente) reconhecidos, o que impede uma definição com o sentido de um valor anterior ao direito e ao próprio Estado. Impõe, também, uma rejeição da afirmação do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Como o direito subjetivo não é um interesse - protegido pelo Direito - mas a proteção jurídica de um interesse, assim também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres, mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo. Esta unidade é também expressa no conceito de sujeito jurídico que a teoria tradicional se identifica com o conceito de pessoa jurídica, no sentido estrito do termo.

Se trata – a pessoa em sentido jurídico – da complexa unidade de deveres jurídicos e direitos subjetivos. Como estes deveres jurídicos e direitos subjetivos são estatuídos por normas jurídicas, ou melhor, são, propriamente, normas jurídicas, o problema da pessoa é, em última análise, o problema da unidade de um complexo de normas (KELSEN, 1998, p. 121-122).

O que entra em questão, é, precisamente, o fato que produz esta unidade: a unidade das normas jurídicas que representam e atribuem a qualidade de pessoa. Esta unidade de normas jurídicas em questão (deveres e direitos subjetivos), que forma a pessoa, resulta, conforme preceitua o professor de Viena, do fato de ser a conduta de um

indivíduo que constitui o conteúdo desses deveres e direitos, do fato de ser a conduta do indivíduo, e não ele mesmo, que constitui o conteúdo da personalidade jurídica, razão pela qual a chamada “pessoa” não é, portanto, o indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. A pessoa não é uma realidade natural – e menos, ainda, metafísica –, mas uma construção criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes (Juristische Person) (KELSEN, 1998, p. 121-122).

Não por acaso que grande parte do aparato doutrinário contemporâneo, definem os direitos da personalidade como aqueles direitos inerentes à própria pessoa, necessários a obtenção de sua personalidade, regulando seus aspectos físicos, mentais e morais, tornando-o, desta forma, um indivíduo único no meio em que vive. Trata-se dos atributos jurídicos que se encontram intimamente ligados com o seu titular, ao ponto de confundir-se com a própria pessoa – e não com o indivíduo –, dotando seu titular de personalidade, tornando-o capaz de aquisição de direitos e obrigações.

Como consequência, os direitos da personalidade se revelam, assim, como os pressupostos fundamentais à aquisição da personalidade jurídica do indivíduo, uma vez que, somente a partir da personificação jurídica, é que ele poderá adquirir direitos e obrigações no seu âmbito político. Neste mesmo prisma, Adriano de Cupis (1961, p. 17) afirma que “não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não está revestido da qualidade de pessoa”. Por consequência, os direitos da personalidade, são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, as suas emancipações e prolongamentos” (FRANÇA, 1983, p. 140).

De fato, à uma identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura-se como um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada

Nesse sentido, a concepção de pessoa nos moldes apresentados, exige, necessariamente, uma condição política, ou seja: dado que aquisição de direitos e obrigações somente pode ocorrer dentro do âmbito político, a personalidade – *persona* – se expressa na capacitada política de exercício de direitos e obrigações; da condição de homem livre, capaz de autodeterminação, de fazer-se reconhecer socialmente.

3. DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Nesse caminho analítico, a conceituação da personalidade jurídica a partir da matriz positivista clássica, fundada no projeto epistemológico de Hans Kelsen⁴ (*Teoria Pura do Direito*), evidencia, não só a inexistência de qualquer atributo ou predicado que seja capaz de determinar a pessoa *a priori*, ou, ainda, em termos metafísicos, mas, também, da exigência de uma base social política, na medida em que restou definido que a personalidade jurídica é a condição que habilita o indivíduo, enquanto sujeito de direito, à atuar politicamente exercendo direitos e cumprindo obrigações.

Essa relação entre o direito (forma) e a política, que se coloca na direção diametralmente oposta a qualquer concepção substancialista acerca dos direitos da personalidade, foi desvendada por Hannah Arendt ao promover a análise dos deslocados de guerra, e identificando a condição política da cidadania como a circunstância que atribui o “direito a ter direitos”.

Arendt destaca que o século XVIII foi um marco decisivo na história, pois significou que o Homem, e não o comando de Deus, e nem dos costumes da história, seria a fonte da lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a Declaração dos Direitos do Homem⁵ era, ao mesmo tempo, a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioria (ARENDR, 2012, p. 395).

Mas, ainda segundo Hannah Arendt (2012, p. 395), havia uma outra implicação que os autores da Declaração apenas perceberam pela metade. A Declaração dos Direitos Humanos destinava-se também a ser uma proteção necessária numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido. Ou seja,

⁴ É preciso esclarecer, que uma leitura desatenta da *Teoria Pura do Direito*, divorciada das bases epistemológicas e das condições sócio-políticas fixadas por Kelsen, pode levar a interpretações equivocadas quanto à pretensão e consequências da obra do autor de Viena. Muito embora o projeto de epistemologia jurídica é apresentado na *Teoria Pura do Direito*, a ciência do direito não pode ser dissociada das condições políticas em que o mesmo é concebido e aplicado, de tal modo que a proposta teórica apresentada no respectivo texto exige uma conjugação com o texto *A Democracia* e a *Teoria Geral do Direito e do Estado*, para uma compreensão do propósito teórico de Kelsen quanto à ciência do direito, cuja pretensão, desde o prefácio da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, é desenvolver uma teoria jurídica livre de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade do seu objeto, aproximando tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 1999, p. VII).

⁵ O presente estudo não tem a pretensão de reconhecer uma identidade entre a natureza jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos humanos. Assim, a referência aos direitos humanos, cujo fundamento ontológico foi fixado no Homem, a partir de certos atributos e valores historicamente reconhecidos, será utilizado como recurso teórico ilustrativo, e de maneira análoga, no sentido de que ambos – os direitos humanos e os direitos da personalidade – exigem a condição política da cidadania como centro gravitacional de tais direitos, sendo, assim, passíveis de serem expropriados, prejudicando uma fundamentação substancial dos direitos da personalidade.

na nova sociedade secularizada e emancipada, os homens não mais estavam certos daqueles direitos sociais e humanos que, até então, independiam da ordem política, garantidos não pelo governo ou pela constituição, mas pelo sistema de valores sociais, espirituais e religiosos. (...). Como se afirmava que os Direitos do Homem eram inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, não se invocava nenhuma autoridade para estabelecê-los; o próprio homem seria sua origem e seu último fundamento. (...). Em outras palavras, mal o homem havia surgido como ser completamente emancipado e isolado, que levava em si mesmo a sua dignidade, sem referência a alguma ordem superior que o incorporasse, diluía-se como membro do povo (ARENDDT, 2012, p. 395-396).

Desde o início, se verifica um paradoxo contido na declaração dos direitos humanos – e que se estende aos direitos da personalidade fundados em uma dimensão substancialista – a saber: que os direitos humanos, inalienáveis, se referia a um ser humano “abstrato”, que não existia em parte alguma. Assim, Hannah Arendt constata que toda a questão dos direitos humanos foi associada a emancipação dos Estados-nações (ARENDDT, 2012, p. 396). Essa associação veio à luz quando surgiu de repente um número inesperado e crescente de pessoas e de povos cujos direitos elementares – inalienáveis e fundados no próprio homem – não eram salvaguardados pelo funcionamento dos Estados-nações (ARENDDT, 2012, p. 396-397).

Os Direitos do Homem, afinal, haviam sido definidos como “inalienáveis” porque se supunha serem independentes de todos os governos; mas sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los. (...) Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmos nos países em que as constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano (ARENDDT, 2012, p. 397).

Hannah Arendt, revela, de maneira pontual, que a problemática da condição de sujeito de direito, e, sobretudo, da relação entre o Direito e a Política, associa-se, diretamente, com um espaço de pertencimento, de modo que a “calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade, ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião, mas do fato de não pertencerem a qualquer comunidade política. (ARENDDT, 2012, p. 402).

O cenário deixado pela segunda guerra mundial, “reproduzido” na pandemia do covid-19, demonstrou que o homem do século XX tornou-se tão emancipado da natureza, quanto o homem do século XVIII se emancipou da história, de modo que, tanto uma, quanto a outra, ou seja, a natureza e a história, tornaram-se alheias ao homem, no sentido de que sua condição natural – como elemento metajurídico – não pode ser compreendida

como elemento fundacional das modernas declarações de direitos, concluindo pelo “fim dos direitos do homem” (ARENDR, 2012, p. 406).

A concepção dos direitos do homem baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontraram-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica - exceto a puro fato de serem humanos (ARENDR, 2012, p. 408).

Esse paradoxo apresentado por Arendt, a saber: o da existência de seres humanos sem direitos humanos – e de maneira análoga, de seres humanos sem direitos de personalidade –, encontra uma significação singular à temática em questão, na medida em que apresenta uma conexão íntima e necessária entre a fundamentação dos direitos da personalidade e o moderno Estado-nação (AGAMBEN, 2002, p. 133).

É nesse horizonte que a reflexão de Giorgio Agamben, a respeito do paradoxo do estado de exceção, se apresenta como uma interlocução incontornável ao propósito de estabelecer a matriz conceitual para definição de uma teoria geral dos direitos da personalidade contemporânea.

Agamben destaca que no sistema do moderno Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado (AGAMBEN, 2002, p. 133), desvelando o paradoxo indicado por Arendt quanto a exigência da uma condição política – a cidadania – para a efetiva tutela dos respectivos direitos.

Em razão dessa ambiguidade, Agamben (2002, p. 135) entende que

As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania regia de origem divina a soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder a derrocada do *ancien regime*. Que, através delas, o "súdito" se transforme, como foi observado, em "cidadão", significa que o nascimento - isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito), une-se agora irrevogavelmente no corpo do "sujeito soberano" para constituir o fundamento do novo Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação "nacional" e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, e investido como tal pelo princípio de soberania. A ficção aqui implícita é a de que o *nascimento*

torne-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele e o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir a luz como tal), do cidadão.

Não se trata de negar a importância histórica das declarações de direitos como garantia de liberdades públicas, sua função histórica de emancipação e resistência ao arbítrio e à tirania, ou seu papel relevante na história do constitucionalismo moderno, mas seu caráter bifronte que nelas se pode reconhecer, tal como em qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica (GIOACIOIA JR., 2018, p. 15). Um jogo antitético de inclusão/exclusão, em que os antípodas interagem permanentemente nas relações de poder⁶, o que foi definido por Giorgio Agamben como o paradoxo da exclusão includente, ou seja, o estado de exceção.

Quanto a esse aspecto, Agamben descreve o estado de exceção como a circunstância, jurídico-normativa, em que um dispositivo original ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, revelando uma relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Com a definição anteriormente mencionada, Agamben propõe que o estado de exceção se apresenta como uma circunstância ambígua, e, portanto, paradoxal, em que se observa a vigência e a suspensão, diga-se, concomitante, da norma jurídica, a qual se revela pela desaplicação por sua aplicação⁷, e, conseqüentemente, em uma exclusão includente⁸ do vivente (FELIX, 2018, 213-239). Ou seja, o estado de exceção implica na circunstância paradoxal da existência dos direitos humanos, e de personalidade, sob o regime da suspensão, de modo que tais direitos, apesar de existentes, não são garantidos, revelando a relação entre o poder soberano e a vida nua⁹.

A fim de exemplificar, Agamben esclarece que:

⁶ Importante registrar a relação íntima entre a estrutura do estado de exceção a partir das concepções da biopolítica e do biopoder desenvolvidas por Giorgio Agamben a partir da obra de Michel Foucault. Assim, em razão das limitações de um artigo desta natureza, e, ainda, por não constituir o objeto de investigação do presente estudo, sobre a relação anteriormente mencionada, indicamos a leitura da obra *Agamben: Por uma ética da vergonha e do resto*, de autoria de Oswaldo Giacoia Junior.

⁷ O paradoxo em questão é o da desaplicação por aplicação do direito, ou seja, o dispositivo normativo (direito) prevê uma circunstância que o poder soberano pode agir sem a observância do direito. Algo análogo ao estado de sítio.

⁸ Essa inclusão includente, e, portanto, paradoxal, se observa na medida em que a atuação do poder soberano objetiva, exclui, o indivíduo do circuito de direitos, e, ao mesmo tempo, o inclui em seus cálculos estratégicos de poder (*exceptio, ex capere*, 'capturar fora').

⁹ O conceito de vida nua fundamenta na ideia de vida desqualificada, ou seja, a vida sem qualquer atributo jurídico.

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na "military order", promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a "indefinite detention" e o processo perante as "military commissions" (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas (AGAMBEN, 2004, p. 14).

O exemplo revela que a ordem política do Chefe de Estado (Soberano), acaba por anular, radicalmente, todo o estatuto jurídico do indivíduo – o que inclui os direitos de personalidade –, colocando-o, ainda, a mercê do Estado, na medida em que esse, ao mesmo tempo em que anula seus direitos políticos, o põe para fora do circuito jurídico, capturando-o fora do respectivo circuito, produzindo, dessa forma, uma figura juridicamente inominável e inclassificável (vida nua) uma vez que não é mais possível classificá-lo, do ponto de vista jurídico, como pessoa ou sujeito de direito (FÉLIX, 2018, p. 213-239), tendo em vista que estas categorias não só são juridicamente (forma) definidas, mas, também, podem ser expropriadas do indivíduo, impedindo uma dedução lógica que fundamente uma teoria dos direitos de personalidade a partir dos predicados relacionados ao homem, abrindo-se a problemática da possibilidade da despersonalização do indivíduo, e, conseqüentemente da figura do *Homo Sacer*¹⁰.

O testemunho de Primo Levi, um dos sobreviventes dos campos de concentração nazista, se apresenta como um recurso ilustrativo não só da impossibilidade de fundamentação substancial da teoria dos direitos da personalidade, e, portanto, da possibilidade de despersonalização do indivíduo, mas, inclusive, da própria incapacidade contemporânea, em termos filosóficos e epistemológicos, de fundação da humanidade e dignidade do homem a partir de predicados essenciais – metafísicos ou supra-históricos –, e, ainda, da dignidade fundada no imperativo categórico.

A obra de Primo Levi, a qual testemunha o horror e a barbárie de Auschwitz, demonstra que a titularidade dos direitos da personalidade, não se afigura na mera condição de indivíduo, ou, ainda de ser humano portador de dignidade, mas em uma circunstância eminentemente política, no sentido de que, tal como sustentado por Hannah Arendt, a tutela dos respectivos direitos exige a condição de sujeito político, ou seja, de

¹⁰ Trata-se da figura do Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que 'se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida'. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro (Agamben, 2002, p. 196).

cidadão, apontando, assim, o “campo de concentração”¹¹ como a situação limite, e, portanto, paradigmática, que define a titularidade não só dos direitos de personalidade mas, também, dos direitos humanos, afastando toda e qualquer ideia de que a natureza, ou, essencialidade – em termos de substância –, dentro de uma perspectiva espaço-temporal, seja capaz de fixar a titularidade de direitos, e, portanto, da condição de pessoa, “dada a impossibilidade de fixação, metafísica e *a priori*, da sua condição jurídica” (FÉLIX, 2018, 213-239).

No relato de Primo Levi, há uma descrição de que o campo de concentração era um ambiente infernal cujo sistema condicionava ferreamente os comportamentos, na medida em que em poucas semanas ou meses, as privações a que foram submetidos os prisioneiros, os conduziram a condição de pura sobrevivência, de luta cotidiana contra a fome, o frio, a fadiga, o espancamento, o espaço para as escolhas (especialmente para as escolhas morais) estava reduzido ao nada. Ou seja, a barbárie perpetrada em sua mais ampla dimensão, consolidaram a substância das normas dos campos de concentração, destruindo, desta forma, toda e qualquer capacidade de reação, não só da violência física, mas, da própria alma do prisioneiro (FÉLIX, 2018, 213-239).

Toda a sistemática do campo, ou seja, sua estrutura (a)normal, excepcional¹², implica no desaparecimento do desconforto, do mal-estar da submissão às condições do *Lager* (campo de concentração), sobrevivendo, assim, o “costume”, que, segundo Levi (2004, p. 97), “é um modo caridoso de dizer que a transformação de seres humanos em animais já estava no meio do caminho”, sendo esta transformação consolidada na figura do *muçulmano*, uma outra representação extrema do campo, a qual fica excluída do relato e da reflexão, e que carrega consigo o próprio signo da incapacidade da ética clássica – deontológica – em promover qualquer tipo de universalismo normativo.

¹¹ A respeito das implicações das relações de poder nos campos de concentração nazistas, estruturada na Primo Levi, ver o trabalho *Barbárie e exceção: o desvelamento do paradigma da atuação do direito pela literatura de testemunho de Primo Levi*, publicado pela revista ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura v. 4, n. 1, janeiro-junho 2018, p. 213-239.

¹² Essa estrutura pode ser igualmente verificada nas medidas adotadas, especialmente no Brasil, de combate à pandemia do covid-19, na medida em que, contrariando os dados científicos, e, ainda, as próprias evidências de outros países em termos de resultado do “isolamento social” no que se refere ao achatamento da curva de contaminação, e, conseqüentemente, da diminuição das mortes, o presidente em exercício (Jair Messias Bolsonaro) vem travando uma verdadeira “odisseia” contra as medidas adotadas pelos governos estaduais e municipais que propõem o distanciamento e isolamento social, arguindo, para tanto, que “o remédio não pode ser mais amargo que a própria doença”, fazendo uma referência à economia brasileira. O atual presidente tem defendido, cotidianamente, que as conseqüências da pandemia – a que se refere como uma “neurose coletiva”, e, em particular, a quantidade de mortes – não pode prejudicar a economia do país. “O Brasil (economia neoliberal) não pode parar”, afirma cotidianamente o presente em exercício, na tentativa de justificar (sacrificar) as mortes dos brasileiros para “salvar” a economia do país, o que revela, de modo espectral, a própria estrutura antitética do estado de exceção.

Ao *testemunhar* sobre os *muçulmanos*¹³, Levi (1988, p. 132) descreve que são os

submersos, são eles a força do campo: a multidão anônima, continuamente renovada e sempre igual; já se apagou neles a centelha divina, já estão tão vazios, que nem podem realmente sofrer. Hesita-se chamá-los de vivos; hesita-se chamar de “morte” à sua morte, que eles já nem temem, porque estão esgotados demais para poder compreendê-la.

Os *muçulmanos* representam a transfiguração consolidada, anteriormente mencionada, de seres humanos em animais, resultante de toda sistemática (a)normativa do *Lager*, ou seja, da destruição dos atributos e predicados que até então qualificavam a *humanitas* do Homem. Não se trata apenas de observar que os campos de concentração representaram um processo perverso de destruição da vida, mas, sobretudo, de destruição do Homem, do Humano.

Dentro dessa perspectiva, o *muçulmano* é o “resto”¹⁴ do processo de expropriação de qualquer traço da vida afetiva e de humanidade (AGAMBEN, 2008, p. 63). O *muçulmano* é a significação simbólica da separação entre o humano e o não humano, o critério e o ponto de exclusão daquilo que constitui a humanidade em si, e que não pode, de modo algum, ser confundido com ela.

A consequência extrema desse processo, em que a liberdade e a humanidade são violentamente expropriados, e que constitui o *muçulmano*, revela-se na identificação de um corpo com meras funções biológicas, isenta de qualquer consciência moral, de qualquer predicado, uma máquina vegetativa cujo único objetivo consiste em permitir que se destine a qualquer preço e que, no campo, se tornou indiscernível: o humano em relação ao inumano (AGAMBEN, 2008, p. 64-65).

Abre-se aqui, o questionamento essencial aos rumos da reflexão que ora se propõe: o que significa uma teoria dos direitos da personalidade fundamenta em projeto de dignidade cuja constituição se dá a partir de elementos e predicados substanciais? Depois de Auschwitz, a tentativa de firmar a dignidade predicativa, e, via de consequência, uma teoria dos direitos da personalidade a partir de uma dimensão

¹³ Designação feita pelos veteranos do campo, dos fracos, os ineptos, os destinados à seleção (LEVI, 1988, p. 129). Trata-se daqueles que em razão do esgotamento físico e mental, dada as ínfimas rações alimentares, trabalhos excessivos e doenças, *macilento, cabisbaixo, de ombros curvados, em cujo o rosto, em cujo olhar, não se possa ler o menor pensamento* (LEVI, 1988, p. 132).

¹⁴ A respeito do conceito de “resto”, ver a obra *Agamben: Por uma ética da vergonha e do resto*, de autoria de Oswaldo Giacoia Junior.

substancial, como conceito e definição decorrentes do humano não faz mais sentido algum.

Em *O que resta de Auschwitz*, Agamben (2004, p. 70-71) escreve que o

muçulmano penetrou em uma região do humano – pois negar-se simplesmente a dignidade significaria aceitar o veredito da SS, repetindo seu gesto (...). Se existe, porém, uma região do humano em que tais conceitos não têm mais sentido, não se trata de conceitos éticos genuínos, porque nenhuma ética pode ter a pretensão de excluir do seu âmbito, uma parte do humano, por mais desagradável que seja, por mais difícil que seja contemplá-la.

A dignidade humana, inspirada a partir de elementos substanciais essenciais de definição do ser humano – cuja grandeza, mesma que obsoleta, se reconhece –, “depois de Auschwitz” revela-se insuficiente – do ponto de vista lógico, filosófico, epistemológico e ético – à fundação de uma teoria geral dos direitos da personalidade, na medida em que não só não leva em consideração os elementos políticos que em última instância dissocia a condição de pessoa com a do indivíduo, mas, também, exclui o *muçulmano* como parte do humano, uma vez que este não dispõe de nenhum dos ditos “elementos (predicados) essenciais” que qualificam o ser humano, não sendo, conforme as próprias concepções de uma teoria substancialista dos direitos de personalidade, pessoa, e, como tal, portador de dignidade e respeito. “Depois de Auschwitz”, a tentativa fixação dos elementos fundacionais da dignidade humana e da personalidade jurídica a partir de elementos substanciais definidos *a priori*, não faz mais sentido algum.

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A matriz do positivismo jurídico demonstra, em razão das condições epistemológicas em que o mesmo está estruturado, que a categoria de pessoa, e, portanto, de sujeito de direito, está relacionado com o conjunto de atributos eminentemente jurídicos, imprimindo a concepção de sujeito de direito como suporte que sustenta o exercício dos direitos subjetivos, no sentido de titularidade jurídica, se dá a partir da noção de propriedade.

Nesse sentido, o estudo revelou que a teoria dos direitos da personalidade, e, propriamente, da pessoa, se sustenta a partir da definição – positivista – dos direitos subjetivos, que servem de suporte para a personalidade jurídica, pressupondo, assim, a

condição e autonomia do sujeito de direito pelo fato de lhe competir a possibilidade de se determinar politicamente, ou seja, pelo fato de ser livre.

Assim, a categoria de pessoa não é nada mais, nada menos do que o homem enquanto sujeito de direitos e deveres, cuja personificação (representação) – dessa unidade de direitos e deveres – configura a personalidade jurídica.

Os direitos da personalidade, assim, são definidos como o pressuposto fundamental à aquisição da personalidade jurídica, que oportuniza a identificação da personalidade, evidenciando sua dissociação com a consideração predicativa de pessoa humana, vinculando-se com a capacidade política de exercício de direitos obrigações; da condição de homem livre, capaz de autodeterminação, de fazer-se reconhecer socialmente.

Essa concepção de direitos de personalidade, e sujeito de direito, decorrente da relação entre o Direito e a Política, encontra uma problemática na medida em que é localizada na modernidade biopolítica, onde se observa a possibilidade de destituição, suspensão, dos atributos jurídicos que constituem a condição de pessoa, revelando, assim, a vida nua, exigindo uma rediscussão a respeito dos elementos fundacionais da teoria geral dos direitos de personalidade a partir do positivismo jurídico clássico de matriz kelseniana, uma vez que a aurora do século XX, e, mais contemporaneamente, a pandemia do covid-19, demonstraram a possibilidade de expropriação e suspensão das condições que definem o indivíduo como pessoa, e, conseqüentemente, da relação entre o Direitos e Política, exigindo, desta forma, reconstrução genealógica a respeito do dispositivo da persona e sua relação – da persona – com o elemento da soberania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha; Homo Sacer III**. Trad. de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Estado de exceção: Homo Sacer II**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Os Direitos Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil**. Ed. Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1989.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Ampliando os direitos da personalidade**. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 anos da constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.369-388.

BORGES, Poliana Caroline; FÉLIX, Diogo Valério. **Contra o direito do Estado: a formação do Estado de Direito e sua legitimação pela Norma Fundamental**. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (Orgs.). Sonhos e Pesadelos da Democracia em Weimar – Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: LiberArs, 2017.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa, 1961.

FÉLIX, Diogo Valério; ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Crítica a teoria geral dos direitos da personalidade**. Maringá: Editora Vivens, 2015.

FÉLIX, Diogo Valério. **Barbárie e exceção: o desvelamento do paradigma da atuação do direito pela literatura de testemunho de Primo Levi**. ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura v. 4, n. 1, janeiro-junho 2018. Doi: 10.21119/anamps.41.213-239.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. **Agamben: Por uma ética da vergonha e do resto**. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

_____. Nietzsche: o humano como memória e como promessa. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. De João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A democracia**. Tradução do original em alemão de Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. Dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Trad. de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

_____. **Afogados e sobreviventes**. Trad. de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org).Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Pessoa e justiça: questão de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2018.