

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**REVISÃO CRÍTICO-DISCURSIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

**Da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos**

**Bruno Torquato de Oliveira Naves**

**Belo Horizonte**

**2007**

Bruno Torquato de Oliveira Naves

## **REVISÃO CRÍTICO-DISCURSIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

### **Da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá

**Belo Horizonte**

**2007**

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N323r Naves, Bruno Torquato de Oliveira  
Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos / Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte, 2007. 193f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá  
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito  
Bibliografia.

1. Personalidade (Direito). 2. Natureza jurídica. 3. Genoma humano. 4. Relação jurídica. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.121

Bruno Torquato de Oliveira Naves

**REVISÃO CRÍTICO-DISCURSIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE:**

**Da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Belo Horizonte, 2007.

---

Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (Orientadora) – PUC Minas

---

Dr. César Augusto de Castro Fiuza – PUC Minas

---

Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas

---

Dr. Iur. Dr. Med. Carlos María Romeo Casabona – Universidad de Deusto (Espanha)

---

Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles – PUC-PR

Dedico este trabalho à Aline, que viveu comigo todo o construir e reconstruir dessas idéias; toda a angústia científica do produzir. Agradeço pelo companheirismo e compreensão; pela paciência nos momentos em que a perdi; pela atenção nos momentos em que fui displicente; pelo amor em todos os momentos partilhados. A obsessão que uma tese representa só pôde ser contida com seu apoio.

Agradeço, imensamente, à amiga e orientadora constante de minha vida profissional, Profa. Maria de Fátima Freire de Sá. Presente em todas “minhas” vitórias profissionais, que, na verdade, não são apenas “minhas”, mas de muitos e, sem dúvida, dela. É impossível expressar, na imperfeição da linguagem, meu reconhecimento pelo seu apoio, às vezes silencioso e sempre altruísta. Agradeço mesmo por tê-la em minha vida.

Agradeço a meus pais pela estabilidade e serenidade, que permitem um apoio contínuo e ao mesmo tempo livre.

À Carmem Pollom, pela torcida constante e compreensão.

Ao Prof. César, à Profa. Taisa e ao Prof. Marcelo Galuppo pelo incentivo e amizade. A escolha pela vida acadêmica deve-se a seus exemplos.

Ao Prof. Flávio Couto Bernardes e ao Prof. Rodrigo de Almeida Magalhães, amigos que me ampararam na PUC, permitindo minha dedicação ao Doutorado.

Podemos saber o que é potencialmente bom para os outros? Pode ser que isto seja possível num caso isolado. Mas, mesmo assim, nosso saber permanece falível e só pode ser transmitido sob a forma de conselhos clínicos a alguém que já conhecemos como um ser biograficamente individualizado. As decisões irrevogáveis sobre o *design* genético de um indivíduo que está para nascer são sempre pretensiosas, no sentido de julgar que sabem tudo. O beneficiário precisa ter a chance de dizer “não”. Como não temos a possibilidade de aceder a um conhecimento objetivo dos valores que ultrapasse nossas intuições morais e como a perspectiva da primeira pessoa está inscrita em todo saber ético, seria demais exigir da condição finita do espírito humano que ela indique qual o “melhor” dom genético para a história de vida dos nossos filhos. (HABERMAS, 2004, p. 121-122)

## RESUMO

A partir da análise da natureza jurídica dos dados genéticos reconstrói-se a categoria dos direitos de personalidade, verificando se aqueles podem ser classificados dentre estes. Para tanto, trabalha-se as características que a doutrina tradicional atribui aos direitos de personalidade e avalia-se se realmente podem elas ligar-se aos direitos de personalidade e aos dados genéticos, auxiliando na determinação de sua natureza jurídica. Averiguou-se que os direitos de personalidade não são, necessariamente, inatos, absolutos e vitalícios, e que nem mesmo podem ser explicados apenas como direitos subjetivos. A definição clássica de direitos subjetivos exige sua titularidade por um ente dotado de personalidade, no entanto é duvidosa a situação do nascituro, do embrião criopreservado e do morto. A proteção dos dados genéticos desses entes demonstra o distanciamento entre a teoria e a prática, por isso revê-se a noção de relação jurídica e personalidade propostas pela civilística. Os “direitos” de personalidade são melhor explicados por intermédio da teoria da situação jurídica. Reconhece-se que nem sempre são direitos subjetivos, podendo se portar como outras situações jurídicas. De forma semelhante, os dados genéticos também apresentam natureza jurídica mutável, só podendo ser determinada *in casu*, por meio da construção argumentativa das partes. No entanto, não são os dados genéticos interesses difusos, já que não há uma situação jurídica de interesse. Este é um elemento extrajurídico que pode contribuir para o discurso de justificação, pois se perfaz politicamente pelos valores sociais. Por fim, concepções naturalizantes ou ontologizantes do Direito retiram-no da normatividade e o conduzem ao campo ético dos valores, impossíveis de serem generalizados. A aplicação do Direito comprometido com a democracia se faz pelas regras e princípios jurídicos, que têm no intérprete a contribuição necessária para sua constante reconstrução, exigência de um sistema jurídico aberto.

Palavras-chave: Direitos de personalidade; Dados genéticos; Natureza jurídica; Situação jurídica; Direito subjetivo; Interesse.

## ABSTRACT

From the analysis of the genetic data legal status the personality rights category is reconstructed, verifying whether those can be classified among these. For that end the characteristics which the traditional doctrine attributes to personality rights are labored over and assessed in order to be checked whether they could be linked to personality rights and to the genetic data, helping with the definition of its legal status. It was verified that the personality rights are not necessarily innate, absolute and lifelong and that they cannot even be explained like subject rights only. The classical definition of subject rights requires its titularship by a being endowed with personality, though the fetus, the embryo and the deceased condition is doubtful. These entities genetic data protection demonstrates how distant the theory is from the practice, hence the need of review the notion of juridical relationship and personality proposed by the civil right doctrine. The personality "rights" are better explained through the juridical situation theory. It recognizes that they are not always subject rights, this way behaving like other juridical situations. Similarly, the genetic data also present a mutable legal status only being determined *in casu*, through the argumentative construction of the parts. However, these genetic data are not spread interests, once there is no juridical situation of interest. This is an extrajudicial element which can contribute to the justification discourse, for it is politically made up by social values. Finally, "naturalizing" or "ontologizing" conceptions of Law remove it from normativity and lead it into the ethic field of values which cannot be generalized. The application of the Law compromised with democracy is done by juridical rules and principles, which receives from the interpreter the necessary contribution for its constant reconstruction required by an overt judicial system.

Keywords: Genetic data; Legal status; Personality rights; Juridical situation; Subject right; Interest.

## LISTA DE ABREVIATURAS

a.C. – antes de Cristo

Ap. – Apelação

art. – artigo

Coord. – Coordenador(es)

d.C. – depois de Cristo

Dr. – Doutor

Dra. – Doutora

ed. – edição

n. – número

Org. – Organizador(es)

p. – página

rev. – revista

t. – tomo

v. – volume

## LISTA DE SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

ADA – *Adenosine Deaminase Deficiency* (Deficiência de Adenosina Deaminase)

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)

CEPH – Centro do Polimorfismo Humano

DNA – ácido desoxirribonucléico

DPVAT – Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de vias Terrestres  
(seguro obrigatório)

EST – *Expressed Sequence Tags* (Etiquetas de Seqüência Expressa)

EUA – Estados Unidos da América

HUGO – *Human Genome Organization* (Organização Genoma Humano)

NIH – *National Institutes of Health* (Institutos Nacionais de Saúde)

ONU – Organização das Nações Unidas

PGH – Projeto Genoma Humano

RNA – ácido ribonucléico

TJ – Tribunal de Justiça

UNESCO – *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*  
(Organização para Educação, Ciência e Cultura das Nações Unidas)

USPTO – United States Patent and Trademark Office (Escritório Estadunidense de Patentes e Marcas)

WIPO – *World Intellectual Property Organization* (Organização Mundial de Propriedade Intelectual)

WMA – *World Medical Association* (Associação Médica Mundial)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 OS DADOS GENÉTICOS NA CLÁSSICA CATEGORIA DE DIREITOS SUBJETIVOS DE PERSONALIDADE .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Formação dos direitos de personalidade .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.1 Breve crítica histórica .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.2 A velha discussão sobre a possibilidade jurídica de se elevar a proteção de aspectos da pessoa humana à categoria de direitos subjetivos .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2 Características dos direitos de personalidade .....</b>	<b>37</b>
<b>2.3 Projeto Genoma Humano .....</b>	<b>42</b>
<b>2.4 Dados genéticos: primeiras delimitações .....</b>	<b>46</b>
<b>2.4.1 Declarações internacionais .....</b>	<b>46</b>
<b>2.5 Dados genéticos como direitos de personalidade .....</b>	<b>52</b>
<b>3 SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS .....</b>	<b>57</b>
<b>3.1 Da relação jurídica tradicional .....</b>	<b>59</b>
<b>3.1.1 Relação jurídica de direito absoluto .....</b>	<b>61</b>
<b>3.2 Situação jurídica e a reconstrução do modelo de relação jurídica .....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.1 Reconstrução da relação jurídica de “direito absoluto” .....</b>	<b>67</b>
<b>3.3 Situações jurídicas em espécie .....</b>	<b>72</b>
<b>3.3.1 Direito subjetivo e seu “elemento essencial” .....</b>	<b>72</b>
<b>3.3.1.1 <u>Teoria da Vontade</u> .....</b>	<b>73</b>
<b>3.3.1.2 <u>Teoria do Interesse</u> .....</b>	<b>75</b>
<b>3.3.1.3 <u>Teoria Eclética ou Mista</u> .....</b>	<b>78</b>
<b>3.3.1.4 <u>Teoria de Hans Kelsen</u> .....</b>	<b>79</b>
<b>3.3.2 Conceito de direito subjetivo e de dever jurídico .....</b>	<b>83</b>
<b>3.3.3 Direito potestativo e sujeição .....</b>	<b>87</b>
<b>3.3.4 Faculdade jurídica .....</b>	<b>89</b>
<b>3.3.5 Interesse legítimo .....</b>	<b>91</b>

<b>3.3.6 O interesse no Estado Democrático de Direito. Crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso. Interesse público versus interesse privado .....</b>	<b>94</b>
<b>3.3.7 Poder .....</b>	<b>100</b>
<b>3.3.8 Ônus .....</b>	<b>101</b>
<b>4 SITUAÇÕES JURÍDICAS DE PERSONALIDADE: OS DADOS GENÉTICOS ALÉM DA COMPREENSÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS DE PERSONALIDADE .....</b>	<b>104</b>
<b>4.1 Ontologização da personalidade e dos direitos de personalidade .....</b>	<b>107</b>
<b>4.2 Do nascimento das situações jurídicas dos dados genéticos: a questão do embrião e do nascituro .....</b>	<b>113</b>
<b>4.2.1 Teorias acerca da personalidade do nascituro .....</b>	<b>113</b>
<b>4.2.2 Nascituro: a pessoa como centro de imputação normativa .....</b>	<b>120</b>
<b>4.3 Sobrevida dos direitos de personalidade? Da (in)transmissibilidade dos dados genéticos do morto .....</b>	<b>125</b>
<b>4.4 A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas .....</b>	<b>129</b>
<b>5 RECONSTRUÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS NO PÓS-POSITIVISMO .....</b>	<b>133</b>
<b>5.1 Transformação do espaço privado e da individualidade .....</b>	<b>133</b>
<b>5.1.1 Identidade genética .....</b>	<b>140</b>
<b>5.2 Interpretação e discurso no Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>141</b>
<b>5.2.1 Axiologia e normatividade .....</b>	<b>142</b>
<b>5.2.2 Princípios bioéticos e princípios biojurídicos .....</b>	<b>150</b>
<b>5.3 Situações jurídicas de personalidade e os dados genéticos .....</b>	<b>151</b>
<b>5.3.1 Da indeterminação da natureza jurídica dos dados genéticos in abstracto .....</b>	<b>152</b>
<b>5.3.2 Extrapatrimonialidade e patenteamento genético .....</b>	<b>157</b>
<b>5.3.3 Intimidade genética .....</b>	<b>165</b>

<b>5.3.4 Terapia gênica .....</b>	<b>169</b>
<b>5.3.5 Dos bancos de dados genéticos humanos .....</b>	<b>173</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>177</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>181</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Já se tornou lugar-comum descrever as transformações que os avanços da Biotecnologia e do desenvolvimento das pesquisas genéticas podem acarretar. Pode-se mesmo afirmar que a *persona* pós-moderna ressoa além da pessoa física do Estado Liberal, que desconhecia aspectos que hoje assumem papel fundamental na constituição de sua personalidade. Este é o caso do patrimônio genético humano, que se elevou como o bem jurídico que mais graves conseqüências trazem para a pessoa humana.

Enquanto a Genética avança rapidamente, o Direito persegue, sofregamente, seus passos. No Brasil, há um Projeto de Lei, ainda em tramitação, que pretende tipificar as condutas ilícitas de discriminação genética – o Projeto de Lei n. 149, de 1997 –, mas que não encontrou apelo político suficiente para ir a Plenário.

Até há pouco tempo, trabalhos jurídicos envolvendo Genética restringiam-se ao tema da clonagem humana, em razão da perplexidade das conseqüências do uso de sua técnica. Todavia, muitas são as vertentes que podem ser trabalhadas sob o enfoque da manipulação genética. No Brasil, o assunto ganhou mais relevo durante o processo de elaboração e votação da Lei de Biossegurança, embora seu texto final tenha se revelado extremamente limitado.

A proteção jurídica dos dados genéticos é tema fundamental para a reconstrução da teoria dos direitos de personalidade no Estado Democrático de Direito. Seu tratamento e interpretação jurídicos envolvem amplas discussões, que poderão modificar por completo a relação do Direito com a Ética e com a Medicina.

É claro, portanto, que o conhecimento da técnica de mapeamento e manipulação genética envolve riscos e, neste ponto, a proteção jurídica dos dados genéticos deve resguardar a dignidade da pessoa humana.

Este trabalho não pretende percorrer todos os caminhos da proteção dos dados genéticos, nem mesmo especular os problemas da clonagem reprodutiva. A análise restringe-se à localização dos dados genéticos no Direito brasileiro, isto é, não apenas a abordagem legislativa, mas principalmente a posição que as informações genéticas vêm ocupar na teoria jurídica. Para tanto, serão utilizadas situações descritas na doutrina clássica e que servirão de ponto de partida para comparações com institutos e classificações tradicionais.

Pode-se mesmo dizer, ainda presos à tradição, que se almeja avaliar a natureza jurídica dos dados genéticos e a utilidade de se perquirir pela natureza jurídica dos institutos jurídicos.

A determinação dessa “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos é uma pesquisa teórica que deve anteceder à análise pragmática dos mesmos pelo Direito.

De início, percebe-se que os dados genéticos são expressões biológicas da personalidade humana. Logo, é fácil relacioná-los aos direitos de personalidade. Mas será que se pode dizer que têm eles as características dos direitos de personalidade? Seriam direitos subjetivos? Quem são seus titulares? Há “direito aos dados genéticos” do nascituro? E do morto? A tutela destes se dá em razão do “interesse coletivo”?

Vê-se que a localização dos dados genéticos no “preciso” mapa traçado pela civilística clássica traz profundas conseqüências para o tratamento destes bens jurídicos. Se forem considerados como situação autônoma de interesse coletivo ou

difuso, a autonomia privada estaria afastada de sua esfera de atuação, impedindo até sua classificação como direitos subjetivos.

Partindo-se do pressuposto de que os dados genéticos são direito subjetivo, haverá um poder de atuação por parte de seu titular, ente privado capaz de decidir autonomamente a seu respeito. Mas seriam direito de personalidade e como tal seriam originários, extrapatrimoniais, absolutos e intransmissíveis?

Se os dados genéticos são bens *extra commercium* e intransmissíveis, como explicar o patenteamento de material genético humano? Sabe-se que, em relação ao tema da propriedade industrial, “Actualmente existen más de 2.000 patentes registradas en todo el mundo de las cuales la mayoría pertenecen a empresas privadas de EEUU y Japón. EEUU posee unas 700 patentes basadas en genes humanos.” (SAHANIUK, [2005?])

Ao que parece, a natureza jurídica continua desempenhando relevante função na teoria do direito, pois a classificação de um bem, fato ou situação jurídica imprime-lhe diferentes funções e características.

Na busca pela constatação da natureza jurídica dos dados genéticos humanos, foram analisadas algumas categorias em que estes podem se enquadrar. Logo, a exposição aborda as principais possibilidades e afirmações a respeito da natureza jurídica dos dados genéticos. Destacam-se as categorias de direitos de personalidade; direitos naturais ou inatos; direito personalíssimo; direito absoluto; direito subjetivo; e interesse coletivo ou difuso, dentre outras situações subjetivas.

Para tanto, o ponto de partida foi a doutrina civilista clássica, especialmente a que pretende explicar o Direito em termos de relação jurídica intersubjetiva. E, nesse passo, os direitos de personalidade como direitos subjetivos oponíveis *erga omnes*.

Assim, em um primeiro momento, focalizam-se a categoria dos “direitos de personalidade” e as razões que levaram grande parte da doutrina a classificar os dados genéticos como tais.

Depois, avaliam-se as situações subjetivas, sobretudo os direitos subjetivos, pois unânime a colocação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Saliente-se, também, o exame da situação subjetiva de interesse legítimo que conduzirá ao interesse coletivo e difuso, bem como à consideração de ser os dados genéticos “patrimônio da humanidade” (art. 1º da *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, UNESCO, 1997).

A seguir, no Capítulo 4, passa-se à avaliação dos direitos originários e inatos, bem como a discussão acerca da utilidade de se perquirir a natureza jurídica e a ontologia dos institutos jurídicos. Ainda neste capítulo, enfrenta-se a questão da titularidade, especialmente quanto a duas questões-chave: a titularidade dos dados genéticos do nascituro e dos dados genéticos do morto. Dessa forma, pretende-se solucionar algumas dúvidas sobre a noção de relação jurídica e intersubjetividade.

No Capítulo 5, discorre-se a respeito da transformação do espaço privado e da individualidade em razão dos avanços da Biotecnologia e os impactos destes avanços no Direito. Tais impactos podem ser diagnosticados dentro de um contexto maior de transformações, sentidas na própria noção do que é o Direito e como ele deve ser aplicado. Por fim, expõe-se a revisão necessária à concepção dos direitos de personalidade em uma democracia pluralista e a proteção dos dados genéticos.

## 2 OS DADOS GENÉTICOS NA CLÁSSICA CATEGORIA DE DIREITOS SUBJETIVOS DE PERSONALIDADE

De forma expressa, a legislação brasileira se ocupou do tratamento dos direitos de personalidade apenas com o Código Civil de 2002, embora doutrina e jurisprudência já trabalhassem com essa categoria, pautados especialmente na Constituição Federal.

Ainda sem o devido aprofundamento, pode-se adiantar que direitos de personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana. São direitos de personalidade a vida, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, pois todos são projeções da pessoa humana.

Importante dizer que essa categoria protege a projeção do indivíduo no mundo; sua personalidade. Logo, personalidade e direitos de personalidade, apesar de intrincados são institutos distintos.

Num primeiro sentido, tem-se o atributo de constituição do sujeito enquanto partícipe de relações e situações jurídicas – a personalidade. A pessoa é o ente dotado de personalidade e, como tal, apta a possuir direitos e deveres na ordem jurídica. Em outro sentido, vê-se aspectos próprios da pessoa atuando como objeto de relações ou situações jurídicas – os direitos de personalidade.

Dito de outra forma: o primeiro enfoca a pessoa em seu aspecto subjetivo, permitindo que alguém seja **sujeito** de relações e situações jurídicas. Já os direitos de personalidade concentram-se no aspecto objetivo, isto é, são **objeto** de relações e situações jurídicas.

Objetiva-se analisar apenas esta segunda categoria – os direitos de personalidade – para então se aferir se os dados genéticos podem nela ser inseridos. É importante, ainda, avaliar a natureza jurídica dos direitos de personalidade, já que sua determinação poderá contribuir para o exame da natureza jurídica dos dados genéticos.

## **2.1 Formação dos direitos de personalidade**

### **2.1.1 Breve crítica histórica**

A tutela dos aspectos emanados da personalidade do ser humano, na Antigüidade, dava-se por instrumentos isolados, o que dificulta a consideração dos direitos de personalidade como espécie autônoma e sistemática.

Antônio Menezes Cordeiro reporta a história dos direitos de personalidade à *iniuria* romana (2004, p. 31-33). A *iniuria* aparece desde a Lei das XII Tábuas (451-449 a.C.), mas é com a *Lex Aquilia* que se acentua sua importância, traduzindo-se na idéia de que tudo o que for contrário ao direito, merece reparação<sup>1</sup>.

Contra a *iniuria* havia a *actio iniuriarum*, que protegia a pessoa de atentados à sua integridade física, difamação verbal ou escrita, ataques a honra da mulher

---

<sup>1</sup> Pode-se dizer que, inicialmente, a proteção outorgada pela *Lex Aquilia* restringia-se à ofensa à vida e à integridade física, mas o direito pretoriano acabou por estender a proteção a outras espécies de lesões igualmente ofensivas à personalidade.

casada etc. A responsabilidade civil aquiliana, ou extracontratual, tem nela sua origem.

No século V d.C., compiladas as obras de jurisconsultos romanos a mando de Justiniano, publicou-se as *Institutas*, espécie de sistematização simplificada da doutrina e que dedicou todo um capítulo à *iniuria* (Institutas IV, 4)<sup>2</sup>.

A regulação do “direito da personalidade” ocorria na seara jurisdicional, pois “trata-se de uma decorrência da estruturação processual do Direito romano: apenas muito mais tarde surgiria a figura do Direito subjetivo”. (CORDEIRO, 2004, p. 33)

Na Idade Média, glosadores e comentadores continuaram com a proteção processual da *actio iniuriarum*, sem, no entanto, erguer ao tema uma categoria autônoma. Foi a Escola Humanista ou Escola Culta de Direito que a isso procedeu, criando os *iura in persona ipsa* ou *potestas in se ipsum*.

Menezes Cordeiro relata que Hugo Donellus, em 1590, dizia que os direitos recaem, parte sobre a nossa pessoa, parte sobre coisas externas<sup>3</sup>. Já eram por ele considerados, como direitos sobre a própria pessoa, a vida, a incolumidade física, a liberdade e a reputação. (CORDEIRO, 2004, p. 34) E, em 1604, Gómez de Amescua<sup>4</sup> afirmava haver uma *potestas in se ipsum*, que permitia ao homem, em relação a si mesmo, tudo o que não estivesse expressamente proibido pelo Direito. (OLIVEIRA, 2000, p. 174)

---

<sup>2</sup> Exemplo interessante da proteção dispensada pelas Institutas à *iniuria* pode ser vista no Livro IV, 4, §1: “Comete-se injúria não apenas quando se agride alguém com os punhos ou fustigando (açoite), mas também quando se lhe dirige berros; ou quando alguém apreende bens alheios tendo ciência de que este alguém nada lhe devia; ou quem, objetivando arrojando infâmia a outrem, escreve, compõe, publica um libelo ou versos infamantes ou contribui para que alguma dessas coisas sejam realizadas; ou quem seguir constantemente uma mãe de famílias, ou um adolescente, ou uma adolescente; ou quando se disser que atentou contra o pudor de alguém; e finalmente, como é conspícuo, a injúria pode ser cometida de muitas outras maneiras.” (Institutas IV, 4, 1, sic.)

<sup>3</sup> “Nam, cum ius nostrum cuiusque positum sit partim in persona ipsa cuiusque, partim in rebus externi. [...] Primun, cum de iure, et statu personae quaeritur, constat in persona ipsa pleraque esse cuiusque, cuiusmodi sunt vita, corporis incolumitas, libertas, existimatio.” (Commentatorium de iure civile, Libre I, Capitulo I, § 2 e 3, tomo I, 3 apud CORDEIRO, 2004, p. 34)

<sup>4</sup> *Tractatus de Potestate in se ipsum*, de Gómez de Amescua, citado por Oliveira (2000, p. 174).

O Humanismo afastava a fundamentação da existência humana da religião, permitindo que o homem se emancipasse sob um poder de autodeterminação, que incluiria seu próprio corpo.

Será, todavia, sob os auspícios do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX que a categoria dos direitos de personalidade surge nas doutrinas francesa e alemã. As declarações de direitos incorporaram a defesa dos “direitos do homem”, de forma genérica.

As idéias liberais levaram as primeiras colônias da América do Norte a proclamar a liberdade e a proteção do homem por meio da Declaração de Independência das treze colônias inglesas, em 1776.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceu como finalidade de toda associação política a preservação de “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”, dentre os quais se destaca a liberdade, definida como a possibilidade de “fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.” (art. 4º da Declaração) Especifica, ainda, as liberdades de circulação, de consciência e de manifestação (FRANÇA, 1789).

A versão original da Constituição dos Estados Unidos, de 1787, regulava apenas a estrutura política e judiciária do país, em nada se referindo a direitos da pessoa humana. Porém, *The Bill of Rights*, contendo as dez primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 4 de março de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791, estabeleceu tais direitos. Assim, dentre outros, a Primeira Emenda protege a liberdade de culto e a liberdade de expressão e a Quinta Emenda garante a liberdade, a vida e a saúde. Outras emendas tiveram objetivos semelhantes,

proclamando direitos individuais como as primeiras seções das Emendas XIII e XIV, que estabelecem igualdade entre sexos e entre cidadãos americanos<sup>5</sup>.

Na mesma época, o movimento codificador instalava as idéias burguesas no seio da vida privada, entretanto os primeiros códigos civis quase não trouxeram disposições a respeito.

Somente no século XIX, depois de muita discussão doutrinária, o Direito Civil começou a assumir a proteção de direitos expostos como pressupostos da própria ordem jurídica; preexistentes ao próprio Estado, pois inerentes à natureza humana.

A dificuldade em se reconhecer a categoria dos direitos de personalidade deveu-se, em grande medida, à controvérsia entre aqueles que lhe negavam a existência por razões lógicas e aqueles que a afirmavam como direito subjetivo.

O modelo de proteção liberal se operou pelo reconhecimento de direitos subjetivos, que foram adaptados à categoria insurgente.

A corrente negativista firmava-se sob o argumento de que seria impossível uma categoria em que o sujeito ativo coincidiria com o próprio objeto da relação

---

<sup>5</sup> Amendment I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

Amendment V: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

Amendment XIII: "Section 1 - Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction." (Passed by Congress January 31, 1865. Ratified December 6, 1865.)

Amendment XIV: "Section 1 - All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." (Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868.) (UNITED STATES, 1787)

jurídica. Diziam que a personalidade não pode ser objeto de direito, pois não se poderia conceber a “apropriação” da pessoa.

Reviver-se-á, no próximo item, as razões que pautaram a controvérsia entre negativistas e afirmativistas dos direitos de personalidade. No entanto, já é possível analisar criticamente a abordagem histórica realizada por autores civilistas em relação aos direitos de personalidade.

Vê-se, nas exposições sobre o histórico dos direitos de personalidade, uma compilação dissertativa a respeito de leis, declarações, tratados, constituições e códigos de épocas e lugares bastante distintos. Não há sequer uma homogeneidade de objeto nas descrições, que parecem relacionar todo e qualquer comando, mesmo com contestável imperatividade, referente a aspectos do ser humano.

Podem-se reunir em três grupos as críticas a serem dirigidas à consideração indistinta da evolução desses direitos: a) quanto às fontes; b) quanto à distinção entre direitos de personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais; c) quanto à legitimação.

a) Quanto às fontes é importante perceber que as declarações de direitos são apenas orientações, não apresentando caráter vinculante. Congregam princípios políticos (*policies*), e não princípios jurídicos (*principles*), a fim de persuadir os Estados a emitir normas nacionais em consonância com seus preceitos.<sup>6</sup>

Percebe-se, também, que entre leis, tratados, constituições e códigos há diferenças que ultrapassam a simples hierarquia das fontes. Os objetivos e os

---

<sup>6</sup> Esta é a posição dominante, entretanto, para alguns doutrinadores, as declarações podem obter “força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito”. (PIOVESAN, 2006, p. 138) São três os argumentos utilizados por esta corrente: “a) a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; b) as freqüentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal; e c) decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito.” (PIOVESAN, 2006, p. 138)

destinatários são, por vezes, distintos. A entidade que emite a norma também pode ser diferente. Assim, considerar toda norma relacionada ao ser humano como direitos de personalidade é uma extensão precipitada e errônea.

No liberalismo da tenra modernidade, os códigos civis receberam a incumbência de regular as relações privadas com a mínima interferência estatal. A auto-regulação privada separou nitidamente direito público e direito privado, a ponto de se impedir a aplicação constitucional às relações entre particulares. Qualquer interferência de “fontes de direitos público” era vista como intervenção estatal em assuntos privados.

O código era a “constituição de direito privado”. Já a constituição regulava a atividade estatal e estabelecia diretrizes para os direitos individuais; era um documento político recheado de intenções e programas, com muitas normas de eficácia diferida ou contida.

b) Outra crítica que pode ser dirigida à exposição meramente descritiva da história dos direitos de personalidade é a indiferenciação destes em relação a figuras semelhantes, como os direitos humanos e os direitos fundamentais. Todos se referem à dignidade da pessoa, mas não são sinônimos, ainda mais se considerarmos que as três figuras são produto de construção histórica, só assumindo significado na colocação lingüística circunstanciada.

Quando se utiliza a expressão “direitos de personalidade” destaca-se o indivíduo frente ao direito privado, enquanto as outras denominações voltam-se, principalmente, para o direito público<sup>7</sup>. Os direitos de personalidade condicionam a

---

<sup>7</sup> É claro que a rígida distinção entre direito público e direito privado não pode mais ser sustentada, pois o Direito é um todo uno, não circunscrito a divisões e classificações de áreas. No entanto, tal diferenciação ainda exerce função nos ordenamentos romano-germânicos, não mais como delimitador de fronteiras intransponíveis, mas como ponto de partida para interpretações e exposições teóricas.

própria identidade do ser humano, não enquanto ente político, mas como indivíduo único, considerado em sua intimidade.

A denominação “direitos humanos” refere-se à proteção do indivíduo frente às arbitrariedades do Estado e, freqüentemente, regula-se por normas de abrangência internacional.

Interessante percebermos o cunho jusnaturalista ainda assumido pelos direitos humanos. E mesmo que tal fundamentação persista na consideração dos direitos de personalidade e direitos fundamentais, o jusnaturalismo manteve-se mais presente nos direitos humanos que naqueles.

Mesmo reconhecendo-se a força normativa dos costumes jurídicos, importantes fontes do Direito Internacional, os direitos humanos parecem inexplicáveis comandos que pairam acima dos Estados. Pela doutrina atual, haveria uma necessidade universalizante dos Estados incorporá-los, apesar de confundirem-se com dever moral. Pela argumentação hodierna, a normatividade de tais comandos universalizantes é comprometida pela inerência moral dos mesmos, sobretudo em seus fundamentos.

O processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos situa-se como um movimento extremamente recente na história do direito, apresentando delineamentos mais concretos apenas após a Segunda Guerra Mundial. Como explica Louis Henkin: “Após a Segunda Guerra Mundial, acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidade para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem-se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito **reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos**, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional” (Louis Henkin et al., *International law: cases and materials*, 3. ed., Minnesota, West Publishing, 1993, p. 375-376). (PIOVESAN, 2006, p. 4-5, grifo nosso)

Pérez Luño discorre sobre essa dificuldade de se conceituar os direitos humanos sem o apelo naturalizante e chega mesmo a criticar a “pretensión de que cada palabra, responde a la esencia del objeto definido” (1999, p. 26). Tentando distanciar-se de definições que descrevem uma realidade intrínseca, mas ainda a elas apegado, Pérez Luño propõe a seguinte conceituação para os direitos humanos:

un conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional. (1999, p. 48)

Diferentemente dos direitos de personalidade, os direitos humanos atingem uma gama maior de bens jurídicos, protegendo não apenas a pessoa considerada em si mesma, mas também sua posição de partícipe político e cultural de dada sociedade. Assim, abrange direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, podendo mesmo referir-se à proteção de grupos e comunidades.

Já sob a categoria dos “direitos fundamentais” também são reunidos vários direitos, de direitos individuais a direitos coletivos. Todavia, enquanto os direitos humanos historicamente voltaram-se mais para a esfera internacional, adquirindo até meios próprios de proteção, como os tribunais e cortes internacionais, os direitos fundamentais voltam-se à seara interna, sendo estabelecidos constitucionalmente a partir de opções que definem a própria identidade do Estado.

A evolução do constitucionalismo demonstra as diferenças de abordagem. Os ideais iluministas trouxeram consigo uma categoria de direitos inatos ou originários, que se ligam à própria existência humana. Estes foram classificados como direitos humanos ou direitos de personalidade. As constituições ficaram, naquele momento, com a incumbência de determinar a posição do homem frente ao Estado.

Os direitos de personalidade e os direitos humanos seriam anteriores à estruturação política engendrada pelas normas constitucionais.

É claro que a limitação das normas constitucionais a relações do indivíduo com o Estado não se faz mais verdadeira. As constituições atuais assumiram funções mais amplas, dificultando a diferenciação, que ainda persiste. No entanto, é certo que a colocação de direitos fundamentais do liberalismo no interior das exposições históricas dos direitos de personalidade não é coerente.

Assim, embora com semelhanças de conteúdo, as três espécies possuem utilização diferenciada, sendo que os direitos humanos e os direitos fundamentais assumem situações que não podem ser descritas como atributos do ser humano enquanto tal; não são expressão de sua personalidade.

c) Quanto à legitimação, pode-se afirmar, em Habermas (1997, p. 128-131), que a autonomia privada rompeu com a universalização de consciência social e cultural para aceitar as diferenças entre indivíduos com iguais liberdades.

Não se trata do retorno do arbítrio da vontade individual em moldes liberais, pois há uma problematização das relações interpessoais, que considera tradições e estruturas de mundo. Assim, os direitos de personalidade são expressões da autonomia privada, enquanto possibilidade de autodeterminação.

Já os direitos fundamentais perpassam a idéia de soberania popular, entendida a partir da noção de autonomia política que, por intermédio do

processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência. (HABERMAS, 1997, p. 115)

Historicamente essa distinção se faz mais visível, pois enquanto os direitos de personalidade apresentaram como objetivo compatibilizar esferas de ação entre sujeitos iguais, os direitos fundamentais nasceram da preocupação negativa de conter o Estado nas suas intervenções, estabelecendo garantias contra o próprio ente legitimado a legislar. Essa desigualdade na esfera de ação estatal pode ser explicada dentro das condições de validade que o Direito moderno estabeleceu.

Saliente-se que por “Direito moderno” deve-se entender aquele instituído a partir do jusracionalismo do século XVIII e que

tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. (HABERMAS, 1997, p. 114-115)

As diferenças entre autonomia privada e autonomia pública são determinantes na fundamentação jurídica, porquanto agem sobre agentes distintos e permitem liberdades de ação diferenciadas. Adverte-se, entretanto, que o exercício da autonomia privada só se faz quando garantidos ao cidadão meios de autolegislação, o que, por sua vez, só é possível concebendo-se a autonomia pública.

Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. (HABERMAS, 1997, p. 164)

Assim, a autonomia privada é dependente da autonomia pública, que só se perfaz no exercício de autonomias privadas.

Conclui-se, pois, pela imperfeição das linhas evolutivas traçadas pela doutrina, que reúne, além de direitos de personalidade, vários direitos que não podem ser enquadrados nessa categoria.

Os romanos não conheceram o raciocínio abstrato necessário a tal classificação. Mesmo o conceito de personalidade é obscuro na Antigüidade romana<sup>8</sup>. Logo, a instituição de direitos que protejam a personalidade, como seus aspectos, era impossível naquela sociedade.

A idéia precursora dos direitos da personalidade foi a criação doutrinária dos *iura in se ipsum* pelos humanistas, nos séculos XVI e XVII. Naquele momento pode-se perceber um tratamento autônomo dos aspectos da pessoa em si mesma e o erguimento civil de um tratamento diferenciado.

A confusão acentuou-se com o jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX e a conseqüente valorização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, que por terem objetivos, objetos e fundamentos distintos não podem ser tratados conjuntamente sob a epígrafe de “evolução histórica dos direitos de personalidade”.

Errônea, portanto, é a colocação de instrumentos normativos de direitos fundamentais dos séculos XVIII e XIX como expressões de direitos de personalidade. A preocupação constitucional voltava-se ao cidadão, homem político que se relacionava com o Estado soberano, mas limitado em suas intromissões na vida privada.

De forma semelhante, os direitos humanos, com objeto mais abrangente e, inicialmente, com contestável força cogente, regulava apenas a esfera internacional.

---

<sup>8</sup> Inúmeras são as controvérsias sobre a existência de personalidade dos escravos e estrangeiros e complicada é a linha divisória entre personalidade e capacidade. Sobre o tema, Elimar Szaniawski opina: “Assim, discordamos dos que ensinam que, no Direito Romano, escravos e estrangeiros não eram *personas* mas meras *res*, e por terem sofrido a *capitis deminutio* máxima, teriam perdido sua capacidade jurídica não sendo mais *caput*.” (SZANIAWSKI, 1993, p. 20)

Logo, a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, nada tem de direitos de personalidade. Tratava-se de proclamação com baixa imperatividade, visando influenciar os Estados a adotar suas diretrizes na legislação interna. Seu objeto também extrapola os direitos de personalidade, já que estabelece o direito à propriedade privada (art. 17) e o direito do cidadão de fiscalizar a Administração Pública (art. 15, FRANÇA, 1789).

Enfim, a doutrina tem-se mantido confusa na determinação do que sejam direitos de personalidade, colocando figuras afins sob sua epígrafe.

### *2.1.2 A velha discussão sobre a possibilidade jurídica de se elevar a proteção de aspectos da pessoa humana à categoria de direitos subjetivos*

Como já se afirmou, houve dificuldade na aceitação teórica da categoria dos direitos da personalidade, em razão da dificuldade de os identificar aos direitos subjetivos. Perguntava-se, com freqüência: pode haver uma categoria de direitos, cujo titular confunde-se com o próprio objeto a ser protegido?

Na busca pela natureza jurídica dos direitos de personalidade, a doutrina dividiu-se em afirmativistas e negativistas. A tese negativista dos direitos de personalidade nega-lhe autonomia estrutural. Não seriam direitos, mas meras situações de tutela do ordenamento jurídico, sem que, com isso, se traduzissem em “direitos subjetivos sobre o próprio corpo”.

A tese negativista será avaliada a partir de alguns dos expoentes mais relatados pela doutrina: Andreas von Tuhr, Ludwig Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny e Federico Castro y Bravo.

Andreas von Tuhr afirma que a ordem jurídica também protege bens e interesses sobre os quais o indivíduo não exerce senhorio. Assim ocorre com a própria pessoa, em seu corpo, vida, liberdade e honra.

Tal protección se realiza, en forma preventiva, mediante normas de la administración pública; en forma represiva mediante penas y efectos jurídicos de derecho privado que derivan de la lesión de dichos bienes, especialmente mediante derecho a la reparación del dano por delito. Nace así la cuestión de si debemos reducirnos a comprobar que determinadas lesiones a las personas traen aparejados determinados efectos, o si estos bienes jurídicos deben considerarse como derechos subjetivos, y ser coordinados con los demás derechos, de propiedad, crédito, etc. (VON TUHR, 1946, p. 187)

Vê o autor significativa importância prática na discussão da admissão do direito subjetivo sobre a própria pessoa e entende errônea a afirmação que faz unir necessariamente a proteção de um bem jurídico à sua consideração como direito subjetivo. Não se requer a caracterização de direito subjetivo para se outorgar proteção, pois o que se exige, às vezes, é somente a abstenção de atos lesivos ao bem jurídico, sem que isso importe em senhorio. De outra forma haveria um direito subjetivo à verdade em caso de fraude ou um direito subjetivo à autenticidade de documento em caso de falsificação. (VON TUHR, 1946, p. 189)

A ordem jurídica, segundo Andreas von Tuhr, não permite um senhorio absoluto sobre esses bens e isso acaba por gerar, como nos direitos subjetivos, uma genérica proibição de lesão. “Ambos caminos pueden llevar ao mismo resultado, y, en la realidad, la protección a la vida etc., de acuerdo con nuestras leyes, es igualmente enérgica, bien se siga esta concepción o la otra”. (VON TUHR, 1946, p. 189-190)

Embora haja a similitude na genérica proibição de lesão, não há, nos direitos de personalidade, outras características dos direitos subjetivos, como a determinação normativa de seu surgimento e de sua extinção e a possibilidade de transferi-los e renunciá-los. Os direitos subjetivos, também, atribuem um poder que de outro modo não haveria, isto é, são concedidos pelo ordenamento jurídico, enquanto a vida, ou outros chamados “direitos de personalidade”, são denominados por Von Tuhr como “naturais”.

Afirma, ainda, que a doutrina dos direitos de personalidade representa nada mais que a tentativa de se ampliar a proteção desses bens jurídicos enquadrando-os no § 823, I do BGB<sup>9</sup>, que protege a propriedade e qualquer “outro direito” de lesões dolosas e culposas.

Na responsabilidade civil do Direito alemão, o § 823 garante indenização àquele que for lesionado, dolosa ou culposamente, em sua propriedade ou em outro direito. Já o § 826 do BGB restringe-se aos danos causados dolosamente: “Quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, **dolosamente**, um dano a um outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano”. (ALEMANHA, 1896, p. 138, grifo nosso) Além disso, a maior proteção proporcionada pelo § 823 limita-se aos “direitos” e aí reside a discussão acerca do sentido alcançado por este vocábulo nesta norma, já que traz a idéia da violação de um direito subjetivo.

Assim, Andréas von Tuhr considera a colocação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos um artifício prático para extrapolar a proteção de bens lesionados sem intenção. Assim, “los bienes jurídicos de la personalidad no están

---

<sup>9</sup> O § 823 do BGB prescreve: “Quem, por dolo ou negligência, lesar antijuridicamente, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer um **outro direito** de uma pessoa, estará obrigado, para com essa pessoa, à indenização do dano daí resultante”. (ALEMANHA, 1896, p. 138, grifo nosso)

equiparados por el art. 823, I, a los derechos subjetivos, se puede y se debe, recurrir al art. 826". (VON TUHR, 1946, p. 191)

Dessa forma, propugna o autor a garantia genérica através da cláusula de proteção dos bons costumes, e que se restringe a ações intencionais lesivas a bens e não a direitos.

Também preocupado com o elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade civil, Ludwig Enneccerus nega a proteção do § 823 do BGB à vida, à honra, à imagem e a outros bens jurídicos da personalidade, negando-lhes, por consequência, sua inserção na categoria dos direitos subjetivos. O nome, no entanto, é por ele considerado direito subjetivo, em razão da proteção deferida pelo Código Civil.

El C. c. no conoce otros derechos de la personalidad. La tesis de la existencia de un derecho subjetivo a la vida, a la libertad, al cuerpo, a la salud y al honor, al secreto de la correspondencia privada o, al general, a la esfera secreta de la propia persona, carece de fundamento como carece de él también un derecho general de la personalidad. (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1953, p. 412)

Seu ponto de vista é ainda confirmado em sua categorização dos direitos. Segundo Enneccerus, os direitos dividem-se em direitos da pessoa, direitos de família e direitos patrimoniais. Nesta primeira categoria encontram-se os bens que interessam a este trabalho. Explica ele que "El poder de voluntad de hombre no se extiende solamente a lo exterior a él, sino también a su propia persona." (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1953, p. 300)

Es indudable que hoy existe una cierta protección de la personalidad garantizada mediante la cominación de penas [...] Pero en vano buscaríamos una disposición del derecho que caracterizase de derecho subjetivo a la esfera personal, sea mediante a aplicación de los principios sobre el nacimiento e la extinción de los derechos, sea mediante la

concesión de una acción civil. (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1953, p. 300-301)

Por não nascerem como os direitos subjetivos, não se extinguem como eles e não recebem a proteção de uma ação civil, Enneccerus não os vê como tais. Em via oposta, o nome é “un derecho subjetivo, pues [el Código Civil] regulan la adquisición y pérdida de este derecho [...] y otorgan una acción civil cuando es discutido o cuando es lesionado mediante el uso ilícito del nombre por parte de otros [...]”. (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1953, p. 301)

Já em relação ao posicionamento do jurista alemão Friedrich Karl von Savigny, a civilística tem-no colocado dentre os negativistas, o que não deixa de ser correto, mas por razões distintas das expostas por Von Tuhr e Enneccerus. Em um cuidadoso alerta, António Menezes Cordeiro escreve que não é precisa a atribuição do atraso no desenvolvimento dos direitos da personalidade a Savigny.

Todavía e em rigor, SAVIGNY apenas questionou a possibilidade dogmática de construir um direito decalcado do de propriedade, mas dirigido ao próprio “titular” e que poderia conduzir a diversos inconvenientes entre os quais o reconhecimento de um direito ao suicídio. (CORDEIRO, 2004, p. 36)

Savigny chega mesmo a conceber a possibilidade da vontade atuar sobre “a pessoa mesma do indivíduo”, por isso distingue três classes de objetos das relações jurídicas: a própria pessoa, a natureza não-livre e as pessoas estranhas. (SAVIGNY, 2005, p. 151)

A crítica de Savigny, no que se refere à primeira classe de objetos, dirige-se aos exageros, pois “sobre este punto existe una doctrina que se ha extendido considerablemente”. (SAVIGNY, 2005, p. 151) Ele censura a idéia de um direito originário do homem sobre si mesmo, como se adviesse da condição natural de existência do ser humano e, logo, também se encerraria com ele. Não há “en modo

alguna necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo, y confundir este poder natural con sus extensiones artificiales poniéndolas al mismo nivel y tratándolo de igual manera” (SAVIGNY, 2005, p. 151). Todos os objetos das relações jurídicas não passariam de instituições puramente positivas.

Assim, Savigny afirma que aqueles que levam muito longe este “direito sobre si mesmo”, quase como uma propriedade, podem legitimar até o suicídio, o que seria absurdo. Isso não significa que o autor negue a possibilidade de se atuar sobre aspectos do próprio indivíduo, mas nem por isso reconhece este poder da vontade sobre si mesmo como direito subjetivo. Nesta categoria encaixam-se, segundo Savigny, apenas os direitos adquiridos. Ou, dito de outra forma, podem constituir-se direitos subjetivos apenas aqueles que incidam sobre a natureza não-livre (o direito sobre uma coisa) e sobre outra pessoa (o direito a uma prestação – a obrigação).

Una vez descartados los pretendidos derechos originarios queda restringida nuestra indagación solamente a los derechos verdaderos, es decir, los derechos adquiridos; y en este punto encontramos dos objetos de aplicación posible para la voluntad humana, que son, la naturaleza no libre y las personas extrañas. (SAVIGNY, 2005, p. 152)

Por fim, ainda dentro da tese negativista, está o jurista espanhol Federico Castro y Bravo, para quem não há direito subjetivo de personalidade, pois este “no contenía ningún poder concreto ni recaería sobre un objeto determinado” (CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 35). Há um dever geral de respeito à pessoa que reclama melhor tratamento doutrinário e jurisprudencial para constituir um sistema de “proteção jurídica geral da pessoa”.

Além da imprecisão de se reconhecer um “direito” de personalidade, a proteção reconhecida à situação de dever geral é, para Castro y Bravo, muito mais ampla. Ele destaca as seguintes vantagens:

1. La proliferación hecha por la doctrina moderna de los derechos de la personalidad no basta para la completa protección de la persona, pues por muy numerosos que se conciban dejarán siempre indefensos algunos aspectos de la persona. 2. El respeto a la persona se impone a todos, incluso a la persona respecto de si misma, lo que implica los límites intrínsecos de los derechos de la personalidad. 3. Señala el origen y porqué del deber de defensa y protección de la persona que incumbe a las autoridades. 4. Indica la posibilidad jurídica de la protección de hecho de una persona por otra y las relaciones jurídicas – extra-contractuales – que nacerán de ella. 5. Determina los límites impuestos a los poderes que sobre la persona puedan concederse a cada una de las distintas ramas del Derecho. 6. Justifica los casos más importantes del daño moral. (CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 37)

Embora se coloque contra a existência de direitos subjetivos de personalidade, a proteção geral proposta por Castro y Bravo assemelha-se ao desenvolvimento da Teoria do Direito Geral de Personalidade, com a diferença que este autor não reconhece um “direito geral”, mas uma situação de “dever geral”. Argumenta que o surgimento, cada vez mais constante, de novos “direitos de personalidade” reduz a proteção da pessoa e a torna mais imprecisa.

O direito subjetivo é ainda hoje contestado independentemente de sua aplicação ou não a aspectos da personalidade humana. Causava incômodo a Adriano de Cupis a concepção individualista que os direitos subjetivos traziam à sua época, dizendo ser “uma caduca concepção”, pois a “nova realidade tem uma fisionomia ‘social’, e com esta é incompatível a idéia do direito subjetivo”. (DE CUPIS, 2004, p. 22) No entanto, o autor acaba por reconhecer que a existência de um poder de querer que ressalta a posição de seu titular na relação jurídica que envolve aspectos da personalidade, conduz o raciocínio ao direito subjetivo. (DE CUPIS, 2004, p. 22-23)

Não é, pois, superável pelo menos de *jure condito* (do direito vigente), o conceito de direito subjetivo.  
Mesmo admitindo que o problema da tutela dos interesses possa resolver-se por outra forma, que não seja a da atribuição de direitos subjetivos,

faltaria determinar se esta solução pode, *in abstracto* (subjctivamente, em abstrato), rejeitar-se completamente. O que é certo, é que o ordenamento vigente continua a acolhê-la amplamente. (DE CUPIS, 2004, p. 23)

Atualmente não há grandes vozes opositoras que bradem contra a natureza jurídica, de direito subjctivo, dos direitos da personalidade. As razões são várias e dirigem-se, freqüentemente, a um argumento específico levantado certa vez por algum negativista.

Assim, aponta-se que os negativistas tentaram compreender os direitos de personalidade sob a ótica patrimonialista dos direitos reais. O apego à noção da propriedade liberal produziu a incompreensão, já que este objeto era de impossível “apropriação”.

Ao argumento de que os direitos subjctivos são disponíveis, e que esta característica não se coadunava com os direitos de personalidade, José de Oliveira Ascensão responde que “isso não é impeditivo, pois não é da essência do direito subjctivo a disponibilidade, e muito menos a disponibilidade absoluta”. (ASCENSÃO, 2000, p. 83)

Também não há confusão entre sujeito e objeto nos direitos de personalidade, pois, historicamente, a personalidade assumiu dois sentidos distintos. Em um sentido subjctivo, é atributo que concede a alguém a possibilidade de ser sujeito; e, em um sentido objetivo, é o conjunto de atributos pessoais que guarnecem a pessoa.

Em Direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como *objeto de relação jurídica*, porque sua noção é histórica, e não naturalística. Nada impede, em conseqüência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial.

Não há outra explicação para eliminar a objeção de que nos *direitos de personalidade*, *sujeito* e *objeto* se confundem, Por não haverem admitido esses *bens jurídicos*, escritores do porte de Windscheid e Ferrara ativeram-

se a construção dogmática francamente inaceitável. Para Ferrara, os direitos de personalidade, sendo *absolutos*, teriam como *objeto* não a *res*, mas os outros homens adstritos a lhes respeitar o gozo e, por isso, a vida, o corpo e a honra seriam apenas o *termo de referência* da obrigação negativa que incumbe à generalidade das pessoas. Observa-se que transformar a função reflexa de tutela social dos direitos absolutos em seu *objeto* é expor-se a um cerebrino deslocamento deste elemento da relação jurídica ou ao absurdo, já superado, dos direitos sem sujeito, ou sem objeto. (GOMES, 2000, p. 151)

Pontes de Miranda já dizia que o objeto desses direitos não é o próprio sujeito, mas o “direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito personalidade”. (PONTES DE MIRANDA, 2000b, p. 38)

Também não há diferenças intransponíveis entre o nascimento e a extinção dos direitos de personalidade e de outros direitos subjetivos. A categoria dos direitos subjetivos congrega situações tão distintas, que é difícil defini-los e apontar seus caracteres definidores. No próximo capítulo abrir-se-á espaço para tal exposição.

Por hora, já se pode dizer que é incorreta a classificação dos direitos subjetivos como *adquiridos*, e dos direitos de personalidade como *originários*. Mas, para melhor esclarecer, o item seguinte adentrará nas características dos direitos da personalidade.

## **2.2 Características dos direitos de personalidade**

Antes de se perquirir se os dados genéticos podem ser classificados dentre os direitos de personalidade, é preciso compreender um pouco mais das características distintivas dessa categoria. Será a partir da compreensão

tradicional<sup>10</sup>, ainda estudada, que será possível localizar os dados genéticos no contexto do Direito Civil atual.

O objetivo é descrever a teoria sem assumir ainda, com profundidade, um papel reflexivo, que será adotado mais à frente.

Diz-se que os direitos de personalidade são: a) originários; b) absolutos; c) necessários; d) vitalícios; e) indisponíveis; f) extrapatrimoniais; g) intransmissíveis; h) imprescritíveis e i) impenhoráveis.

a) Na “Breve Crítica Histórica”, expôs-se que os direitos de personalidade foram considerados como direitos originários, inatos ou naturais. Sem dúvida que tal caracterização tem cunho histórico, rememorando os direitos individuais que alicerçaram as reivindicações iluministas.

Reconheciam-se direitos intrínsecos ao indivíduo, inerentes à sua própria condição de homem, a que o Estado deveria observar e garantir. A explicação é simples: os iluministas queriam instituir meios de impedir as intromissões estatais na vida burguesa. Nada mais útil do que fundamentar o Direito no jusnaturalismo. Os direitos de personalidade se fariam direitos anteriores ao Estado, pois pautados na razão natural, não restando opção ao ente estatal senão reconhecê-los.

Adriano de Cupis já criticava essa característica dizendo que

os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por conseqüência, não é possível denominar os direitos da personalidade como “direitos inatos”, entendidos no sentido de direitos relativos, por sua natureza, à pessoa. (DE CUPIS, 2004, p. 24-25)

---

<sup>10</sup> Essas características são trabalhadas por Pontes de Miranda em seu *Tratado de Direito Privado* (2000b, p. 29-40). No mesmo sentido, posicionam-se Francisco Amaral (2003, p. 251-252) e Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 242).

Assim, sua sobreposição à elaboração legislativa não permanece unânime, até porque há direitos de personalidade que precisam de uma ação de seu titular para existirem. É o caso do direito de autor e do direito à propriedade industrial.

b) São considerados absolutos por se traduzirem em uma obrigação de não-fazer por parte dos não-titulares. Há, portanto, o dever de todos se absterem de atos lesivos aos direitos de personalidade; tendo oponibilidade *erga omnes*.

Essa característica nasceu da clássica concepção personalista de relação jurídica, como se verá mais adiante. Para seus adeptos toda relação jurídica pressupõe sujeito ativo e sujeito passivo, desenvolveu-se, então, a noção de sujeito passivo indeterminado (a coletividade) para as situações em que não se faz direto o liame entre seus partícipes.

Com a qualificação “absolutos” não se pretende afirmar que são direitos ilimitados. O exercício dos direitos encontra limites no próprio sistema de direitos e o abuso é coibido como qualquer ato ilícito (art. 187 do Código Civil, BRASIL, 2002).

c) São ditos necessários ou essenciais, pois sem eles não haveria sequer ordenamento jurídico. Se é verdadeiro o brocardo *ubi societas, ibi ius*, a proteção da pessoa e de seus atributos é pressuposto para a manutenção da ordem jurídica. Ou, segundo De Cupis, “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”. (DE CUPIS, 2004, p. 24)

Assim, direitos de personalidade são essenciais à dignidade e integridade humanas, pois resultam na proteção de seus bens mais expressivos, porquanto definidores de sua própria existência.

d) A vitaliciedade apresenta-se no fato de acompanhar a vida humana, extinguindo-se com a morte. É diferente afirmá-los inatos ou vitalícios. Inatos significa afirmá-los que nascem com a pessoa. Já o atributo de vitalício não implica em imanência anterior ao Direito, mas cuja duração acompanha a da vida humana, ainda que tenha sido obtido após o nascimento, por determinado ato jurídico.

e) São indisponíveis ou irrenunciáveis não podendo ser afastados pelo seu titular, que os tem independentemente de sua vontade. Por serem os direitos de personalidade essenciais, entende-se que sua disposição implicaria na renúncia da própria dignidade, além de que ninguém pode gozar, por outrem, de bens como a integridade física, a honra ou o nome.

f) São extrapatrimoniais, pois insuceptíveis de avaliação econômica, no entanto, podem possuir repercussão no patrimônio. Significa dizer que o direito em si não tem avaliação econômica, mas pode ser que a expressão de um direito da personalidade tenha, também, repercussão econômica. Assim o é o direito à imagem. A imagem de uma pessoa, considerada abstratamente, não é bem comerciável, mas uma representação específica de sua imagem o é.

Quanto ao direito de autor há que se distinguir dois aspectos: o direito “moral” de autor, considerado como direito de personalidade; e o direito patrimonial de autor<sup>11</sup>. O regime de patentes também assume igual perfil, pois apresenta um aspecto de criação intelectual e outro de exploração econômica da invenção. Logo, a patente – que será abordada no último capítulo quando referida a patenteamento

---

<sup>11</sup> Segundo De Cupis, há um direito moral ou pessoal do autor e um direito patrimonial. A justificação dessa dualidade constitui-se em razão da diversidade de bens protegidos, o direito moral de autor protegeria a paternidade intelectual e o direito patrimonial, a obra de engenho. Assim, o chamado direito moral do autor exprime a vertente não patrimonial, a paternidade intelectual da obra, como projeção da personalidade do autor. Não haveria como se separar, para De Cupis, o direito moral do autor da pessoa que formulou a obra, pois expressão de sua atividade criativa. Por outro lado, o direito patrimonial é a exterioridade da atividade inventiva – a obra propriamente dita – objeto “separado da pessoa e existente fora desta”. (DE CUPIS, 2004, p. 334-336)

de material genético – também é expressão da personalidade e, neste aspecto, considerada extrapatrimonial.

g) Pode-se ainda dizer que são intransmissíveis ou inalienáveis. Não há como uma pessoa assumir os direitos de personalidade de outra. Permanecem com o seu titular independentemente de sua vontade.

Essa característica foi utilizada pela doutrina negativista para contestar a existência do direito subjetivo de personalidade. San Tiago Dantas explicava que

Os direitos subjetivos transmitem-se, por ato entre vivos ou não, como nas alienações *mortis causa*, nas sucessões, mas os direitos da personalidade, esses não se transmitem de nenhum modo. [...] Não se pode cogitar da transmissão quando o objeto mesmo do direito adere à pessoa do titular. (DANTAS, 2001, p. 154)

Como corolário da intransmissibilidade, os direitos de personalidade são, também, imprescritíveis e impenhoráveis.

h) A imprescritibilidade resulta do fato dos direitos de personalidade não se extinguirem pela inércia do titular, que não exerce as faculdades do direito em questão. Não há, pois, prazo para seu exercício ou defesa.

i) Por fim, são direitos impenhoráveis, isto é, não estão sujeitos à penhora.

Penhora é o ato judicial de individualização de um bem ou de bens para garantir o juízo executivo e, conseqüentemente, a satisfação do credor exeqüente. Pela penhora, transmite-se coativamente o bem ao credor ou a terceiro, ficando o credor, neste caso, com o produto da alienação judicial até o montante do crédito.

Por serem bens intransmissíveis e extrapatrimoniais, os direitos de personalidade não podem garantir a execução judicial.

Assumir-se-á, provisoriamente, tais características como determinantes na configuração dos direitos de personalidade. Mais à frente haverá oportunidade de verificar sua coerência.

### **2.3 Projeto Genoma Humano**

Em meados do século XVII, a criação do microscópio lança a pesquisa científica rumo à menor unidade da vida. O microcosmo descoberto abre à Medicina as fronteiras da citologia.

Muito se evoluiu da teoria celular à genética clássica. Mendel (1822-1884) bem representa essa passagem à genética científica, descrevendo que as características do indivíduo são-lhe transmitidas hereditariamente, com fatores do pai e da mãe, combinados pelas células sexuais (GUÉRIN-MARCHAND, 1999, p. 20).

A descoberta dos cromossomos por Wilhem Waldeyer, em 1888, e a descrição do funcionamento e estrutura do DNA, em 1953, por James D. Watson e Francis H. C. Crick foram eventos determinantes no desenvolvimento da genética.

Desde 1980, a França trabalhava com seqüenciamento genético. Em 1984, Robert Sinsheimer idealizou a criação de um instituto que pudesse fazer o seqüenciamento do genoma humano. No entanto, sua idéia não se consolidou como ele idealizara, mas foi amadurecida por outros pesquisadores e, em 1986, o Departamento de Energia dos Estados Unidos organizou um encontro científico, em Santa Fé, para discutir questões concernentes à pesquisa do genoma humano. Seu

principal interesse no mapeamento genético era a busca de uma melhor compreensão de como se dão os “efeitos da radiação sobre os seres humanos e seus genes”. (ALBANO, 2004, p. 24) Outros órgãos e instituições se interessaram pela pesquisa, pois apesar de demandar tempo e dinheiro, este seria o maior projeto desenvolvido na área biológica.

O tema apresentado à comunidade de pesquisadores prosperou, e foram calorosos os debates. Sua importância era óbvia e, constatando-a, os Institutos Nacionais de Saúde decidiram tomar a dianteira das pesquisas.

Em 1988, com o intuito de aprofundamento das pesquisas criou-se a organização conhecida como HUGO (*Human Genome Organization*), sob a direção inicial de James Watson, e contando com a participação de pesquisadores de diversos países. Esse período também é marcado pelo crescente interesse dos países em realizar a pesquisa internamente, ganhando espaço, além dos Estados Unidos, no Japão, no Canadá, na Grã-Bretanha, na Alemanha, na França e na Itália. Todavia, oficialmente, o Projeto Genoma Humano (PGH) teve início em 1990, com a participação inicial de Canadá, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão. Aos poucos, mais de 50 Estados ingressaram no Projeto, inclusive o Brasil.

O PGH consiste no mapeamento, seqüenciamento e descrição do genoma humano.

Realizar o mapeamento genético significa representar graficamente o posicionamento dos genes no genoma humano. Este processo de mapeamento implica em fragmentar o DNA, catalogar as seis bilhões de bases que o compõem e reconstituir sua seqüência original.

Após a determinação da posição e do espaçamento dos genes, tem início o seqüenciamento, isto é, desfazer-se a dupla hélice de DNA, colocando as bases

químicas (adenina, timina, citosina e guanina) em seqüência para que possa ser lida a informação contida no cromossomo.

Por fim, decifram-se e interpretam-se as informações obtidas, relacionando-as ao fenótipo, definido como as características visíveis e não visíveis do ser humano.

Em 2000, cinco anos antes do previsto, as primeiras fases do PGH estavam concluídas.

Interessante perceber o conflito econômico que permeia a discussão da liberação de informações sobre o seqüenciamento genético. Cientistas franceses e americanos divergiram, desde o início, sobre a reserva de patentes de seqüenciamentos.

Conta Moser que, antes do Projeto Genoma Humano, outros projetos com objetivos semelhantes, mas sem cooperação internacional, foram instituídos. A França largou na frente, em 1980, ao criar o Centro do Polimorfismo Humano (CEPH), com finalidade de decifrar o genoma e localizar genes defeituosos. Em 1988, através de empreendimentos privados, foi criado, na França, o *Généthon*, laboratório de pesquisa que tornaria público os resultados da pesquisa, sem reserva de patentes. Em 28 de outubro de 1992, a CEPH repassou dois mil seqüenciamentos à UNESCO. (MOSER, 2004, p. 21-30)

De forma diversa ocorreu nos EUA. Em 1987, começou a funcionar o *US Genome Project*, com claro objetivo de patentear as informações obtidas.

En 1991, el Dr. Craig Venter, a la sazón en los NIH, presentó a la Oficina de Patentes norteamericana (USPTO) una solicitud de patentes para 337 secuencias parciales de genes humanos, obtenidas mediante transcripción inversa (por acción de la reverso transcriptasa sobre los ARNm correspondientes). En 1992 la solicitud se ampliaba a 2700 nuevos fragmentos, que por su manera de obtención se denominaron en general de *expressed sequence tags* (EST), marcas o etiquetas de secuencias expresadas, porque cada una corresponde a unos cuantos cientos de pares de bases de la versión funcional del gen, es decir aquella que una vez transcrita en ARN primario (por la ARN-polimerasa), madura hasta ARNm

por eliminación de los intrones (secuencias intercaladas en la versión genómica del gen, que son escindidas durante el proceso de corte y empalme o *splicing*)<sup>12</sup>. (IÁÑEZ PAREJA, 2000)

Divergências, sobre a patenteabilidade de seqüências genéticas, entre Craig Venter e James Watson levaram este a deixar a direção da HUGO e, mais tarde, Venter fundou uma empresa privada objetivando a obtenção de seqüências genéticas<sup>13</sup>.

Importante destacar que, embora se tenha concluído o seqüenciamento do genoma humano, ainda é desafiadora a compreensão de quais genes são ativos e a determinação de como e quando são ativados. Também não se sabe a influência dos genes sobre as proteínas que são por eles codificadas.

As dúvidas parecem maiores quando se analisa a função das seqüências de DNA que não codificam proteínas – os íntrons<sup>14</sup>.

a maioria dos biólogos moleculares os considera sobras evolucionárias, ou DNA-lixo. Os íntrons foram considerados remanescentes de uma época anterior à evolução da vida celular, quando fragmentos de informações codificadoras de proteínas se reuniram nos primeiros genes. [...]  
Em termos simples, a charada é esta: menos de 1,5% do genoma humano codifica proteínas, mas a maioria dele é transcrita em RNA. Ou o genoma humano (e o dos outros organismos complexos) está cheio de transcrição inútil, ou esses RNAs desempenham alguma função inesperada. (MATTICK, [200-], p. 20)

Assim, o anúncio do fim do Projeto Genoma Humano é apenas o primeiro passo na compreensão da complexa arquitetura do ser humano. Há um longo e desconhecido caminho a trilhar, mas as poucas e incertas informações decifradas já são capazes de revolucionar a visão que o homem tem de si mesmo.

---

<sup>12</sup> Em 1994, os NIH retiraram a solicitação dessas patentes.

<sup>13</sup> Logo que deixou a pesquisa pública da HUGO, Craig Venter fundou o Instituto de Pesquisa Genômica (*The Institute of Genome Research – TIGR*) e, mais recentemente a *Celera Genomics*.

<sup>14</sup> Em oposição aos *éxons*, que são seqüências de DNA que codificam fragmentos de proteínas.

## **2.4 Dados genéticos: primeiras delimitações**

Vê-se que o surgimento de novas tecnologias genéticas tem promovido conflitos e dúvidas no âmbito jurídico que não encontram respaldo no aparato legislativo para sua resolução.

Não há legislação específica no Brasil que aborde a temática dos dados genéticos. Por essa razão, o estudo partirá de documentos internacionais – em especial a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, aprovada na 29ª Conferência Geral da UNESCO, em 11 de novembro de 1997; e a *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, aprovada na 32ª Conferência Geral da UNESCO, em 16 de outubro de 2003 – e, em seguida, passará à análise sucinta de algumas legislações sobre o tema.

### **2.4.1 Declarações internacionais**

Vários são os documentos internacionais que recomendam procedimentos e práticas nas pesquisas envolvendo seres humanos. Pode-se regredir historicamente ao *Código de Nuremberg*, de 1947, que cuidou das experimentações com seres humanos, estabelecendo as bases do consentimento informado.

Entidades de classe também elaboraram documentos relevantes como a *Declaração de Helsinque*, aprovada na 18ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial (WMA) e emendada em outras Assembléias da Associação até seu texto

atual, de outubro de 2000. Essa Declaração, mais detalhada que o *Código de Nuremberg*, também se dedica ao consentimento e ao procedimento investigativo envolvendo seres humanos, mas reconhece a vulnerabilidade dos pesquisados (art. 8) e a necessidade de avaliação da pesquisa por um comitê independente de ética (art. 13); regula a pesquisa com incapazes (art. 24, 25 e 26); e estabelece cuidados médicos adicionais, que, independentemente dos resultados da pesquisa, devem ser utilizados para prevenção, diagnóstico e terapia (art. 28 a 32).

Citem-se, ainda, a *Declaração de Inuyama*, aprovada em 1990, no Japão, pelo Conselho da Organização Internacional de Ciências Médicas, sobre mapeamento genético, experimentação genética e terapia gênica; e a *Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano*, de 1993. Esta última menciona a intimidade como patrimônio pessoal e afasta a utilização dos dados genéticos com fins discriminatórios.

Em abril de 1997, foi elaborada em Oviedo a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, proposta pelo Conselho da Europa. A Convenção, em vigor desde 1º de dezembro de 1999, trata de quaisquer intervenções na área de saúde, incluindo tratamentos e investigações científicas. Vários artigos são dedicados à manifestação do consentimento para as intervenções. Seu Capítulo IV refere-se ao genoma humano, havendo artigos que regulam a não discriminação em virtude do patrimônio genético (art. 11º); os testes preditivos de doenças genéticas ou propensão a elas (art. 12º); intervenções modificativas do genoma humano (art. 13º) e a proibição de seleção de sexo em reprodução humana assistida (art. 14º).

Devido à importância, influência e especificidade, destacam-se a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, de 1997, e a *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, de 2003. Ambas

foram aprovadas em conferências gerais da UNESCO e centram-se no respeito à dignidade humana e na proteção dos direitos humanos, quando da coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos e de amostras biológicas.

Passa-se à análise da *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*.

Logo no art. 1º, o genoma humano, expresso como a base da unidade fundamental da espécie humana, é classificado como patrimônio da humanidade. Estaria a Declaração afirmando a titularidade difusa do genoma humano?

Mais à frente este problema será enfrentado (Capítulo 3, item 3.3.6). Fica, agora, a advertência de Galán Juárez:

Por el momento se acordó que el genoma humano, que atañe a todos los seres humanos hoy existentes ya los que existirán, es patrimonio de la humanidad. En este sentido no puede quedar exclusivamente en manos de la iniciativa privada, ni deberá explorarse comercialmente. Sin embargo, la investigación que se haga a partir de él no es patrimonio de la humanidad: aquí radica el peligro. (GALÁN JUÁREZ, 2005, p. 230)

Preocupada com possíveis discriminações, essa Declaração estabelece a necessidade de se garantir o respeito à dignidade e aos direitos humanos, independentemente das características genéticas do indivíduo. Tais características não representam a totalidade do homem, ser único e irrepetível, e que não pode ser representado apenas biologicamente.

Quanto às características do genoma humano, o documento cita a evolutividade e a extracomercialidade. É evolutivo, pois submetido a mutações e reputa-se *res extra commercium*, devendo ser proibida sua transação financeira.

Para investigação, tratamento e diagnóstico que intervenha no genoma humano, o art. 5º incorpora os princípios da beneficência e da autonomia,

determinando a avaliação prévia dos riscos e benefícios da intervenção, bem como da necessidade do consentimento prévio, livre e esclarecido das pessoas envolvidas.

Ninguém deve ser submetido a discriminação com base em suas características genéticas. Além disso, os dados genéticos que possam identificar o indivíduo deverão ser mantidos em sigilo. E qualquer dano sofrido em razão da intervenção no genoma, é passível de reparação de caráter indenizatório. (art. 6º, 7º, 8º)

O artigo 9º deve ser analisado com cautela, visto que restringe os princípios do consentimento e da confidencialidade:

Com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, qualquer restrição aos princípios de consentimento e confidencialidade só poderá ser estabelecida mediante lei, por razões imperiosas, dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos. (UNESCO, 1997)

Interessante perceber que a Declaração abre caminho para a intervenção do Estado no mais íntimo bem do ser humano – sua personalidade. Assim, em nome do denominado “interesse público”, abre-se mão do consentimento e da confidencialidade.

Rememore-se que a autonomia pública, princípio fundante da democracia, é constituída pelo exercício de plurais “autonomias privadas”. Por outro lado, este artigo 9º, combinado com o art. 1º, que proclama o genoma humano como patrimônio da humanidade, lança luzes sobre a determinação da natureza jurídica dos dados genéticos. No Capítulo 5 deste trabalho, será investigada a possibilidade de se considerar os dados genéticos como interesses coletivos ou difusos.

O acesso aos resultados da pesquisa é garantido no art. 12, a: “Toda pessoa

deve ter acesso aos progressos da Biologia, da Genética e da Medicina em matéria de genoma humano, respeitando-se sua dignidade e direitos”. (UNESCO, 1997)

Ainda sobre o acesso, mas tendo como base outros Estados, preocupa-se, a Declaração, em promover a cooperação internacional quanto ao tratamento de pessoas portadoras de doenças genéticas, incentivos às pesquisas referentes ao genoma humano. O “Capítulo E” enfatiza a necessidade da cooperação dos países desenvolvidos àqueles que estão em desenvolvimento, quanto aos estudos e resultados.

Por fim, incentiva os Estados a adotarem os princípios estabelecidos e a promoverem sua divulgação.

Adentra-se, agora, na *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos*, de 2003. Mais específica que a Declaração anterior, esta é dividida em 27 artigos, distribuídos em sete capítulos.

O primeiro capítulo estabelece disposições gerais, informando os objetivos e alcances da Declaração, a definição de certos termos, tais como dados genéticos, teste genético, rastreio genético e aconselhamento genético.

Dados genéticos humanos são definidos como as “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas” (art. 2º, I, UNESCO, 2003). São, concomitantemente, informações de um indivíduo e de um grupo, por caracterizarem toda uma descendência.

O art. 3º admoesta que as características genéticas não são capazes de descrever por completo a identidade pessoal, que é composta por fatores complexos.

Os dados genéticos podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos; podem ter para a família conseqüências importantes que se perpetuam durante gerações; podem conter informações cuja relevância não se conheça no momento de extrair as amostras biológicas e também podem ser importantes do ponto de vista cultural para as pessoas ou grupos (art. 4º).

Os dados genéticos têm a capacidade de identificar indivíduos, revelar futuras enfermidades e fornecer informações sobre parentesco, uma vez que englobam quaisquer informações genéticas, desde as mais gerais às mais específicas. Assim, pode-se dizer que possuem as características de serem *únicos, preditivos, estruturais, probalísticos e geracionais*. (HAMMERSCHMIDT, 2005, p. 17)

Os dados genéticos são *únicos* porque apresentam informações genéticas do ser humano enquanto espécie, sendo, nesse sentido, patrimônio da humanidade. São *estruturais* por guardarem características especiais de um indivíduo diferenciando-o dos outros, tornando-o singular. São *probabilísticos* por apresentarem, de forma aproximada, as possibilidades do desenvolvimento de alguma enfermidade. E, por fim, são *geracionais* por informar a herança genética do indivíduo e a sua interligação genética com seus parentes. (HAMMERSCHMIDT, 2005, p. 17-20)

O segundo capítulo preconiza sobre o fornecimento e a retirada de consentimento pelo indivíduo que se submeterá ao tratamento e como proceder para obter consentimento caso os envolvidos sejam incapazes ou menores.

Cabe ao investigado escolher se quer ou não conhecer os resultados da investigação. Daí a importância do aconselhamento genético,

que consiste em explicar as conseqüências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas conseqüências a longo

prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreio genético além de assessoramento profissional na hipótese de consequências importantes para a saúde da pessoa. (art. 2º, XIV, UNESCO, 2003)

Os Estados devem adotar medidas que promovam o acesso de seus titulares aos dados genéticos e proteômicos e mantenham a privacidade daqueles dados, coibindo o fornecimento a companhias de seguro, empregadores e instituições de ensino. (art. 13º, 14º e 15º)

Os dados genéticos podem ser utilizados como prova em procedimentos judiciais ou para fins de medicina legal, mas devem ser destruídos assim que se tornem desnecessários (art. 12º e 21).

Por fim, destaca-se a necessidade de divulgação da Declaração, cooperação internacional nas pesquisas e partilha dos benefícios dos testes e exames realizados.

## **2.5 Dados genéticos como direitos de personalidade**

Os dados genéticos humanos compõem a complexa estrutura de identificação de um indivíduo, apresentando informações a partir da análise de seu DNA. Essas informações genéticas determinam o funcionamento de todo o organismo, mas, como já alertava o citado art. 3º da *Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos*, são apenas um componente da identidade.

Para melhor compreensão dos dados genéticos, será exposto um pouco do funcionamento e estrutura dos genes.

Em organismos complexos, eucariontes, o material genético está confinado no núcleo celular. Este material genético é o cromossomo, que, nos seres humanos, são em 23 pares. O cromossomo constitui-se de ácido desoxirribonucléico (DNA) e proteínas. Setores específicos do DNA, referentes a informações específicas, são chamados genes.

Cada cromossomo possui uma grande quantidade de genes, responsáveis pela transmissão das características hereditárias. Nos 23 pares de cromossomos há, aproximadamente, 25 mil genes. (MATTICK, [200-], p. 20)

Há muito que se especulava ser a molécula de DNA, no interior do cromossomo, que explicaria a transmissão das características de geração a geração.

Somente com a descoberta, em 1950, da estrutura do DNA, a Genética pôde solucionar muitas de suas inquietações.

A estrutura molecular do DNA consiste em dois filamentos entrelaçados, formando uma dupla hélice. Cada filamento de DNA é composto de diferentes seqüências de nucleotídeos: adenina, guanina, timina e citosina. O nucleotídeo é a subdivisão do filamento de DNA que contém um desses quatro componentes químicos. Cada nucleotídeo de um filamento une-se a outro específico do outro filamento por ligações químicas, denominadas pontes de hidrogênio.

O DNA codifica diferentes aminoácidos<sup>15</sup> a partir das variadas seqüências de nucleotídeos possíveis. Estes, por sua vez, em razão da sua seqüência, originam proteínas diversas. E, por fim, são estas proteínas a matéria-prima do corpo humano.

---

<sup>15</sup> Existem vinte diferentes tipos de aminoácidos que, combinados das mais diversas formas entre si, com lipídios e com outras substâncias, dão origem a inúmeras proteínas.

A interpretação dessas seqüências permite avaliar a propensão a doenças genéticas e até corrigi-las por meio da inserção de novo material genético, alterando a antiga estrutura. Essa intervenção médica de modificação genética, conhecida por terapia gênica, só se tornou possível após o conhecimento dos dados genéticos.

Dados genéticos são, portanto, informações obtidas, ou passíveis de se obter, do DNA e RNA humanos. A proteção jurídica não se faz presente apenas quando o material genético é transformado em informação; a mera potencialidade de se converter em informação já produz efeitos jurídicos. Assim, não é necessário que alguém tome conhecimento da informação, a simples potencialidade dela existir pode, no caso concreto, ser juridicamente relevante. Por esta razão protege-se a intimidade genética ou se garante ao indivíduo a possibilidade de recusar a análise genética.

Dessa forma, dado genético e material genético não são coincidentes; aquele é o resultado da transformação deste em informação ou, ao menos, a potencialidade de transformar o material genético em informação.

Essa informação, segundo Aitziber Emaldi Cirión (2007, p. 201), pode traduzir-se em: a) *Predição do futuro*, pois diagnostica não somente doenças existentes, mas também predisposições a doenças; b) *Informação secundária*, “quando se investiga em um paciente a relação de um ou vários polimorfismos com a resposta a um medicamento” (EMALDI CIRIÓN, 2007, p. 201); c) *Informação sobre a família biológica*, determina a ascendência genética a partir da comparação de perfis genéticos.

Já se afirmou que os direitos de personalidade congregam os diversos aspectos da pessoa humana, consistentes em bens que guarnecem a própria

personalidade. São direitos considerados tradicionalmente como necessários, vitalícios, indisponíveis, extrapatrimoniais e intransmissíveis.

Há, *aparentemente*, perfeita correspondência entre os dados genéticos, a definição e as características dos direitos de personalidade. Aqueles são informações vitais para o desenvolvimento da vida humana; são necessários, já que toda a matéria viva é regida, biologicamente, pelas informações de seus genes; são vitalícios, pois se constituem em bens que acompanham o curso da vida humana; são indisponíveis e intransmissíveis, pois sua disposição ou transmissão implicaria na cessação da vida de seu titular; e, por fim, são extrapatrimoniais, devido à impossibilidade de avaliação econômica, por isso são considerados bens fora do comércio.

Se os direitos de personalidade são bens definidores da própria pessoa, por isso projeção jurídica do ser, os dados genéticos encaixar-se-iam perfeitamente nessa categoria.

Logo, a princípio, também se poderia afirmar que os dados são direitos subjetivos, já que, pela doutrina tradicional, todos os direitos de personalidade o são, garantindo uma esfera de ação a seu titular.

Mas será que os dados genéticos são direitos subjetivos privados como o são os direitos de personalidade? Ou seriam eles interesses coletivos ou difusos, como parece afirmar o art. 1º da *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*?<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> “Art. 1º. O genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e sua diversidade. Em sentido simbólico, o genoma humano é patrimônio da humanidade.” (UNESCO, 1997)

Tem-se, pois, que compreender o que é direito subjetivo e interesse. Para tanto, ver-se-ão as situações subjetivas, nas quais a civilística atual costuma determinar a confluência classificatória dessas duas categorias.

### 3 SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS

Sabe-se que os dados genéticos, como atributos do ser humano, podem ser objeto de relações e situações jurídicas. E, será nestas relações e situações jurídicas, que se poderá pesquisar de forma mais aprofundada sua localização dentre os direitos subjetivos, entre os interesses, ou entre alguma das outras situações subjetivas. A própria classificação como direitos de personalidade será colocada a prova se se partir do pressuposto que estes são direitos subjetivos.

É, portanto, somente a perspectiva relacional<sup>17</sup> que poderá aclarar a posição dos dados genéticos no ordenamento jurídico, isto é, será a consideração do contexto fático que permitirá a libertação de pré-contextualizações, aprioristicamente previstas pela abstração normativa. As categorias relacionais reconhecem o Direito como fato social, concebido e voltado para a vida do ser humano situado na história.

Dessa forma, afirmar que são direitos subjetivos só faz sentido no interior de relações e situações subjetivas, pois a pesquisa desce do abstrato ao concreto, *locus* de discussão e verificação da teoria.

Mais do que a perspectiva normativa, a consideração da relacionalidade permite a análise da norma em aplicação. Adota-se a concepção de que o Direito só pode ser conhecido enquanto procedimento em construção. A consideração

---

<sup>17</sup> Três são as principais formas de abordagem do fenômeno jurídico: por meio da norma jurídica, das instituições ou das categorias relacionais. A perspectiva normativa parte do hipotético; privilegia-se o direito objetivo, enquanto previsão abstrata contida no enunciado normativo. A idealidade contida na norma antecipa as situações jurídicas que virão. A perspectiva institucional encara o Direito como forma de organização social, seja direito estatal ou não. Seu ponto de partida é a diversidade de fontes jurídicas capazes de procederem à auto-regulação social. O elemento fundamental de sua análise é a instituição. Por fim, e por tudo que será exposto, a perspectiva relacional é mais adequada, pois realiza a análise sem a rigidez das idéias e categorias preconcebidas, típicas do sistema fechado.

hipotética, apesar de útil, não alcança todo o sentido que o Direito alcança no tecido social.

Embora não se deva excluir a utilidade de outras perspectivas, a ótica relacional melhor se aproxima do sentido concreto das situações, entendido como o sentido mediado não só pelo ordenamento posto, mas também mediado pelo horizonte histórico<sup>18</sup>.

A realidade é sempre relacional, pois inserida em estruturas dialogicamente construídas, mas nem sempre é normativa ou institucional. E só pode ser assim entendida porque a realidade nada mais é do que a percepção humana de algo, condicionada e conformada por seus pré-conceitos e estruturas cognitivas.

Colocar-se-á breve exposição sobre os conceitos de relação e situação jurídicas para, então, analisar-se as situações em espécie, especialmente o denominado direito subjetivo, comumente apontado como o referencial dos direitos de personalidade e, conseqüentemente, dos dados genéticos.

Salienta-se que a exposição consistirá na explicitação da posição mais tradicional de relação jurídica – a concepção personalista – para depois se expor sua vertente mais atual, que incorpora outras situações jurídicas, que não as de

---

<sup>18</sup> Hans-Georg Gadamer utiliza a expressão *horizonte histórico* para expressar dois momentos da interpretação. Na perspectiva do intérprete, as experiências e estruturas de pré-compreensão de cada ser humano compõem o seu horizonte. É a partir deste horizonte que se tenta compreender o horizonte histórico do objeto analisado. Aqui, evidencia-se a segunda perspectiva: o objeto está situado na história e tem “vida própria”, distinta da do intérprete. A análise de um texto ou de um fenômeno histórico não se faz completa na imediatez da obra, objeto da interpretação. É necessário compreender os efeitos do mesmo na história. A história efetual permite que o intérprete perceba que a distância cronológica que o separa do texto o aproxima de sua compreensão, pois aumenta os dados sobre ele, reconstruindo seu horizonte histórico. No entanto, estas duas perspectivas não travam horizontes distintos, mas integram um grande horizonte – a consciência histórica – que permeia toda a realidade. “A mobilidade histórica da existência humana apóia-se precisamente em que não há uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido tampouco existe um horizonte fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo que se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que está aí sob a forma da tradição, põe em movimento o horizonte abrangente. Na consciência histórica este movimento tão-somente se torna consciente de si mesmo.” (GADAMER, 1997, p. 455)

direito subjetivo e dever jurídico, em seu conteúdo. A necessidade de se considerar tais situações se faz em virtude da afirmação comum de que os dados genéticos são de interesse coletivo ou difuso.

Logo, o breve relato de todas as situações subjetivas justifica-se pela necessidade de nelas se verificar a coincidência conceitual da natureza jurídica do objeto em estudo.

Embora coexistam diferentes explicações sobre a relação jurídica – dentre as quais se destacam as concepções objetivista e normativista -, a posição personalista continua sendo majoritária na doutrina<sup>19</sup>. Passemos, portanto, à posição mais tradicional.

### **3.1 Da relação jurídica tradicional**

Tradicionalmente a relação jurídica é conceituada como o vínculo entre dois ou mais sujeitos, estabelecido em virtude de um objeto. Dizia-se que a relação jurídica garantia a um sujeito o poder de exigir determinado comportamento e a outro a obrigação de desempenhar uma ação ou omissão.

Relação jurídica traduz o poder de realização do direito subjetivo, e contém a sua essência. É o vínculo que impõe a subordinação do objeto ao sujeito. Mas não existe relação jurídica entre o sujeito e objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre o ser e a coisa. (PEREIRA, 2006, p. 44)

---

<sup>19</sup> Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 44-46) (2003, p. 2-5), Serpa Lopes (1989, p. 188-189), César Fiuza (2004, p. 246), Francisco Amaral (2003, p. 159) e Miguel Reale (2002, p. 216, 220), entre outros.

Por esta idéia, a relação jurídica apresenta como elementos: sujeito ativo, sujeito passivo, vínculo jurídico e objeto.

São sujeitos da relação jurídica aqueles entes jurídicos dotados de personalidade jurídica, que estabelecem entre si um vínculo jurídico. Dessa forma, os sujeitos são os entes a que o ordenamento outorga direitos e deveres, sendo denominado sujeito ativo aquele que detém o poder de exigir determinado comportamento e sujeito passivo aquele que possui o dever de observá-lo.

Vínculo da relação jurídica ou vínculo de atributividade, como o denomina Miguel Reale (2002, p. 219), é o liame entre os sujeitos, reconhecido juridicamente. É o que confere legitimação aos sujeitos para exigir o objeto e, portanto, ampara a pretensão jurídica, fixando seus limites.

Por fim, objeto da relação jurídica é aquele sobre o qual repousam a ação ou omissão dos sujeitos; é o elemento motriz da relação. A posição do sujeito só pode ser determinada pelo referencial do objeto.<sup>20</sup> (CASTRO, 1985, p. 50-53)

Percebe-se que a descrição dos elementos da relação jurídica destaca o direito subjetivo do sujeito ativo em contraposição ao dever jurídico atribuído ao sujeito passivo. Assim se descrevia a relação jurídica: vínculo de pessoa a pessoa, que permitia a um exigir do outro certo comportamento.

Atualmente percebe-se um refinamento dessa concepção personalista ou intersubjetiva da relação jurídica para abarcar outras manifestações que não podem ser expressas em termos de “direito subjetivo” e “dever jurídico”.

Antes, porém, de estudar as teorias que congregam essas outras manifestações, abre-se espaço para a análise de uma relação especial, que levou

---

<sup>20</sup> Torquato Castro, embora não seja personalista, pois desenvolve uma teoria toda peculiar, contribuiu para renovação de várias das teorias a respeito da relação e situação jurídicas na doutrina nacional. Há, porém, personalistas que reduzem a relação jurídica apenas ao vínculo de pessoa a pessoa, prescindindo do objeto na conceituação e representação da relação jurídica.

os teóricos personalistas a um maior esforço: a explicação das relações em que não há um sujeito passivo determinado e o comportamento exigido se traduz em uma abstenção.

### ***3.1.1 Relação jurídica de direito absoluto***

Ainda dentro dessa concepção tradicional de relação jurídica, descrita como a relação entre duas ou mais pessoas, surgiu a necessidade de se explicar, em bases um pouco diversas, a situação dos direitos que não têm os sujeitos passivos determinados. Como exprimir, em termos de relação jurídica, os direitos de personalidade?

Afirmar que os direitos de personalidade podem fazer parte de relações jurídicas significa dizer, para os personalistas, que há um sujeito obrigado a dado comportamento e outro com o poder de exigi-lo.

Recorreu-se, então, à classificação doutrinária de direitos relativos e direitos absolutos. Esta classificação pretende distinguir os direitos quanto à sua oponibilidade a algumas pessoas em particular ou à coletividade em geral.

Assim, direitos relativos são aqueles que podem ser opostos a algumas pessoas. Sua eficácia é restrita, não vinculando pessoas que não participaram da formação do vínculo. Um contrato, por exemplo, estabelece uma relação jurídica de direitos relativos, pois estes só podem ser exercidos sobre aquele que se comprometeu à ação ou omissão. O contrato não pode vincular terceiro que dele não participou.

Já os direitos absolutos impõem sua eficácia à totalidade de pessoas; são oponíveis *erga omnes*.

Enquanto o direito relativo estabelece deveres para um sujeito determinado, ou ao menos determinável, o direito absoluto cria um dever universal de abstenção, para todos aqueles que não são titulares do direito.

Os direitos de personalidade são classificados como direitos absolutos, pois a relação jurídica existente trava-se entre o titular do direito da personalidade e todos os não-titulares. Assim, a concepção personalista preservou a idéia de intersubjetividade, pois há um sujeito ativo, o titular do direito, e um sujeito passivo, a coletividade, que tem o dever de respeitar os direitos de personalidade, abstendo-se de ações que comprometam seu exercício. Haveria, pois, um sujeito passivo indeterminado.

Além dos direitos de personalidade, são absolutos os direitos de família e os direitos reais.

A explicação dos dados genéticos por meio da teoria personalista da relação jurídica se faz pela consideração destes como direito absoluto e, conseqüentemente, oponíveis a toda a coletividade.

Assim, vislumbra-se uma relação jurídica que tem, de um lado, o sujeito ativo titular dos dados genéticos e, de outro, sujeitos passivos vários, que por não serem titulares de tais informações genéticas, têm o dever de se abster de atos lesivos. Logo, têm o dever de não investigar, utilizar ou divulgar tais dados sem a autorização de seu titular.

Trata-se, pois, de um direito exclusivo de seu titular e oponível *erga omnes*, cujo objeto repousa em informações genéticas definidoras de sua própria pessoa.

### 3.2 Situação jurídica e a reconstrução do modelo de relação jurídica

Do rebuscamento da teoria personalista de relação jurídica surgiu a teoria da situação jurídica. Com especial contribuição da filosofia existencialista<sup>21</sup>, o vocábulo *situação* agregou-se ao Direito para exprimir um contexto de efeitos jurídicos.

Pietro Perlingieri descreve-a como o efeito jurídico de um fato. A situação jurídica subjetiva é categoria geral de avaliação do agir humano, que se diferencia da relação jurídica por não exigir correspondentes posições (“sujeito ativo”-“sujeito passivo”), nem descrever as posições como poder de exigir dado comportamento ou obrigação de se conduzir de acordo com o exigido. Além do direito subjetivo, a situação jurídica congrega outros fenômenos como o poder jurídico, o direito potestativo, a sujeição, o ônus e o interesse legítimo.

Ainda em Perlingieri, situação subjetiva é um centro de interesses tutelado pelo ordenamento jurídico. Sempre há, na situação jurídica, um interesse que se manifesta em comportamento. Esse é o elemento essencial da situação. O sujeito é elemento accidental, pois há interesses tutelados pelo Direito que ainda não possuem um titular. É o caso dos nascituros, que podem até receber doação (art. 542 do Código Civil). Há, no caso, um interesse tutelado, mas seu titular ainda não existe, pois só se constitui “sujeito”, a partir do nascimento com vida (art. 2º do Código Civil).

---

<sup>21</sup> Destacam-se as posições de Husserl, Heidegger, Dilthey e Hans-Georg Gadamer. A filosofia existencialista entende a realidade humana como uma realidade situada e sitiada, na medida em que seu comportamento é conformado pela história. A compreensão é o movimento básico da existência e só se configura na consciência histórica. Segundo Heidegger, compreender é *Dasein*, isto é, “estar no mundo”, inserido no momento histórico. (CAMARGO, 1999, p. 26-28)

“A situação constitui uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito [...] do poder às vezes de realizar, outras, de não realizar determinados atos ou atividades.” (PERLINGIERI, 1999, p. 107)

Por tudo isso, a relação jurídica é relação entre situações subjetivas. Não há necessidade de dois sujeitos, mas de centros de interesses. “O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica.” (PERLINGIERI, 1999, p. 115)

Uma relação jurídica poderia ser a relação entre a situação jurídica de direito subjetivo e a situação jurídica de dever jurídico. Assim, a relação jurídica, segundo este autor, é a normativa harmonizadora das situações jurídicas; a ligação entre duas situações jurídicas.

Há, portanto, no contrato de compra e venda, uma relação jurídica que envolve, em um pólo, o comprador, que se define pela qualificação normativa sobre seus interesses, isto é, uma situação jurídica de comprador, e, em outro pólo, uma situação jurídica de vendedor. São situações jurídicas complexas – pois envolvem, de cada parte, direitos e deveres – em contraposição.

A relação pode determinar-se por uma contraposição de situações, como na relação creditícia de compra e venda, ou pode constituir-se simples e autônoma, sem necessária correspondência, como no poder ou no interesse legítimo.

Faz-se necessária apenas uma retificação na posição de Perlingieri. Sua teoria acaba por remeter a uma visão axiologizante do Direito, porquanto se manifesta na valoração subjetiva do interesse. O interesse corresponde à medida da utilidade de um bem, o que é muito perigoso à aplicação do Direito comprometida com a realização da democracia, em razão de se deixar ao legislador ou à própria

coletividade o poder de determinação sobre aquilo que se configura utilidade e, por consequência, interesse jurídico para todos nós, abstratamente.

Embora Perlingieri se liberte da noção clássica de direitos subjetivos e de relação jurídica, acaba por se prender à concepção de situação como interesse, o que por si só não conduz à normatividade necessária à construção de soluções jurídicas.

A noção de interesse surge da relação, justamente, valor/fim de um sujeito particular: se podemos falar no interesse em algo é porque valoramos algo como capaz de ser útil. Isto não implica, desde uma constatação sociológica, uma unidade valorativa: antes, uma diversidade de interesses pode ser referido ao direito (subjetivo); mas, e desde uma ótica convencionalista, qualquer direito estabelecido seria a expressão de “um interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção”. A introjeção desta compreensão dos direitos na interpretação dos mesmos acaba por permitir a infiltração de determinados valores a serem tomados em conta enquanto aqueles “eleitos pelo legislador” e que, assim, e por todos, deveriam ser assumidos enquanto valores capazes de estabelecer nossos interesses e o que a nós é útil. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 88)

Reconhece-se, como Perlingieri, que o Direito não pode se limitar a afirmar como partícipes de situações jurídicas apenas os entes dotados de personalidade. Acrescente-se: o reconhecimento de iguais liberdades pressupõe a inclusão daqueles que, na argumentação, podem assumir posições jurídicas. Assim, embora o próximo capítulo aborde a questão do nascituro, desde já, pode-se adiantar que este, como partícipe de situações jurídicas, terá, por exemplo, proteção de seus dados genéticos.

Melhor seria afirmar que a situação jurídica é o centro de imputação, pois, como afirma Lúcio Chamon Junior, ela é o caso interpretado à luz do direito (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 112), na medida em que se reconhece que o caso será conformado pelo Direito, mas este também só se faz diante do caso.

Isto porque as situações jurídicas – enquanto circunstâncias fáticas recortadas e interpretadas a partir do Direito – podem se fazer conformadas de diferentes posições: posições de liberdade de arbítrio (direito)/ posições de falta de liberdade (dever); referentes a sujeitos diferentes, ou referentes a um mesmo sujeito, sendo que cada uma dessas posições, como todo seu substrato fático e normativo, podem ser discursivamente problematizados. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 112)

Ressalte-se, todavia, que considerá-la centro de imputação normativa não conduz à afirmação de que é apenas a atribuição do ente estatal que a cria. A pluralidade de fontes no ordenamento pós-positivo impõe a participação de agentes plúrimos, em constante tensão argumentativa, (re)construindo o Direito.

A situação jurídica assumiu o papel de complementação da categoria “relação jurídica” e é assim que deve ser. Ambas são categoriais relacionais que se preocupam com a realidade e sempre privilegiam o ser humano, pois construídas na argumentação e não dispostas *a priori* como a perspectiva normativa geralmente nos leva a considerar.

Também é uma situação subjetiva a condição de um sujeito de sujeitar-se a um comportamento do outro. Assim como também o é, deste sujeito de exercer seu poder (direito potestativo) sobre aquele. São situações subjetivas: direito subjetivo, dever, direito potestativo, sujeição, ônus, faculdade, expectativa de direito, poder jurídico e interesse juridicamente protegido. Todas estas situações representam centros de imputação e, portanto, individualmente são posições jurídicas.

Percebe-se, destarte, que o diferencial entre relação jurídica e situação subjetiva é o número de posições jurídicas. A situação subjetiva é uniposicional, apresentado somente um centro de imputação e, portanto, impossível de apresentar vínculo jurídico. Já a relação jurídica é pluriposicional, ou seja, apresenta vários centros de imputação em conexão funcional. (ASCENSÃO, 2002, p. 18-54)

Não há dúvida de que os dados genéticos podem figurar como objetos de uma situação jurídica, pois se constituem centro de imputação jurídica, isto é, objeto conformado pelo ordenamento e pelos discursos dos sujeitos envolvidos. Resta saber em qual centro de imputação encaixam-se os dados genéticos, se centro de imputação de direito subjetivo ou se outro centro de imputação.

### ***3.2.1 Reconstrução da relação jurídica de “direito absoluto”***

Importante, enfim, rever-se a situação dos direitos de personalidade diante dessa reconstrução empreendida pela teoria da situação jurídica. José de Oliveira Ascensão aponta a relação absoluta como ponto-falho da teoria personalista da relação jurídica (ASCENSÃO, 2002, p. 27-32). Há um exagero abstracionista nesta concepção. Como apontar uma relação de um contra todos? Que conexão é esta que se opera com total desconhecimento do pretense sujeito passivo?

Ascensão não reconhece relação jurídica sem sujeito determinado, pois “toda a relação pressupõe dois ou mais seres que mutuamente se referem. Mas uma massa, um complexo não unificado, não pode ser considerado termo idóneo. O juízo de relação exige prévia individualização dos elementos que a consideram.” (ASCENSÃO, 2002, p. 31)

Conseqüentemente, torna-se inconcebível a noção de relação absoluta, classificada por ele como prática e lingüisticamente inadequada.

A expressão *relação absoluta* é contraditória, assim como a expressão *relação relativa* seria tautológica. Simples considerações filológicas deveriam ter levado a reconsiderar. Porque a relação não pode, por natureza, dirigir-se *erga omnes*.

[...] Já Dernburg, criticando a construção de Windscheid da pretensão absoluta, se rebelava contra esta pretensão, «dirigida a uma multidão inumerável, que nada pode saber de nós e do nosso direito, e do qual nunca virá a saber nada». Da mesma forma será realista sustentar-se que, porque colhi um fruto no meu pomar, qualquer ignoto tailandês ficou vinculado por mais um dever – o de não perturbar uma propriedade de que ele ignora totalmente?

[...] Pode-se dizer (e tem-se dito) que a uma hipótese dogmática se não pede que seja realista, mas que seja útil: basta que consiga unificar a massa dos fenômenos jurídicos. Pensamos, pelo contrário, que a pedra de toque de toda a construção é a adequação à realidade. Quando uma construção dela se divorcia tão completamente podemos duvidar, com boas razões, da sua validade científica. (ASCENSÃO, 2002, p. 27-28)

Clóvis Beviláqua também se opunha à tentativa de reduzir as relações de direito àquelas intersubjetivas:

A relação de direito somente se pode estabelecer entre pessoas, ensinam muitos dos mais notáveis civilistas, porém, **melhor traduzem a verdade dos fatos os que distinguem duas categorias de relações, umas atuando sobre objetos naturais, e outras ligando pessoas entre si.** (2001, p. 102-103, grifo nosso)

Assim, para Beviláqua, os direitos de personalidade e os direitos reais não estabelecem relações entre pessoas, mas uma atuação da pessoa sobre um *objeto natural*.

Não é adequado entender a existência de um sujeito passivo “coletivizante” para os direitos de personalidade. Estes não dão origem a uma relação jurídica, mas a uma situação subjetiva, pois não há, de antemão, pluralidade de posições subjetivas, isto é, não há plurissubjetividade. Há um sujeito, detentor do direito de personalidade, mas não há, necessariamente, sujeitos em contraposição.

Nos direitos de personalidade, e, conseqüentemente, no que se refere aos dados genéticos, a intersubjetividade surge da ameaça ou lesão àqueles; antes, há uma situação uniposicional, com participação de apenas um sujeito.

Orlando Gomes também defende ser desnecessário o esforço para se construir a abstração personalista de relação jurídica de direito absoluto, pautada na indeterminação do sujeito passivo. Para ele, a ordem jurídica concebe relações entre pessoas, entre pessoas e coisas e entre pessoas e lugares.

A maior dificuldade para defini-la promana da confusão entre o significado comum do vocábulo e seu sentido técnico. Resulta, em grande parte, de falsa generalização. Uma vez que as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, de pessoa para pessoa, de sujeito para sujeito, supõe-se que todas hão de ser um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, a que se trava entre homens, mas isso não significa que o Direito rege apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem possam ter igual qualificação no vocabulário jurídico. Não há coincidência necessária entre relação humana e relação jurídica. (GOMES, 2000, p. 95)

O Direito reconhece como jurídica a relação escolhida como tal, deixando de lado o procedimento de busca de uma ontologia da relação jurídica. Dito de outra forma, não há uma essência do que se determina como relação jurídica; não há algo anterior à positivação que exija que seja ela sempre intersubjetiva.

A relação jurídica nada mais é do que exemplo do método dogmático-jurídico, que elege conceitos formais e técnicos, mas que não pode se afastar da historicidade do Direito, o que conduz ao abandono de falsas ontologias jurídicas.

O Direito é produto cultural de um povo, não havendo, portanto, uma essência que o caracterize em todo tempo e todo lugar. Não se pode afirmar que *a razão de ser* das coisas impõe relações intersubjetivas. A idéia de que há uma essência verdadeira, uma ontologia da relação que a faz coincidir com o relacionamento entre pessoas deve ser abandonada.

Orlando Gomes explica que a relação jurídica congrega um direito subjetivo, ao qual corresponde uma posição ativa, a que se atribui poderes, e uma posição passiva, de sujeição de um a outro. Surgem, no entanto, situações anômalas, nas

quais à pretensão não corresponde uma contraprestação. São as situações subjetivas, nas quais se encaixam os direitos absolutos.

Não é sempre que ao direito de um, acompanhado da pretensão (*anspruch*), corresponde uma obrigação *stricto sensu* de outro, isto é, a necessidade jurídica de executar determinada prestação. [...] Quando o vínculo não se trava em termos de poder-dever, a relação jurídica não se forma com os mesmos elementos que estruturam as de natureza pessoal. Não há sujeito passivo e, portanto, sujeição propriamente dita, que só se verifica quando alguém tem de agir no interesse de outrem. (GOMES, 2000, p. 99)

Esta é a qualificação que o autor atribuiria à “relação jurídica” de direito absoluto. Não há sujeito passivo, pois a relação trava-se entre o titular e o objeto.

Esta situação subjetiva é determinada pela existência de apenas um centro de imputação individualizado. Por exemplo, a situação subjetiva do titular de direitos de personalidade caracteriza-se por um só centro de imputação. Não há, de fato, relação deste com indivíduos desconhecidos, pois não há um vínculo real, não necessariamente físico, mas um contato jurídico, uma ligação que coloque os entes em conexão jurídico-atributiva<sup>22</sup>.

Também Lúcio Antônio Chamon Junior critica a idéia de um dever passivo universal e destaca sua origem axiológica:

Não há que se falar, pois, em um “dever geral” de não afetação da esfera de liberdade alheia. Primeiro porque os deveres podem até se configurar mas enquanto interpretados a partir e na situação concretamente problematizável; segundo porque tal compreensão acaba por se atrelar a uma fundamentação moral de origem kantiana tão presente em SAVIGNY. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 113)

---

<sup>22</sup> Tal posicionamento foi defendido em dissertação de Mestrado em 2003. Vide: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia**: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Assim, não há, em princípio, situação correlata. Todavia, sabemos que ela poderá ocorrer, quando da efetiva violação desses direitos. Neste caso, tem-se que duas posições jurídicas entram em contato, dando origem à relação jurídica, caracterizada pelo vínculo entre dois centros de imputação.

Requer-se, para a relação jurídica, sempre dois ou mais centros de imputação determinados, pois a indeterminação de um deles descaracteriza a própria existência do vínculo. Note-se, então, que as chamadas “relações absolutas” nada mais são que situações subjetivas. Apenas com a individualização do sujeito passivo pode-se referir à relação jurídica.

Conclui-se que nenhum direito é absoluto. Não o é porque encontra limites e confrontações no ordenamento, que veda o abuso de direito; e não o é porque não há oponibilidade *erga omnes* por natureza, como querem imprimir os personalistas às relações jurídicas de direito personalíssimo e de direito real. Os dados genéticos requerem dos não titulares um comportamento compatível, tanto quanto um contrato exige condutas inócuas de terceiros.

Abram-se parênteses para esclarecimentos sobre a pretensa relação absoluta dos direitos reais: nestes, não é, de fato, o *direito* que é absoluto, mas tão-somente sua eficácia que é estendida a todos em razão do registro. O mesmo ocorre em direitos pessoais levados a registro, como na convenção de condomínio.

Assim, a publicidade do registro não tem o condão de criar uma relação jurídica do titular contra todos, mas de estender sua eficácia a partir da ficção jurídica de que todos conhecem os registros públicos. As ficções são estabelecidas expressamente pelo ordenamento, são artifícios normativos<sup>23</sup> e não se confundem

---

<sup>23</sup> Segundo Fernando Noronha: “Ficção é criação da imaginação, fictício é algo não verdadeiro, artificioso, imaginário. A ficção legal é técnica que permite considerar como real uma situação imaginária, que assim passará a ser juridicamente relevante. O resultado tem algumas similitudes

com as presunções, que são inferências de um fato conhecido para se extrair o desconhecido. Como não houve norma que criasse algo artificioso (ficção), não se pode aduzir que a relação jurídica de direito real seja absoluta. Relação jurídica requer liame efetivo e não há vinculação jurídica entre o proprietário e os não proprietários, por exemplo.

*Mutatis mutandi*, pode-se estender os argumentos aos direitos de personalidade e, conseqüentemente, aos dados genéticos. É falsa a característica absolutista dos dados genéticos, mesmo que se conceba a possibilidade de proteção contra qualquer ameaça ou agressão.

### **3.3 Situações jurídicas em espécie**

#### **3.3.1 Direito subjetivo e seu “elemento essencial”**

Passa-se a analisar, agora, o direito subjetivo, primeira situação subjetiva a ganhar os foros acadêmicos.

Assim como a relação jurídica, o direito subjetivo é criação da pandectística alemã, do século XIX. Baseados em trabalhos de Direito Romano, desenvolvidos sobretudo na Idade Média, a Escola das Pandectas desenvolveu o direito subjetivo como categoria fundamental da dogmática moderna, traduzindo-se em uma esfera

de atuação do sujeito. Podemos dizer que o direito subjetivo é o reconhecimento estatal de certo âmbito de exercício privado.

Várias posições surgiram na tentativa de explicar o direito subjetivo. Objetivando facilitar o estudo, reúnem-se estas posições em quatro teorias: teoria da vontade, teoria do interesse, teoria eclética e a teoria de Hans Kelsen.

### **3.3.1.1 Teoria da Vontade**

Sob as influências do liberalismo burguês e do jusracionalismo da época da codificação, Bernhard Windscheid explica o direito subjetivo como expressão da vontade juridicamente protegida. Desse modo, como poder do querer (*facultas agendi*), esta teoria constrói-se sobre a liberdade do titular, isto é, sobre a autonomia da vontade; a faculdade psicológica de conhecer, querer e agir.

O direito seria o “senhorio da vontade”, permitindo ao sujeito impor seus objetivos.

Surgiram várias críticas a esta posição, assegurando que a vontade não é elemento essencial à existência do direito subjetivo. Pode haver direito subjetivo sem que haja vontade, como na hipótese dos direitos dos incapazes, cuja vontade não gera efeitos jurídicos.

Da mesma forma, aponta Miguel Reale (2002, p. 254), a possibilidade da constituição de um direito subjetivo sem que seu titular tenha conhecimento. É o caso da sucessão, que opera transferência de bens para os herdeiros, mesmo estes

ignorando o falecimento da pessoa. A herança transmite-se automaticamente e instantaneamente, basta a morte (art. 1784 do Código Civil).

Por esta razão, mais tarde, Windscheid reverá sua posição, explicando que a vontade por ele determinada não é vontade psicológica, mas vontade lógica, normativa, como poder jurídico de querer. No entanto, as críticas persistiram, já que o autor não fez maiores explicações sobre o tema. (REALE, 2002, p. 255)

Já o jurista italiano Giorgio Del Vecchio afirmará que o direito subjetivo contém sempre dois elementos. O primeiro elemento é a faculdade de agir e de querer, segundo a esfera normativa. É elemento interno, que compreende uma prestação positiva. O segundo elemento é a pretensão judicial, traduzida no dever dos outros de respeitar a faculdade subjetiva e de agir contra qualquer impedimento. É externo e negativo, pois obriga a uma abstenção.

O primeiro é pretensão interna, consistente na vontade de querer; o segundo é pretensão dirigida a outros, por isso externa, e surge tão-somente da violação do direito, dando-lhe efetividade<sup>24</sup>.

A vontade é essencial para Del Vecchio, que conceitua o direito subjetivo como “a faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, à qual corresponde uma obrigação por parte dos outros.” (DEL VECCHIO, 1979, p. 434) Mas não a vontade efetiva e real, porém uma vontade potencial, isto é, numa possibilidade de querer:

---

<sup>24</sup> Del Vecchio acrescenta que nos direitos relativos prevalece o primeiro elemento: prestação positiva. Já nos direitos absolutos predomina o segundo elemento: a “pretensão genérica dirigida a todos e que se manifesta no respeito, em regra puramente negativo”. Não se pode, contudo, esquecer que também neste caso há o elemento interno. (DEL VECCHIO, 1979, p. 434-435.) Note-se que Del Vecchio adota a concepção personalista de relação jurídica. Entende, pois, que esta só é possível entre pessoas. Assim, nos direitos absolutos haveria um sujeito passivo universal – a coletividade.

ao falarmos do Direito como *possibilidade de querer*, não nos referimos à vontade *em acto*, mas *em potência*. WINDSCHEID, que definia o Direito como «senhorio da vontade», foi justamente refutado por aqueles que observaram não ser necessário ao Direito o efectivo da vontade. [...] ao direito não é essencial a vontade actual, mas a potencial – a *possibilidade de querer* atribuída e reconhecida ao sujeito. (DEL VECCHIO, 1979, p. 442)

Certamente Del Vecchio se apercebera que a vontade, apesar de importante, não pode ser encarada como propulsora do Direito, explicando sua essência, mas há uma intenção latente, que se aproxima do próprio objetivo do direito em exame.

### **3.3.1.2 Teoria do Interesse**

Em “O Espírito do Direito Romano”, Rudolf von Jhering também se dedica a analisar o que é o Direito. No entanto, não se contenta com “uma descrição e um indício de manifestação exterior do direito” (JHERING, 1943, p. 213), palavras com que o próprio Jhering critica as tentativas anteriores de explicar o fenômeno jurídico. A resposta do que é o Direito deve-se apoiar em sua “essência íntima”.

Sua exposição tem por base a Teoria da Vontade. Começa o autor por expor a doutrina de Hegel que, segundo ele, considera a vontade como a única fonte das regras jurídicas, seja no sentido objetivo, com a vontade geral, seja no sentido subjetivo, com a vontade individual. A legitimidade desta está na vontade geral, que é constituída pela “unidade concreta da vontade do Estado e dos particulares (KIERULFF), ou uma parcela da vontade geral, que se torna concreta e existente na pessoa privada” (JHERING, 1943, p. 214)

Assim, seria pela vontade que o homem goza de seu direito. Essa teoria, entretanto, é insuficiente. “Se a vontade fosse o objetivo do direito, como viriam a ter

direito as pessoas sem vontade? Seriam direitos que mentiriam ao seu fim e ao seu destino? Óculos nas mãos de cegos?” (JHERING, 1943, p. 216)

Como explicar a personalidade de crianças e de loucos, e mesmo a capacidade patrimonial destes, se se parte do pressuposto que “a personalidade e a capacidade jurídica são coisas idênticas à capacidade de querer” (JHERING, 1943, p. 216)?

Seria evasiva a resposta fundada na capacidade futura de querer, ou de que estas pessoas contêm o germe da vontade, já que isso não explicaria o exercício de direitos patrimoniais concretos. Chegou-se mesmo a afirmar que crianças e loucos não têm direito, sua proteção adviria de mera escolha do legislador.

Também absurda seria a tese de que o tutor/curador é que age como titular do direito, pois

[...] o verdadeiro titular do direito é o que pode pretender não [o] *querer*, mas *aproveitar-se*. A vontade pode, em rigor, ser dada a um terceiro e pode paralisar-se; a utilidade real não pode se submeter a um terceiro, sem que o direito mesmo o atinja. O sujeito de direito é aquele a quem a lei destina a utilidade do direito (o destinatário); a missão do direito não é outra senão a de garantir essa utilidade. (JHERING, 1943, p. 218)

A vontade não seria, pois, o que caracteriza o direito subjetivo. Se assim fosse, um acordo que impedisse alguém de exercer certa profissão seria válido, já que, segundo Jhering, não contém nada imoral ou ilícito. Não há, neste contrato, nenhuma utilidade para a outra parte. Poderia o domínio da vontade ser suficiente para legitimá-lo?

Este sistema da vontade conduziria à servidão, aos abusos mesquinhos, sem atentar para a verdadeira utilidade do Direito. “Os direitos não existem, de nenhum modo, para realizar a idéia da vontade jurídica abstrata; servem, ao contrário, para

garantir os interesses da vida, auxiliar suas necessidades e realizar seus fins. Tal é sua missão, tal o fim da medida da vontade.” (JHERING, 1943, p. 219)

O direito subjetivo possui, assim, dois elementos: um elemento substancial, que é finalidade do direito, o interesse ou sua utilidade; e um elemento formal, que é a proteção jurídica, a ação judicial.

Logo, “os direitos são interesses juridicamente protegidos”. (JHERING, 1943, p. 220)

Jhering confunde o direito subjetivo com seu conteúdo. A formação dos direitos não se dá no âmbito do Direito, mas no âmbito da sociedade em que valores políticos, econômicos, sociais e religiosos concorrem para sua constituição. Sua legitimidade advém da liberdade na exposição e consideração da multiplicidade de influências que concorrem no Estado Democrático de Direito, sem que tais influências, no entanto, possam, posteriormente, desvincular-se de sua força normativa.

É verdade que ao direito subjetivo correspondem interesses, mas estes não são elementos que contribuem na aplicação normativa; não são, pois, direito subjetivo, mas nele podem estar contidos. Dito de outra forma, todo direito subjetivo contém interesse, mas nem todo interesse é albergado pelo sistema de direitos.

A desvinculação do direito subjetivo da vontade privada permitiu que a idéias de Jhering chegassem ao direito público. Com a Teoria do Interesse, há a possibilidade de se reconhecer direitos subjetivos públicos, o que era inviável em sua identificação com o poder ou faculdade de querer.

A doutrina tradicional passou mesmo a classificar alguns eventos em que não há direito subjetivo como situações autônomas de interesse, como se verá adiante.

### **3.3.1.3 Teoria Eclética ou Mista**

Teóricos, como Georg Jellinek e Regelsberger<sup>25</sup>, viram vontade e interesse como elementos complementares e essenciais ao direito subjetivo, desenvolvendo uma Teoria Eclética ou Mista.

Assim, Jellinek expõe que o conteúdo da norma é formado pelo poder da vontade que, por sua vez, atua sobre um objeto útil ao sujeito. A utilidade reporta à realização dos interesses individuais, finalidade do próprio Direito. Logo, direito subjetivo seria o interesse tutelado pelo Direito e exercido pela faculdade ou poder da vontade. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 89)

A vontade, como poder reconhecido e protegido pela ordem jurídica, atua em determinado fim (interesse).

Jellinek distingue, ainda, o direito subjetivo público do direito subjetivo privado. Aquele estabelece um poder, enquanto este cria uma permissão.

Percebe-se que *geralmente* a vontade acompanha o direito subjetivo e esta vontade atua sobre um interesse. Assim, o interesse é protegido enquanto conforme ao ordenamento e ao querer individual. Por seu caráter pragmático, muitos, ainda hoje, têm a teoria eclética como satisfatória.

No entanto, em vez de reconstruir os conceitos postos pelas teorias da vontade e do interesse, a teoria eclética limitou-se à justaposição, unindo também

---

<sup>25</sup> Regelsberger não se utiliza das expressões “vontade” e “interesse”, mas o significado de sua conceituação é a mesma de Jellinek. Regelsberger afirma que “o direito subjectivo existe quando a ordem jurídica faculta à pessoa a realização de um escopo reconhecido (= interesse protegido) e lhe reconhece, para isso, um poder jurídico (= poder da vontade).” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1: Parte geral. t. 1: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico. p. 155.)

inconvenientes. Logo, as objeções postas às teorias anteriores podem a ela ser estendidas.

Saliente-se a colocação de Lúcio Chamon Junior a esse respeito:

[...] a *finalidade do direito*, o *escopo do direito*, consistiria na tutela ou proteção dos bens ou dos interesses que haveriam que ser, enquanto tais, tomados de uma *opinião média* que, no ordenamento jurídico, viria sintetizado enquanto o próprio interesse tutelado e em face das opiniões individuais acerca da utilidade da coisa. Torna-se explícito, algo que contemporaneamente também se dirige a ALEXY, que uma média, síntese das opiniões individuais, haveria que ser tomada enquanto opção do Direito acerca não só do útil mas, necessariamente também, do bom e do valioso. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 89)

A consideração utilitarista de tais concepções submete o Direito a uma pretensa “moral geral” ou a um “mínimo comum de moral” capaz de conduzir o homem a um bem comum com conteúdo *a priori*, desconsiderando a autonomia e o pluralismo.

### **3.3.1.5 Teoria de Hans Kelsen**

Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, começa expondo que, no Direito, bem como na Moral, privilegia-se o direito em detrimento do dever. A importância é tanta que o vocábulo que o exprime coincide, em muitas línguas, com aquele que designa o sistema de normas. “Para se distinguir deste, tem o direito (*Berechtigung*), como direito ‘subjetivo’ (ou seja, pois, o direito de um determinado sujeito), de ser distinguido da ordem jurídica, como Direito ‘objetivo’.” (KELSEN, 1998, p. 140-141)

A dificuldade na compreensão do direito subjetivo vem de sua polissemia, pois expressa desde o direito de alguém se conduzir de certo modo até o fato de

que “um determinado indivíduo se encontra juridicamente obrigado, ou mesmo, que todos os indivíduos estão juridicamente obrigados a conduzirem-se por determinada maneira diretamente em face de outro indivíduo, o indivíduo que é titular do direito.” (KELSEN, 1998, p. 141) À primeira situação corresponde um dever de prestação e, à segunda, um dever de tolerância.

A conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada [...] como conteúdo de um “direito”, como objeto de uma “pretensão” correspondente ao dever. Essa conduta do outro correlativa da conduta devida do primeiro indivíduo, particularmente enquanto se traduz na exigência da conduta devida, é considerada como exercício de um direito. No entanto, no caso de um dever de omissão de uma determinada ação, por exemplo, no caso do dever de omitir o homicídio, o furto, etc., não se costuma falar de um direito ou pretensão a não ser morto, a não ser roubado, etc. No caso de um dever de tolerância, essa conduta do segundo correlativa da conduta devida do primeiro é designada como “gozo” de um direito. Fala-se especialmente de gozo de um direito quando se trata de tolerar, por parte do outro, o uso, o consumo ou a aniquilação de uma determinada coisa. (KELSEN, 1998, p. 142)

Percebe-se que na situação do dever de prestação (conduta devida), a doutrina tem entendido que sua correspondente é o *exercício de um direito*. Já na situação do dever de tolerância, a contraposição é designada pelo *gozo de um direito*.

Kelsen, no entanto, não concorda com essa forma de expressar a situação correspondente à daquele que é obrigado à conduta ou à tolerância. O que comumente é designado como direito, nada mais é do que o dever do outro; “cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe.” (KELSEN, 1998, p. 142)

A norma prescreve um dever, que tem como conteúdo uma prestação ou uma tolerância. O sujeito na relação é apenas o sujeito do dever, que pode, por sua ação ou omissão, violá-lo. O outro indivíduo, em face do qual é devida a conduta, possui apenas um reflexo do dever e não é agente dessa relação.

Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. É, no entanto, supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica. Isto revela-se até no fato de não pressupormos um direito subjetivo reflexo em todos os casos de dever jurídico. (KELSEN, 1998, p. 143)

Continua o autor exemplificando situações em que, nem didaticamente, é possível representar o pólo contraposto ao dever como direito reflexo. É o caso do dever militar, que não traz consigo um direito correspondente. Também é o caso da prescrição de ações ou omissões relativas a animais, plantas ou objetos inanimados. Não há um direito reflexo destes. Este exemplo também justifica o fato de Kelsen conceber apenas um sujeito – o sujeito de dever –, pois o “homem em face do qual deve ter lugar a conduta conforme ao dever é apenas objeto desta conduta, tal como o animal, a planta ou o objeto inanimado em face do qual os indivíduos estão obrigados a conduzirem-se por determinada maneira”. (KELSEN, 1998, p. 144)

Neste sentido, Kelsen nega a existência do direito subjetivo. No entanto, sua exposição não pára por aí, como fazem aqueles que a descrevem. Há, por vezes, dentre os pressupostos da sanção imposta ao descumprimento do dever, a atribuição de um poder jurídico, em forma de ação judicial, para o indivíduo em face do qual o dever existe. Esta atuação – deferida pelo ordenamento como poder de executar a sanção prevista em razão do descumprimento do dever – “está na disposição de um determinado indivíduo [...e], neste sentido, o Direito (objetivo) é, de fato, o seu direito”. (KELSEN, 1998, p. 150)

Dito de outra forma, o que se costuma referir como direito subjetivo não passa de direito reflexo de um dever, isto é, a pretensão à conduta de outrem é, na verdade, a própria prestação ou tolerância devida. É, pois, dever jurídico. No entanto, o poder jurídico de movimentar o procedimento jurisdicional é distinto

daquela pretensão (direito reflexo) e, neste sentido, exprime um verdadeiro direito subjetivo.

Somente quando a ordem jurídica confere um tal poder jurídico é que existe um direito, no sentido subjetivo, diferente do dever jurídico – um direito subjetivo em sentido técnico, que é o poder conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico. O exercício deste poder jurídico é exercício de um direito no sentido próprio da palavra. Este exercício do direito é que não está predeterminado na conduta que forma o conteúdo do dever cujo não-cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico. (KELSEN, 1998, p. 151)

Assim, haveria apenas o direito subjetivo de ação e a pretensão, propriamente dita, restringir-se-ia à pretensão jurisdicional<sup>26</sup>. No entanto, este direito subjetivo não é independente do Direito objetivo, é, “tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo”. (KELSEN, 1998, p. 151-152)

A consideração tradicional do direito subjetivo considera tanto a vertente do direito reflexo, quanto da pretensão propriamente dita. E, tecnicamente, segundo Kelsen, apenas esta é o direito subjetivo. O erro está no fato de se sobrevalorizar o direito reflexo.

O Direito Penal, por exemplo, nos crimes de ação pública incondicionada, não confere pretensão ao prejudicado, que, conseqüentemente, não possui direito subjetivo.

---

<sup>26</sup> Saliente-se que Kelsen só vislumbra direito subjetivo quando este nasce do descumprimento de um dever jurídico. Assim, a atuação do sujeito de dever em propor uma ação que declare a inexistência da obrigação ou em recorrer da sentença quando réu, não é direito subjetivo. “Não só o autor, mas também o réu pode, segundo os preceitos dos modernos ordenamentos processuais, recorrer de uma decisão desfavorável. O exercício deste poder jurídico, porém, não se verifica para fazer valer um dever jurídico, mas, inversamente, para contravir à validade de um dever jurídico cuja existência é afirmada mas que, segundo o ponto de vista do réu, não existe ou não existe na medida afirmada. Como este poder jurídico não está ligado a um direito reflexo, também não existe aqui – segundo o uso corrente da linguagem – qualquer direito subjetivo”. (KELSEN, 1998, p. 153) Logo, para o autor, nem toda ação se configuraria como direito subjetivo, pois não decorre, sempre, de um direito reflexo.

Por fim, Kelsen adverte que

A estatuição de tais direitos subjetivos não é – como a estatuição de deveres – uma função essencial do Direito objetivo. Ela apenas representa uma conformação possível, mas não necessária, do conteúdo do Direito objetivo, uma técnica particular de que o Direito se pode servir, mas de que não tem necessariamente de servir-se. (KELSEN, 1998, p. 152)

Esta técnica de formulação de direitos subjetivos é típica da ordem jurídica capitalista do direito privado.

A posição de Kelsen é coerente com sua *Teoria Pura do Direito*, no entanto é falho limitar o fenômeno jurídico à norma. Tanto o dever jurídico e seu direito reflexo, quanto o direito subjetivo propriamente dito (poder jurídico) são colocados por Kelsen como simples direito objetivo ou norma jurídica. É certo que não há direito subjetivo sem direito objetivo, mas a complementaridade é mútua. De que adianta a norma prever um comportamento abstrato se ela não ganha concretude?

O direito subjetivo é a concretude da previsão normativa, que enquanto tal, não é apenas atribuição estatal, mas formação histórico-cultural constituída na argumentação. Os mundos do ser e do dever-ser não são dimensões paralelas, que não se entrecruzam.

### **3.3.2 Conceito de direito subjetivo e de dever jurídico**

É importante percebermos que a elaboração das teorias descritas anteriormente e as críticas a elas dirigidas acabaram por construir um conceito muito mais útil acadêmica e pragmaticamente.

Não há direito objetivo e direito subjetivo separadamente, são categorias que se complementam. Direito subjetivo sem direito objetivo é posicionamento jusnaturalista ou metafísico, que afirma que alguém possui direitos independentemente do ordenamento. Direito objetivo sem direito subjetivo é afirmar que o Direito lida apenas com a realidade normativa, esquecendo-se de sua finalidade precípua. O Direito é fenômeno histórico e social, não adianta trabalhar as idéias jurídicas desvinculadas do mundo do ser.

Pontes de Miranda criticava a noção simplista e pouco clara de que direito subjetivo e direito objetivo eram duas faces do mesmo conceito, o que pressupõe simultaneidade. Porém, como bem disse, explicava que o direito subjetivo é um dos efeitos da incidência do direito objetivo sobre o suporte fático. (2000a, p. 277) Ou seja: a incidência da norma sobre o fato produz o direito subjetivo e, neste sentido, ele é consequência do direito objetivo, mas que não obtém eficácia sem o fato jurídico.

Para o direito subjetivo, a regra jurídica, de que ele, através da incidência dessa e do fato jurídico, provém (já no plano da eficácia), não só se imprimiu no suporte fático (podia imprimir-se e não determinar o nascimento de direitos subjetivos), mas, também criou fato jurídico idôneo a produzi-lo. (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 279)

Assim, o *dever ser* descrito pela norma (direito objetivo) em algum momento deverá ganhar efetividade na situação social, concretizando a hipótese normativa.

Podemos dizer que direito subjetivo é um poder de atuação, conferido pelo ordenamento<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Mais uma vez se faz a ressalva de que o ordenamento jurídico, por uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, não se restringe a normas postas pelo Estado, mas também se estende a normas construídas pelos indivíduos, nos instrumentos de participação política e jurisdicional. Assim, o Direito também é fruto da autonomia privada, elaborado na argumentação das partes envolvidas.

Todo sujeito de direito move-se, com independência, numa esfera de liberdade, praticando atos que o ordenamento jurídico legitima, se forem *lícitos*. É nessa esfera de liberdade que a autonomia privada se exerce provocando o nascimento de *direitos subjetivos* e das *faculdades* que compreende. (GOMES, 2000, p. 109)

Note-se que ao direito subjetivo geralmente corresponde um dever jurídico, que se traduz na obrigação de realizar dado comportamento, positivo ou negativo.

De acordo com a teoria personalista da relação jurídica, o dever jurídico nas relações absolutas é um dever de abstenção que envolve toda a coletividade, por isto oponível *erga omnes*. Já as relações jurídicas de direito relativo estabelecem um dever apenas a um ou alguns sujeitos, envolvidos na relação. Assim, enquanto nos direitos absolutos o dever jurídico é universal, nos direitos relativos ele diz respeito a um sujeito determinado ou, no mínimo, determinável.

Ao contrário, pela concepção assumida anteriormente como mais coerente com uma noção “desnaturalizante”, há apenas uma posição nos direitos absolutos: a do titular do poder jurídico. Todavia, pode surgir, supervenientemente, a figura do sujeito passivo, como no caso da violação do direito por pessoa determinada, transformando a situação jurídica em relação jurídica, pois há, doravante, o dever de reparar o prejuízo decorrente da violação.

Direito subjetivo, assim como dever jurídico, é situação subjetiva, isto é, um centro de imputação tutelado pelo ordenamento. Assim, é sua característica conectar-se à pretensão de exercício de poder, garantida pelo Estado. Em caso de descumprimento do direito subjetivo, o Estado disponibiliza meios de protegê-lo.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho acentuam o caráter relacional da teorização clássica dos direitos subjetivos, os quais, como já destacado, tiveram nascedouro comum com a noção personalista de relação jurídica. Destacam-se, em sua conceituação, os elementos de poder e de garantia:

direito subjetivo é a relação, que vincula, direta ou indiretamente, um bem da vida a um sujeito, e que, reconhecida pela ordem jurídica, dá a êsse (sic) o poder de, pessoalmente ou representado, tirar toda a utilidade daquele bem, no seu próprio interesse, ou no alheio, com a iniciativa de fazer movimentar os órgãos da justiça pública (sic) para efetivar a plena proteção assegurada àquela relação. (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1941, p. 573)

Miguel Reale afirmará que “o direito subjetivo vive da complementaridade desses dois momentos e com eles se confunde, consubstanciando uma proporcionalidade entre pretensão e garantia.” (2002, p. 262)

A pretensão é aquele poder que o titular do direito subjetivo tem de exigir o comportamento devido ou de atuar sobre uma coisa. Esta pretensão é amparada por uma garantia, que, se for judicial, manifesta-se através da ação.

Lúcio Antônio Chamon Junior afirma:

Por direito subjetivo devemos compreender nada mais que o reconhecimento argumentativo de uma esfera de liberdade; enquanto esfera de liberdade reconhecida na *praxis* argumentativa, o direito subjetivo jamais está a pairar sobre nossas cabeças. Antes, tal noção depende da compreensão das situações de aplicação do Direito como situações jurídicas. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 106)

Conceituar o direito subjetivo como esfera de liberdade é, sem dúvida, uma boa expressão, mas para o Direito Civil é importante destacar seus elementos caracterizadores, capazes de contribuir para sua diferenciação em relação a outras situações jurídicas. Há efeitos práticos na classificação das várias situações, que podem mesmo ser sintetizadas em esferas de liberdades e não-liberdades. Assim, reconhece-se a louvável construção de Lúcio Chamon Junior, mas se entende ser necessária a colocação de elementos que possam diferenciar as várias situações.

Enfim, o direito subjetivo é uma esfera de liberdade, consistente na pretensão de atuação, sobre uma coisa ou sobre certo comportamento, e garantido pelo ordenamento jurídico.

Os dados genéticos humanos podem enquadrar-se nessa noção de esfera de liberdade, na medida em que seu titular tem a possibilidade de exigir a confidencialidade do pesquisador que realizou a investigação de seu genoma, ou pode permitir a divulgação desses dados a seus familiares a fim de diagnosticar doenças genéticas. Tal direito de divulgar ou não as informações genéticas a terceiros, faz desses dados objeto de uma pretensão garantida pelo ordenamento.

### **3.3.3 Direito potestativo e sujeição**

Nem todo direito atribuído a um sujeito é direito subjetivo. Há, ainda, outras situações jurídicas e é prudente se avaliar se os dados genéticos podem, concretamente, atuar dentro dessas outras hipóteses.

Os direitos são tradicionalmente divididos em subjetivos e potestativos<sup>28</sup>. Direito potestativo é o poder de influir na esfera jurídica de outrem, sem o concurso de vontade deste, que apenas se sujeita à condição a ele imposta (CHIOVENDA, 1922, p. 67). É uma situação irresistível, em que a produção de efeitos não pode ser obstada pela outra parte, pois não depende de sua colaboração. A rigor, não há pretensão, desta forma, não há violação do direito potestativo.

Nas ações judiciais para proteção de um direito potestativo, não se exige um comportamento do “réu”, consistente na prestação, mas se requer que a sentença modifique uma relação jurídica.

---

<sup>28</sup> Ao que parece, a nomenclatura “direito potestativo” foi primeiro proposta por Chiovenda, em *Principios de Derecho Procesal Civil*. (1922, p. 69)

O locatário, por exemplo, tem direito potestativo de preferência sobre a alienação do imóvel locado, se o contrato de locação foi averbado junto à matrícula do imóvel (art. 27 da Lei do Inquilinato, Lei n. 8.245, de 18/10/91). Se o locador não comunicar a alienação ao locatário, tem este direito a reclamar o imóvel para si, no prazo de seis meses, a contar do registro no Cartório de Imóveis. Não há pretensão propriamente dita, mas a relação jurídica constituída com a alienação pode ser modificada em virtude do direito potestativo do locatário.

Por não possuir pretensão, o direito potestativo não se sujeita à prescrição, mas pode se sujeitar a prazos extintivos – os prazos decadenciais.

Na relação jurídica personalista entre direito subjetivo e dever jurídico não se admite que o sujeito passivo, que possui o dever jurídico, sujeite-se ao arbítrio do titular do direito. Já na relação jurídica entre direito potestativo e sujeição não há proporcionalidade de atuações, mas verdadeira sujeição ao arbítrio de outrem.

É o caso do direito potestativo do empregado de pôr fim à relação de emprego, assim como do servidor público de cargo eletivo de renunciar a seu mandato. Não há como se opor a estes atos, pois são direitos potestativos, respectivamente, do empregado e do servidor.

Sujeição, portanto, é o lado passivo do direito potestativo. Traduz-se na situação em que alguém se subordina, de forma inevitável, aos efeitos do comportamento de outro; “[...] es un estado jurídico que no exige el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna acción suya” (CHIOVENDA, 1922, p. 68)

Como os direitos potestativos são limitações à esfera de liberdade de outrem, sua instituição deve ser expressa e, via de regra, advém de disposição legal. Como não há, ainda, legislação específica sobre dados genéticos, não parece haver direito potestativo que se refira diretamente às informações genéticas, embora se

reconheça que futuramente poderão vir a ser formulados. De toda forma, há direitos potestativos conexos ao assunto, como o direito de revogar o consentimento às pesquisas genéticas ou o direito a recusar o aconselhamento genético<sup>29</sup>.

### **3.3.4 Faculdade jurídica**

Faculdade jurídica traduz-se no poder de exercício unilateral para obtenção de determinada finalidade. Assim, diz-se que é atuação do direito subjetivo; modalidade de seu exercício.

O direito subjetivo de propriedade, por exemplo, congrega várias faculdades, como explicita o art. 1228 do Código Civil brasileiro. Propicia, portanto, ao proprietário do imóvel, vender a coisa, emprestá-la, erguer edificação ou plantar uma árvore.

Estas faculdades podem se apresentar isoladamente, constituindo direito real autônomo. É o caso do usufrutuário, que pode usar e gozar da coisa, mas não pode dela dispor.

Estão, pois, contidas no direito subjetivo, mas podem ganhar independência, quando, então, adquirem o status de direito subjetivo autônomo. (AMARAL, 2003, p. 202)

---

<sup>29</sup> O aconselhamento genético é definido no art. 2º, XIV da *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos* como o “procedimento que consiste em explicar as conseqüências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas conseqüências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreio genético”. (UNESCO, 2003)

Também Pontes de Miranda expõe a relação entre direito subjetivo e faculdade como a relação entre continente e conteúdo. No entanto, a faculdade é colocada como sinônimo de poder<sup>30</sup>, o poder criado pelo direito subjetivo e contido no direito subjetivo em virtude da proteção de um interesse.

Às (sic) vezes, basta uma faculdade para fazer um direito subjetivo. Quase sempre, contém ele muitas faculdades. As faculdades, contidas no direito, ou são derivadas imediatamente da relação que se juridiciza com a incidência da regra jurídica (posse, ocupação), ou derivam do direito, ou servem à consumação dele. Sempre uma das faculdades, pelo menos, é conteúdo do direito; as outras são eficácia do direito ou faculdades conseqüenciais. (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 275)

Por ser ato unilateral, é difícil traçar a distinção entre direito potestativo e faculdade, mas Andreas von Tuhr lança luzes sobre a diferenciação a partir da separação entre os direitos de configuração – classe em que se encontram os direitos potestativos – e a faculdade.

Enquanto o direito subjetivo tem como aspecto passivo um dever geral de abstenção (direitos absolutos) ou um dever de um sujeito determinado (direitos relativos), os direitos de configuração e as faculdades não apresentam um dever correspondente, seja uma ação ou uma abstenção. Nos direitos de configuração, e, portanto, nos direitos potestativos, o exercício do poder se realiza mediante uma declaração unilateral, e nas faculdades jurídicas mediante negócios que o titular realiza com terceiros. (VON TUHR, 1946, p. 212-213)

---

<sup>30</sup> Essa confusão terminológica faz com que Pontes de Miranda conecte a faculdade a uma relação fática. Assim: “O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação dos interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação dos interesses. [...] Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente.” (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 271) A doutrina majoritária vê a faculdade como situação jurídica e não meramente fática.

Dessa forma, embora ambos sejam comportamentos unilaterais, à faculdade não corresponde uma situação passiva, logo, não produz a *submissão* de alguém ao poder do titular, mas tão-somente a possibilidade do titular atuar *com um terceiro* para criar, modificar ou extinguir situações jurídicas. Assim é a faculdade de ceder um crédito ou de alugar um imóvel, que decorrem, respectivamente, do direito subjetivo ao crédito e do direito subjetivo de proprietário.

A cessão de uso dos dados genéticos de seu titular a institutos de pesquisa é uma faculdade decorrente do direito subjetivo que a pessoa tem sobre seus dados; é uma forma de exercer seu direito de personalidade.

### **3.3.5 Interesse legítimo**

Interesse legítimo é "uma pretensão razoável cuja procedência ou não só pode resultar do desenvolvimento do processo". (REALE, 2002, p. 263) Algumas vezes o interesse advém do direito subjetivo, em outras, haverá interesse, sem direito subjetivo, classificado como situação jurídica autônoma, desvinculada do direito subjetivo. É o caso dos interesses difusos, que são situações subjetivas, caracterizadas pela pluralidade de titulares, em número indeterminado, e pela indivisibilidade do objeto, que o Estado tutela e garante, sem que, com isso, possam se traduzir em direito subjetivo.

Todo direito subjetivo contém um interesse, mas nem todo interesse nasce de um direito subjetivo. Orlando Gomes assim explica a diferença entre direito e interesse:

Quando os *interesses* do indivíduo se consubstanciam nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como *direitos*. Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preceito estatuído no interesse geral, estará protegido de modo reflexo, mas não se caracteriza como um *direito*, porque o interessado não dispõe da faculdade de compelir quem o contraria a observar a norma, nem da faculdade de liberá-lo do seu dever. (GOMES, 2000, p. 123)

Às vezes o interesse surge antes do direito subjetivo, equiparando-se a ele precariamente, todavia será a sentença que constituirá o direito.

Enquanto o direito subjetivo é campo de atuação da autonomia privada – isto é, representa uma gama de poderes e deveres, que permite ao sujeito perseguir seu cumprimento, inclusive judicialmente –, o interesse não proporciona um campo de atuação, mas, no máximo, permite ao interessado a reação contra violações.

Não é fácil visualizar todas as diferenças entre direito subjetivo e interesse legítimo, mas talvez a enumeração de algumas de suas classificações facilite o entendimento. O interesse pode ser individual, público, coletivo e difuso.

Interesse individual é aquele escopo jurídico, que não se constitui como direito subjetivo, mas é judicialmente garantido. A manutenção da lealdade na concorrência pode constituir interesse de alguma sociedade empresarial específica, sem que haja a atribuição de poderes a esta pessoa jurídica. A violação desse interesse produz apenas a possibilidade do concorrente prejudicado recorrer à proteção judicial.

No interesse, mesmo que individual, há, de forma mais visível, um objetivo social, o que leva a doutrina a afirmar que normas de ordem pública estão em sua constituição, restringindo a atuação do prejudicado apenas a pleitear judicialmente a garantia de seu interesse violado.

Para noção de interesse público é importante distinguir-se o interesse público primário do interesse público secundário. Segundo Luís Roberto Barroso, tal

distinção teve origem na Itália, mas já está presente na doutrina brasileira através de administrativistas de renome, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. (BARROSO, 2007, p. xiii)

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. (BARROSO, 2007, p. xiii)

Interesse coletivo é aquele que tem como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas. Para que o interesse seja coletivo, devemos observar duas condições: a) este não pode ser fracionado entre as pessoas que compõem o grupo, categoria ou classe; e b) há uma mesma relação jurídica que os une em interesse comum.

Por fim, interesse difuso é aquele que abrange um número indeterminado de pessoas, sem haver uma relação jurídica anterior.

Assim, refere-se a interesses coletivos e difusos quando uma pessoa jurídica que desenvolve a atividade de extração de petróleo, em um acidente na plataforma continental, derruba milhares de litros do combustível no mar, afetando a fauna e as populações ribeirinhas. Seria coletivo, o interesse da associação ou sindicato de pescadores da região, já que a atividade de pesca estaria inviabilizada na área por determinado tempo. Nesta situação de interesse coletivo há uma relação jurídica anterior que os une, isto é, todos pertencem ao mesmo sindicato ou associação. Há uma categoria afetada.

No entanto, o acidente não afetou apenas o interesse coletivo, mas também o interesse difuso, pois todos têm interesse na preservação do meio ambiente, inclusive as gerações futuras. Não há um direito propriamente dito, mas um

interesse que ultrapassa a noção de grupo ou categoria, afetando um número indeterminado de pessoas.

Parte da doutrina tem se inclinado a vincular os dados genéticos aos interesses difusos. Adriana Diaféria diz que “a informação genética alcançada através de uma determinada tecnologia é um bem de interesse difuso porque o interesse em ser beneficiado pelos resultados científicos e tecnológicos é pertencente a um número indeterminado de pessoas”. (DIAFÉRIA, 2000, p. 10) Acrescenta, ainda, a autora que há indivisibilidade do objeto, pois a informação genética não pode ser fracionada sem perdimento de sua utilidade e pela insuscetibilidade de se atribuir partes ou quotas a pessoas ou grupos, o que confirmaria sua natureza jurídica de interesse difuso. (DIAFÉRIA, 2000, p. 10-11)

### ***3.3.6 O interesse no Estado Democrático de Direito. Crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso. Interesse público versus interesse privado.***

As normas jurídicas são oriundas de variados interesses. No processo legislativo, interesses pessoais e de grupos influenciam na elaboração da norma. A democracia contemporânea é garantida pelo acesso de valores e interesses plúrimos. No entanto, é importante compreender que esses interesses não são elementos jurídicos, mas elementos fáticos, metajurídicos, referentes a um aspecto anímico ou político.

Pontes de Miranda já reconhecia que a norma era capaz de escolher interesses como suportes fáticos, sem atribuir-lhes subjetivação. Assim, ou os interesses estariam na hipótese de incidência normativa ou não passariam de elementos políticos, externos ao Direito.

Se a regra jurídica distribui os bens da vida, ou altera a distribuição, direitos e perda de direitos surgem. Se há interesses, subjacentes, não pertencem à dimensão jurídica, mas à dimensão política, salvo onde esse interesse é *signal*, de que a regra jurídica entendeu usar. [...] Note-se bem: estando-se na dimensão política, a ver-se o direito em sua gestação. (PONTES DE MIRANDA, 2000a, p. 267-268)

Dessa forma, pode-se dizer que o ordenamento contém instrumentos para salvaguarda de vários interesses, mas estes não se constituem como elementos legítimos na *aplicação* do Direito. A tensão entre validade e faticidade demonstra bem que o Direito requer, em sua incidência, a utilização de elementos normativos. Esses elementos, porém, são formados por discursos de justificação que não se afastam, e nem podem se afastar, da faticidade.

Interesses são valores, isto é, elementos sociais, econômicos, religiosos e políticos ligados à utilidade que desempenham na vida das pessoas. São fatos e não normas e, como tais, podem fazer parte do conteúdo da norma jurídica, mas não são elementos jurídicos que podem incidir no caso concreto.

Dizer que interesses públicos nada mais são que os “valores fundamentais” ou “primordiais” do ordenamento já demonstra muito bem sua localização no mundo da Moral. Para que um dado valor seja primordial, deve ele prevalecer “a priori” sobre demais valores. Assim, o ordenamento é tratado como um conjunto de valores hierarquizados de antemão e aplicados segundo uma prevalência subjetiva, já que o ordenamento não deixa expresso essa ordem de predominância axiológica.

Como se verá mais adiante, no Capítulo 5, a axiologia retira a normatividade do Direito por lidar com elementos instáveis, externos a ele. Reitere-se: tais valores, e, conseqüentemente, os interesses, são de extrema importância num discurso de *justificação*, mas são inaplicáveis como instrumentos jurídicos de solução de conflitos.

Dessa forma, é impossível conceber o interesse como situação jurídica. Trata-se de situação fática. A doutrina tem classificado erroneamente duas situações distintas como interesse:

1ª) Quando se afirma que há um “interesse à livre concorrência”, na verdade está-se afirmando que este é um valor apto à solução de conflitos, o que é impossível. O Direito se faz por normas, estas sim são aplicáveis e aptas a solucionar conflitos. Há um princípio jurídico da livre concorrência e não uma mera situação fática que possa conduzir a uma solução jurídica.

Pressupor um valor como meio de solução de conflitos é permitir que a subjetividade seja determinante, já que o “valor” vale em diferentes graus. Há uma gradação dependente de preferências, pois é inconcebível a existência de valores objetivos ou gerais em sociedades que primam pelo pluralismo e pelo direito das minorias.

De forma semelhante, a boa-fé, a transparência, a probidade administrativa, no ordenamento jurídico brasileiro, não são valores, nem meros interesses, pois ganharam projeção normativa e só poderão incidir como norma jurídica.

2ª) Quando se explica a situação da proteção do meio ambiente como interesse difuso desloca-se o foco do discurso para um valor extensível a toda a humanidade, inclusive gerações futuras. A falácia da generalização de valores cria uma falsa situação jurídica de interesse, o que, em verdade, corresponde a um

direito fundamental – um direito subjetivo fundamental ao meio ambiente. Há, pois, uma esfera de liberdade, consistente na pretensão de atuação sobre o comportamento que ameace ou lesione o meio ambiente, e garantida pelo ordenamento jurídico.

Não há “interesses juridicamente protegidos”<sup>31</sup> fora das situações jurídicas de direito subjetivo, dever jurídico, direito potestativo, sujeição, faculdade, ônus e poder. Tais situações de “liberdade e não liberdade”<sup>32</sup> expressam posições que os entes jurídicos podem ocupar no espaço normativo, refletindo, pois, interesses e valores que refogem do intérprete sob pena de arbitrariedade.

Importante, agora, retomar-se alguns pontos das declarações internacionais já expostas, mas que ainda ficaram sem solução. A *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos* localiza os dados genéticos como patrimônio da humanidade (art. 1º, UNESCO, 1997), o que pode ser interpretado por muitos como uma identificação aos interesses difusos.

Porém, como expõe José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, os

discursos construídos em torno dos interesses difusos devem ter sempre a referência a um princípio constitucional, como única possibilidade de se demonstrar a sua validade jurídica e assim se pleitear a tutela jurisdicional. [...] Pretender atribuir a pretensões político-ideológicas a força coercitiva do Direito é um forma de romper com o ideário democrático. Daí a necessidade de se vincular a coerção a uma norma válida, como forma de absorver o *fato* coerção. Os princípios constitucionais, particularmente os direitos fundamentais, constituem a base formal e material dos interesses difusos, ou a sua referência de validade. (1999, p. 276-277)

Essa ausência de validade no discurso que percorre os interesses difusos se faz pela vinculação dos mesmos a meros fatos, isto é, sua proteção jurídica

---

<sup>31</sup> Como em Jhering (1943, p. 220).

<sup>32</sup> Expressão utilizada por Lúcio Chamon Junior (2006, p. 114).

decorreria da relevância social. Assim, a coletividade elegeria eventos econômicos, políticos, culturais e sociais dignos de tutela, o que justificaria a coerção.

Assim, Baracho Júnior propugna que a validade dos interesses difusos no discurso jurídico estaria restrita à sua vinculação ao sistema normativo, em especial aos princípios constitucionais. Logo, no discurso de aplicação, a coerção só é garantida pela normatividade, que afasta, portanto, a idéia de eleição de valores sociais, políticos ou de qualquer outra ordem metajurídica pela coletividade (1999, p. 277-280).

Trazendo a argumentação para o caso dos dados genéticos, pode-se afirmar que, juridicamente, o que diferencia o direito fundamental ao meio ambiente de tantos outros é, tão-somente, a legitimidade extensível a um grande número de pessoas para requerer a proteção dos dados genéticos humanos. O interesse não é elemento jurídico capaz de auxiliar nessa distinção e, além do mais, sua aplicação é perigosa, pois pode conduzir o homem a um estado de autoritarismo justificado por um discurso pseudojurídico.

De forma semelhante, há sério risco em se interpretar o art. 9º da *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos* como hipótese de “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”<sup>33</sup>. Neste artigo há previsão para situações em que, “por razões imperiosas”, pode-se dispensar o consentimento do pesquisado ou a confidencialidade dos dados genéticos. É claro que, em princípio, pode-se aventar essa possibilidade, mas apenas como uma possibilidade a ser comprovada no caso concreto.

---

<sup>33</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma a “superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. (2005, p. 58)

Parafraseando Daniel Sarmiento, tais “razões imperiosas”, expostas na Declaração, perigam

tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momento como o que o mundo hoje vivencia desde o 11 de Setembro, em que a exacerbação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade. (SARMENTO, 2007, p. 27-28)<sup>34</sup>

As normas jurídicas que contêm interesses aparentemente públicos não podem negligenciar o sistema de direitos fundamentais. Da mesma forma, normas que contêm interesses aparentemente privados não podem descuidar do entorno social em que se faz contextualizado.

Os ideais do Estado Liberal e aqueles do Estado Social pressupunham uma imanente tensão entre interesse público e interesse privado. Naquele, os interesses individuais sobrepunham-se aos demais e, ao Estado, cabia a manutenção da ordem para que os interesses privados pudessem ser satisfeitos. Já no Estado Social, havia uma concepção equivocada de que as pessoas deviam servir à sociedade política, como instrumentos de interesses “maiores”.<sup>35</sup>

Embora discorra a partir de uma perspectiva que aceita o interesse como elemento do Direito, Daniel Sarmiento esclarece que há interdependência entre interesse público e interesse privado:

Portanto, o quadro que se delineaia diante dos olhos é muito mais o de convergência entre interesses públicos e particulares do que o de colisão. Tal situação, repita-se, não constitui a exceção, mas a regra. Na imensa

---

<sup>34</sup> No texto original, Daniel Sarmiento refere-se ao “interesse público” como aquele que periga ameaçar os direitos fundamentais (2007, p. 27).

<sup>35</sup> Daniel Sarmiento explica muito bem que, no Brasil, houve, desde a nossa formação, uma confusão entre o público e o privado. Da mesma forma, a concepção de Estado Liberal e de Estado Social não se fazem precisas: “Se nunca fomos um Estado Liberal, também jamais conseguimos ser um verdadeiro Estado Social, e, assim, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”. (SARMENTO, 2007, p. 44)

maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros. Até porque, o interesse público, na verdade, é composto pelos interesses particulares dos membros da sociedade, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos privados. (SARMENTO, 2007, p. 83-84)

Acertada é sua consideração se a levarmos para o campo da Moral e do discurso de justificação, pois a axiologia não pode conceber uma valorização “a priori” do interesse público sobre o interesse privado. No entanto, no discurso de aplicação tal consideração não se faz presente, já que o Direito se deterá em tensões normativas e não axiológicas.

Humberto Ávila afirma categoricamente “que o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’ não é rigorosamente um princípio jurídico ou norma-princípio”. (ÁVILA, 2007, p. 213)

Também não é instrumento jurídico o interesse, nem público, nem privado, ou sob qualquer outra qualificação que possa receber. Enfim, não há uma situação *jurídica* de interesse legítimo.

### **3.3.7 Poder**

O poder, *potestas* ou poder-dever é, segundo Carnelutti, a “potência de comandar para a tutela de um interesse alheio” (1942, p. 258). É uma situação especial que compreende vários deveres que devem ser exercidos em função de outrem, mas confere uma esfera de liberdade no desempenho desses deveres.

O exemplo mais corrente de poder é aquele conferido aos pais na tutela e formação dos filhos – o poder familiar. Asensio Sánchez, ao discorrer sobre ele,

coloca-o como função, o que bem caracteriza o aspecto dúplice dessa situação jurídica:

El carácter de función de la patria potestad supone una doble vertiente de deber/derecho, teniendo en cuenta que el derecho se concede, exclusivamente, para facilitar el cumplimiento del deber. El deber que impone la patria potestad a sus titulares consiste en su ejercicio "en beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad" (art. 154 CC [de España]), es decir, teniendo en cuenta el interés del menor. A su vez, la faceta de derecho, la menos importante por tener un carácter funcional subordinado al cumplimiento del deber, supone la facultad de los progenitores de ejercitar dicha potestad en relación con sus hijos (art. 154 CC [de España]). (ASENSIO SÁNCHEZ, 2006, p. 57-58)

O titular do poder não tem opção de exercê-lo, deve desempenhar a competência recebida. Isto já é suficiente para diferenciar o poder do direito, pois ao titular do direito subjetivo ou do direito potestativo cabe a opção de exercê-lo ou não.

Apesar de surgir como uma situação de proeminência ou vantagem sobre alguém ou sobre alguma coisa, seu exercício é obrigatório e não há uma obrigação correlata, nem uma pretensão em benefício do titular.

É interessante, ainda, a definição de Miguel Reale, para quem o poder é "expressão de uma competência ou atribuição conferidas a uma pessoa, pública ou privada, sem que exista propriamente uma pretensão ou obrigação correlatas, nem o exercício de uma faculdade, no sentido estrito". (2002, p. 263)

O poder jurisdicional também se encaixa nessa categoria, pois representa a competência atribuída pelo Direito aos magistrados, traduzindo-se em direitos e obrigações do seu titular, mas sempre exercidos em função de outrem.

Não se vislumbra os dados genéticos como situação de poder.

### **3.3.8 Ônus**

Ônus é a situação subjetiva em que determinado comportamento é devido para que se atinja interesse próprio, isto é, "uma obrigação que não é devida a alguém [...], mas é necessária para a validade do ato pretendido pelo sujeito". (REALE, 2002, p. 264)

Assim ocorre com o ônus da prova judicial: àquele que alega deve provar os fatos, sob pena de não serem eles considerados (art. 333, do Código de Processo Civil). Também é o caso da exigência de registro de documento particular, sem o qual não valerá o documento contra terceiros.

A grande dificuldade em definir o ônus decorre do uso corrente desse vocábulo como sinônimo de obrigação ou dever. Carnelutti preocupou-se em fazer essa distinção:

à obrigação correspondem as duas figuras de acto devido e acto ilícito, correspondendo ao ônus somente a figura de acto necessário, donde resulta que a melhor pedra de toque para a distinção entre ônus e obrigação, é ver se a violação do preceito é susceptível ou não de definir-se como acto ilícito. A distinção, essa absolutamente manifesta, entre acto devido e acto necessário, exprime-se, no campo da estática, assim: enquanto que a obrigação é subordinação de um interesse do obrigado ao interesse de outrem, o ônus é subordinação de um interesse do onerado a um (outro) interesse próprio. (1942, p. 275-276)

Assim, o inadimplemento do dever jurídico ou da obrigação é um ato ilícito, lesando outra pessoa. Já o descumprimento do ônus não é ilícito, pois é facultado ao agente escolher se o desempenhará ou não. No entanto, se não desempenhá-lo, não atingirá interesse próprio.

Os dados genéticos podem figurar como ônus, quando forem necessários à comprovação de fatos, autoria e parentesco em processos judiciais ou mesmo para

identificação em Medicina Legal. Aliás, esta previsão consta do art. 12<sup>36</sup> da *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*.

O requerimento de patente que tenha por objeto dados genéticos também pode ser visto como ônus, já que cria uma vantagem para aquele que patenteia – a exclusividade –, mas não é devida a ninguém.

Dessa forma, pode-se compreender que os dados genéticos nem sempre se portarão como direitos subjetivos, podendo assumir, na argumentação jurídica, outra forma. A partir dessa conclusão, pode-se dizer que os dados genéticos, quando classificados em outras situações jurídicas que não as de direito subjetivo, são direitos de personalidade? Ou, dito de outra forma: o fato dos dados genéticos enquadrarem-se em outras situações faz com que os direitos de personalidade também tenham múltiplos enquadramentos, conforme o Direito argumentativamente construído?

Adentra-se, no próximo capítulo, nessas questões, repensando a categoria dos direitos de personalidade.

---

<sup>36</sup> “Quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteômicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras ações legais, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas *in vivo* ou *post mortem* só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.” (UNESCO, 2003)

## **4 SITUAÇÕES JURÍDICAS DA PERSONALIDADE: OS DADOS GENÉTICOS ALÉM DA COMPREENSÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS DA PERSONALIDADE**

O momento de reflexão, pelo qual atravessa o Direito Civil, impõe a revisão de suas categorias gerais, construídas em um contexto de afirmação do individual. Toda a base de conceitos formulada na parte geral dos códigos civis deve ser repensada em termos hermenêuticos, em razão do distanciamento entre teoria e prática. Isto porque as categorias abstratas serviram, durante muito tempo, para enquadrar situações da vida às relações jurídicas antevistas por um legislador que, pretensamente, beirava a onisciência.

A construção de tais categorias, no modelo positivista, marcou-se pela necessidade de ordenar e unificar o Direito em bases científicas, garantindo, pois, a utópica segurança jurídica. Esta construção, no entanto, fez-se moralizante e axiológica, tanto por estabelecer relações de prioridade e hierarquia entre “direitos”, quanto por interpretar o Direito em termos de “regra-exceção”. Esta expressão rememora a intenção “totalizadora” do legislador das codificações: a lei traria soluções prontas para toda a realidade, inobservando os contextos e os contornos de um caso específico. Assim, todas as situações não previstas na “moldura” normativa seriam excepcionadas sem abalar a completude do direito comum.

Hoje, a falência do positivismo científico é sinalizada por uma série de incoerências sistêmicas, fazendo com que os juristas se desvinculem dos ideais que, outrora, geraram tais incoerências:

Afinal, na medida em que o ideal de norma perfeita somente pode ser vislumbrado mediatamente pela cisão complementar dos discursos de justificação dos de aplicação, não cabe mais interpretar os direitos

subjetivos como interesses ou introjetar uma carga utilitarista na interpretação do Direito que de JHERING a ALEXY se faz tão nítida. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 107).

Percebe-se que a fundamentação da pessoa sempre esteve conectada a uma visão naturalizante, isto é, que a condição de sujeito de direitos foi, em uma concepção jusracionalista, inerente ao ser humano. Desenvolveu-se a idéia do ser humano como pessoa “natural”, a que o ordenamento vem apenas reconhecer, e, mais adiante, passou-se à consideração de que entes coletivos também poderiam ser titulares de direitos.

O positivismo, tentando distanciar-se da visão jusnaturalista, concebeu categorias normativas generalizantes que compreenderam a personalidade como “atribuição ou investidura do direito” (AMARAL, 2003, p. 219). Ser pessoa significa ter aptidão para titularidade de direitos e deveres.

Em uma perspectiva objetiva<sup>37</sup>, a personalidade é um conjunto de aspectos referentes à pessoa considerada em si mesma, ou seja, é o próprio conteúdo da personalidade como qualificação.

Por outras palavras, existem direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo [...]. (DE CUPIS, 2004, p. 24)

Já foi refutada a posição de que os dados genéticos sejam interesses difusos, mas permaneceram algumas situações jurídicas nas quais os dados genéticos podem enquadrar-se, como os direitos subjetivos, a faculdade e o ônus.

---

<sup>37</sup> Reitera-se que a personalidade pode ser exposta por duas perspectivas distintas: a objetiva e a subjetiva. Por esta, a personalidade é o atributo jurídico que possibilita alguém ser sujeito de direito, isto é, participar de relações e situações jurídicas, adquirindo direitos e contraindo obrigações. É qualificação jurídica, suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Logo, não é direito, mas pré-condição dele.

É dominante a postura doutrinária que afirma terem os direitos de personalidade natureza jurídica de direito subjetivo. No entanto, os dados genéticos podem assumir diferentes posições na argumentação jurídica, podendo, inclusive, portar-se como direitos subjetivos.

A existência de direitos subjetivos, tradicionalmente, traz como pressuposto a existência da personalidade em sentido subjetivo, ou seja, só há direito subjetivo se houver pessoa.

Surge, pois, um aparente contra-senso em algumas situações, porque se sabe que o patrimônio genético de um ser ultrapassa sua existência jurídica e mesmo sua permanência física, se concebidas a partir da tradicional visão de que a personalidade começa do nascimento e termina com a morte da pessoa física.

Sem ainda entrar na discussão do momento em que se inicia a personalidade, sabe-se que a fusão nuclear dos gametas origina patrimônio genético único, distinto de seus genitores. Este patrimônio genético, antes mesmo do nascimento, pode ser considerado um direito subjetivo de personalidade?

Partindo-se dos pressupostos trazidos pela teoria natalista, majoritária no Brasil, não há como se outorgar direito subjetivo a um ente que ainda não é pessoa. Por ela, o início da personalidade jurídica do ser humano se faz com o nascimento com vida. O fundamento estaria no art. 2º do Código Civil. Assim, o nascituro não seria considerado pessoa, pois ainda não nasceu. Se ocorrer aborto ou nascer morto, não haveria perda de direitos, pois estes ainda não existiriam.

De forma semelhante, pode-se relatar que os dados genéticos, como entidade imaterial, permanecem mesmo após a cessação da personalidade, isto é, ainda após a morte da pessoa física, que põe fim à personalidade (art. 6º do Código Civil), merecem os dados genéticos proteção. Porém qual o fundamento desta proteção?

Garantir um direito subjetivo? Se há este direito subjetivo, quem seria seu titular? Haveria apenas “reflexos *post mortem*” do direito de personalidade aos dados genéticos?

Seria esta apenas mais uma prova de que os dados genéticos não serão sempre categorizados como direito subjetivo? Ou se pode ampliar as conclusões, afirmando que nem mesmo os direitos de personalidade serão sempre direitos subjetivos? Ou, ainda: será que o tradicional pressuposto de que os dados genéticos são direitos de personalidade está equivocado?

#### **4.1 Ontologização da personalidade e dos direitos de personalidade**

A questão da personalidade jurídica já era trabalhada, ainda que não de forma direcionada, na Antigüidade. Ali, ser pessoa era condição restrita a certa classe; a idéia de igualdade se fazia dentro dos estamentos sociais.

As delimitações de personalidade e capacidade foram historicamente determinadas pelo direito de propriedade. Atribuiu-se capacidade àquele que possuía terras, para que praticasse atos a elas concernentes. Com o poder de disposição do bem, acentuou-se o caráter de exclusividade para o titular, que adquiriu meios de o defender processualmente.

Essa capacidade, material e processual, foi, no Direito Romano arcaico, atribuída ao *pater familias* em razão de sua condição de único proprietário de todos os bens da família. Não se conhecia outro proprietário que não o *pater familias*. Apenas ele era capaz de assumir direitos e obrigações. Com o tempo, o *ius*

*honorarium* permitiu que, eventualmente, alguém agisse como seu preposto, como se fosse sua extensão.

Foram, no entanto, concessões de Augusto (31 a.C.-14 d.C.) a militares que ampliaram a capacidade ao *filiusfamilias*:

Fazem parte desse pecúlio [pecúlio castrense] todos os bens que o filho-família adquire pelo motivo do serviço militar, tais como seu soldo, a parte que lhe é atribuída da distribuição do butim e as distribuições de terras, as liberalidades que lhe são feitas por terceiros, em razão da sua qualidade de soldado. Tem sobre esses bens os direitos de um proprietário; pode aliená-los a título oneroso ou a título gratuito. Pode até chegar a ser, por essa causa, credor ou devedor do pai de família sob a potestade do qual se encontra; e tem o direito de executar por si mesmo as ações que lhe correspondam por ocasião desse pecúlio. Por último, é-lhe especialmente concedida a faculdade de dispor dele por testamento. Em uma palavra: é tratado, quanto ao pecúlio *castrense*, como um verdadeiro chefe de família. (PETIT, 2003. p. 406)

Com Constantino (306-337), essa capacidade dada ao *filiusfamilias* em razão do serviço militar é estendida aos que exercem funções no palácio do imperador (*palatini*), a título de *peculium quasi castrense*. “O mesmo favor estendeu-se mais tarde aos ganhos feitos pelos filhos de família nas profissões liberais, como a de advogado e, por último, aos emolumentos anexos a todas as funções públicas”. (PETIT, 2003, p. 406)

Da mesma forma que os filhos e a *mater* no antigo Direito Romano, na Idade Média, servos e escravos não possuíam capacidade.

De tal modo a capacidade negocial estava dependente da personalidade jurídica e esta da propriedade (*maxime* da terra), que quando foi necessário reconhecer autonomia negocial ao escravo (no caso do pecúlio mercantil) ou ao “filiu familiae” (no caso do pecúlio castrense ou militar), ficcionou-se que os actos destes eram praticados por extensão e intermédio do proprietário – cidadão, “pater familias” – que, de facto e na prática, nada tinha a ver com tais actos, nem sequer se repercutindo os efeitos jurídico-patrimoniais daqueles no seu património, mas tão-somente no próprio pecúlio. (PRATA, 1982, p. 8)

Com a formação do capitalismo, o trabalhador, desligado dos meios de produção, adquiriu liberdade formal em razão de sua força de trabalho. A burguesia emergente clamava pelo fim da escravidão como meio de valorar pecuniariamente a força de trabalho.

A implantação do modo de produção capitalista acarretou assim a necessidade de universalização destes conceitos: todos passam necessariamente a ser proprietários, ou de bens que lhe permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam. Por isso todos passam a ser sujeitos jurídicos, todos passam a ter capacidade negocial. (PRATA, 1982, p. 8)

A todo homem foi reconhecida a condição de sujeito de direitos, originariamente por vincular-se à capacidade de exercício do direito de propriedade. Houve a universalização da capacidade de alienar. Para alguns essa capacidade restringia-se à única propriedade que estava sob seu poder – a própria força de trabalho. Por ser essencial na participação de relações jurídicas patrimoniais, generalizou-se a atribuição de capacidade e, conseqüentemente, generalizou-se seu pré-requisito – a personalidade jurídica.

O abstracionismo pandectista culminou na elaboração da teoria clássica da relação jurídica, explicada pela existência de dois sujeitos contrapostos, dotados de personalidade. Daí poder-se afirmar que, necessariamente, a regra construiu-se na consideração de duas pessoas físicas, não abarcando situações “excepcionais”, tais como a do nascituro e a dos entes despersonalizados.

Sendo a personalidade e a capacidade criações da necessidade patrimonial burguesa, despiciendo seria pensar em situações que envolvessem o nascituro, até porque este ser não contribuiria para o desenvolvimento econômico. Mais uma vez, ressalte-se que todas as questões atinentes à personalidade e, portanto, envolvendo sujeitos de direito, eram travadas no campo patrimonial.

É interessante perceber como as reivindicações burguesas desaguaram na exigência de racionalização, justificada pelo jusnaturalismo. Assim, só o direito natural poderia justificar direitos patrimoniais anteriores ao próprio Estado, devendo este apenas reconhecer-lhes validade, por intermédio da codificação. A personalidade foi inserida nos códigos civis como exigência do direito natural: todos os homens são essencialmente livres, cabendo-lhes, pois, personalidade.

Todavia, a generalização codificadora acabou por produzir a contestação do próprio direito natural. O código era fonte perfeita do Direito, sendo desnecessária, pois, qualquer interpretação. A verdade científica fora pretensamente incorporada ao cotidiano jurídico. O Direito aproximara-se das ciências naturais e seu método deveria ser descrito em fórmulas simples, garantidoras de segurança jurídica. As categorias positivas conteriam definições reais, ou seja, a realidade seria traduzida por conceitos fechados, capazes de atingir a própria essência do objeto descrito.

Marcelo Campos Galuppo indica a auto-existência do objeto do Direito como uma das características do Positivismo Jurídico:

[...] a ficção, pelo menos no ato de conhecimento, de que o objeto do conhecimento jurídico, a saber, a lei, é um objeto auto-existente, não criado pelo homem, que por isto mesmo pode ser conhecido, controlado e dominado pelo cientista, da mesma forma que o faz o físico ou o biólogo em relação à natureza. (2005, p. 198)

Ronald Dworkin (1999, p. 5-15) já alertara sobre essa tendência a se reduzir o Direito a meras questões de fato. Afirmam alguns que as proposições jurídicas<sup>38</sup> podem ser verificadas verdadeiras ou falsas, isto é, podem ser conhecidas de forma

---

<sup>38</sup> Entendidas no sentido de Dworkin, proposições jurídicas são “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza.” (1999, p. 6)

inquestionável, como simples questão de fato. Daí a idéia de que o juiz não cria o Direito, mas tão-somente o aplica.

Percebe-se que os fundamentos da crise do positivismo jurídico são os mesmos que acabaram por obscurecer o jusnaturalismo: a ontologização do Direito.

O jusnaturalismo encontrava respostas prontas em um Direito antevisto pela natureza, por Deus ou pela racionalidade intrínseca ao homem. O juspositivismo construiu respostas em um regime de cientificização do Direito. Uma gama de conceitos e categorias permitiria a criação de uma metodologia de aplicação jurídica que traria a previsibilidade necessária.

A elaboração de normas estanques, que dispensassem a própria interpretação (*Interpretatio cessat in claris*), criou um rol de situações reguladas, porém estabeleceu, para além de sua influência, uma zona periférica, que conteria situações não reguladas. O sistema positivo fechado gerou ampla esfera de exclusões, o que, conseqüentemente, produziu mais insegurança.

Situações-problema nessa zona periférica seriam solucionadas por métodos de integração de normas. Para evitar tais métodos, o legislador deveria prever cada vez mais situações, desaguando, no que foi denominado por Giordano Bruno Soares Roberto (2003, p. 92-95), de “explosão legislativa”.

Incidu-se, assim, em círculo vicioso. Para trazer segurança jurídica o legislador deveria antever as situações da vida em regras específicas e conceitos fechados. Todavia, quanto mais específicas as previsões, mais situações ficavam à margem de sua incidência e outras normas deveriam ser elaboradas para suprir a deficiência do sistema.

Tudo isso é produto dessa noção de que se pode definir a realidade; colocar balizas abstratas que alcancem a essência do ser. É claro, porém, que “definir um

conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais.” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 36)

A noção naturalizante da personalidade perpassou do fundamento jusnaturalista ao juspositivista, chegando ao nosso tempo com força respeitável. O Estado Democrático de Direito reconhece que o ordenamento jurídico só ganha sentido num contexto lingüístico; descrições adquirem sentido tão-somente na argumentação. Afirmar que a personalidade é inerente, natural ou consentânea à própria realidade humana reduzem o Direito à esfera moral.

[...] a epistemologia jurídica inerente ao Pós-Positivismo recusa o conceito de verdade como conceito central do conhecimento jurídico. Devemos nos lembrar das diferenças radicais entre a natureza e seu conhecimento, de um lado, e o direito e o agir que lhe é inerente, de outro. Revisitando a obra de Karl Popper, Habermas lembra que o critério de verdade é inerente àquilo que ele chama de *mundo objetivo*, que é o mundo da ciência e da natureza, e que o direito não integra o mundo objetivo, mas o *mundo intersubjetivo*, que não utiliza o critério de *verdade*, mas de *correção normativa*. [...] o acesso à realidade objetiva é um acesso mediado pela linguagem e, assim, mediado por proposições lingüísticas. Enquanto “aceitabilidade racional”, o que o termo *verdade* pode predicar são as *proposições*, e não a própria realidade. (GALUPPO, 2005, p. 203)

A interpretação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos permitiu a fundamentação destes na autonomia moral do ser humano, o que acaba por levar o problema a “uma herança metafísica do direito natural, ou seja, a partir da subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral”. (HABERMAS, 1999, p. 115)

Dessa forma, os conceitos de direito subjetivo, personalidade e direitos de personalidade foram elaborados a partir do cientificismo cartesiano de observação

da “realidade”. A ontologia dos institutos traduziria um conteúdo mínimo e *a priori*, pressuposto em toda e qualquer interpretação.

## **4.2 Do nascimento das situações jurídicas dos dados genéticos: a questão do embrião e do nascituro**

### **4.2.1 Teorias acerca da personalidade do nascituro**

Não houve, na ideologia das codificações oitocentistas, utilidade patrimonial em se outorgar personalidade ao nascituro. Assim, o assunto foi negligenciado e mesmo tratado com visíveis incoerências, já que se falava em preservação de *direitos* de um nascituro que ainda não é pessoa.

Com o avanço das técnicas de diagnóstico de gravidez e acompanhamento pré-natal, a condição do nascituro elevou-se em importância. O surgimento de técnicas de reprodução humana assistida conduziram a concepção humana ao mercado patrimonial, dando lugar a discussões éticas e jurídicas que redundaram na revisão da posição deste ente no ordenamento jurídico.

Jussara Maria Leal de Meirelles, na obra resultante de sua tese, “A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica”, retrata a “insuficiência da moldura jurídica tradicional” (2000, p. 37-90) na abordagem de entes comumente classificados como despersonalizados, como o nascituro e os embriões excedentes das técnicas de reprodução *in vitro*.

É esclarecedor um dos títulos de sua obra ao tratar da proteção jurídica do embrião: “A Pessoa como Valor Pré-normativo” (MEIRELLES, 2000, p. 84-90). O vocábulo “pessoa” – além de seu significado jurídico e, portanto, imperativo – assume acepções diferentes na Psicologia e na Moral. No momento “pré-normativo” os valores da pessoa, enquanto ser humano, em formação ou já formado, merece consideração em razão de sua existência individual e dignidade (MEIRELLES, 2000, p. 85).

Assim, no discurso de justificação, há argumentos axiológicos que devem ser levados em conta, sem que haja, todavia, a necessidade de atribuir personalidade ao embrião.

[...] é possível afirmar inadequar-se ao embrião humano *in vitro* a categorização de pessoa natural. Também não é nascituro. E nem caracteriza-se como prole eventual. [...] Para proteger o embrião mantido em laboratório não há necessidade de se lhe outorgar personalidade jurídica. Não é preciso caracterizá-lo como sujeito de direito, titular de direito subjetivo. (MEIRELLES, 2000, p. 84-85)

Aliás, como já havia exposto Andreas von Tuhr, a proteção jurídica dos bens jurídicos não advém, necessariamente, do fato de classificá-lo como direito subjetivo (VON TUHR, 1946, p. 187-189).

De toda forma, as codificações entenderam ser necessária a determinação das condições pelas quais alguém é considerado pessoa, juridicamente.

No Direito brasileiro não se exigiu a condição da viabilidade, como o fez o Código Civil francês<sup>39</sup>, nem a forma humana<sup>40</sup>, como o fazia o Direito Romano. A

---

<sup>39</sup> A viabilidade é assegurada pela sobrevivência por, pelo menos, 24 horas.

<sup>40</sup> No Digesto (1, 5, 14), expõe-se que: “Não são filhos quem contra a forma do gênero humano são procriados por um costume diverso: como, por exemplo, se a mulher der à luz algo prodigioso ou monstruoso. O parto, no entanto, que aumentou as funções dos membros humanos, até certo ponto parece terminado e por isso é enumerado entre os filhos”. No original consta: “Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid aut

controvérsia ficou por conta da determinação do termo que daria início à personalidade.

Jussara Meirelles divide em três grandes grupos as teorias jurídicas que explicam o início da personalidade jurídica, o que corresponde ao enfrentamento da situação do nascituro no ordenamento jurídico: a) doutrina natalista; b) doutrina da personalidade condicional; c) doutrina concepcionista (2000, p. 52-53)<sup>41</sup>.

Os natalistas (a) fazem surgir a personalidade do nascimento com vida. Logo, nascituro não é pessoa, ainda que receba alguma proteção legal. Fundamentam, inclusive, que sua realidade biológica é distinta dos seres nascidos.

Justificam seus defensores que dar-se-á proteção ao nascituro, sem, no entanto, outorgar-lhe personalidade. Os fundamentos da proteção seriam que o nascituro não teria personalidade, mas tão-somente expectativa de direito; e que sua tutela se faz em virtude de interesse público na proteção da vida.

[...] a personalidade, portanto, é subordinada à condição suspensiva “nascer com vida”. A aquisição de direitos surgidos desde a concepção subordina-se ao evento futuro e incerto do nascimento, de tal forma que se ocorrer, efetivamente dar-se-á a aquisição; de outra sorte, se houver aborto ou se natimorto for considerado o nascido, não haverá perda ou transmissão de direitos. (MEIRELLES, 2000, p. 52)

Passa-se à análise dos argumentos natalistas. Dizer que a realidade biológica do nascituro é diferente das outras criaturas, em razão de seus dados genéticos únicos é subordinar o Direito à Genética. Este argumento não passa de uma ontologização, uma vez que trazem os natalistas uma essência única para o ser

---

prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur affectus et ideo inter liberos connumerabitur”.

<sup>41</sup> Optou-se pela divisão proposta pela Profa. Jussara Meirelles por se entender que as demais concepções voltam-se para a justificação do início da pessoa fora do Direito. São, portanto, em sua maioria, teorias médicas que não trazem repercussão na aplicação do Direito.

humano, diferenciando-o daquele em formação. Ora, a personalidade não se define em si mesma, mas é uma construção histórico-argumentativa.

Quanto ao argumento da expectativa de direito, pode-se criticá-lo com amparo em Francisco Amaral:

Ora, expectativa de direito é direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação. Nesse sentido, o disposto no par. 2º do art. 6º da LICC. Falar-se em condição ou em expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade. [...] só pode ser titular de direitos quem tiver personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide. (AMARAL, 2003, p. 223)

Por fim, a noção de interesse público, já criticada em tópico anterior, na proteção da vida do nascituro, nada mais é que um lugar-comum para se tentar justificar um paternalismo, típico do Estado Social, e uma posição funcionalista sem qualquer fundamentação. O caráter normativo do Direito esvazia-se na busca comunitarista de valores universalizantes. A consideração de valores homogêneos desprivilegia o pluralismo jurídico caracterizador do próprio Estado Democrático de Direito.

Segundo Lúcio Chamon Junior:

Se argumentativamente podemos perceber que haveria uma violação a estes “direitos”, a justificativa para tal, a razão a ser apresentada, seria a existência de um “dano”, ou “ameaça de dano”, disseminada, difusa, difundida e incapaz de ser determinada pontualmente. Pois bem. Este argumento de um “dano” ou *possibilidade de lesão a direitos de várias pessoas* [...] trata-se de uma razão *política*, que serve, e de maneira fenomenal, para justificar decisões *políticas*, mas não decisões jurídicas. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 310-311)

A doutrina da personalidade condicional (b) defende o início da personalidade a partir da concepção, porém condicionada ao nascimento com vida.

Clóvis Beviláqua era claro em apoiar-se sobre a teoria de Windscheid da retroação do início da personalidade à concepção, desde que se nasça com vida.

Em face destes e de outros textos, conclui WINDSCHEID que a doutrina romana é a seguinte: o feto no útero materno ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito, a sua existência se computa desde a época da concepção. Ora, se a existência se calcula desde a concepção, para atribuir-se, desde então, direito ao homem, é irrecusável que, a começar desse momento, ele é sujeito de relações jurídicas. (BEVILÁQUA, 2001, p. 123)

Esta foi a proposta de Beviláqua no Anteprojeto de Código Civil, apresentado em 1899, mas modificado no Congresso Nacional.

Os fundamentos de Beviláqua merecem exame. Argumenta ele que: “a) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo direito. A provocação do aborto é punida. [...] Por que não faria o mesmo o direito civil?” (2001, p. 120-121) b) É prevista a hipótese de nomeação de representante ao nascituro – o curador especial; c) O Direito reconhece a possibilidade de se reconhecer filhos ainda por nascer; d) No Direito Romano, “a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus cômodos” (2001, p. 121).

Neste caso, alega-se, simplesmente, uma expectativa de personalidade. Mas, de duas uma: ou a personalidade já existe e não se trata de expectativa, ou é apenas possível, e, aos direitos reservados para o nascituro, falta um sujeito. Alguns civilistas não recuaram diante desta conclusão, e, não querendo atribuir personalidade ao ser humano ainda na fase intra-uterina da existência, admitiram a possibilidade de direitos sem sujeito. Querendo ser lógicos, romperam com a lógica elementar do direito, a que no-lo apresenta como uma relação entre um sujeito e um objeto, sob a proteção da ordem jurídica. (BEVILÁQUA, 2001, p. 121-122)

Serpa Lopes afirma que a personalidade do nascituro é dependente do implemento de condição. (LOPES, 1988, p. 253-254) Mas como trabalhar a condição frente ao nascituro?

Há que se diferenciar duas situações diferentes: o nascituro pode adquirir direitos e o nascimento apenas confirma essa aquisição ou o nascituro ainda não adquire direitos, mas o nascimento implementa a aquisição.

No primeiro caso, o não nascimento com vida é evento futuro e incerto que faz cessar o direito. Assim, haveria condição resolutiva, pois o nascituro possui direitos desde a concepção, se nascer com vida, estes serão confirmados, se não nascer com vida, estes cessarão.

Já no segundo caso, o nascimento é evento futuro e incerto que determina o início da eficácia da situação jurídica. Haveria condição suspensiva e, como tal, “enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”. (art. 125, BRASIL, 2002) Logo, o nascituro não adquire direitos enquanto não nascer.

Na verdade, consoante o sistema adotado pelo nosso Código Civil, como pelos demais códigos que seguem a rota do Direito romano, a aquisição de todos os direitos surgidos *medio tempore* da concepção subordina-se à condição de que o feto venha a ter existência: se tal acontece, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por se tratar de um natimorto, não há uma perda ou uma transmissão de direitos, como devera de suceder se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. [...] enquanto no Direito argentino a situação do nascituro está condicionada a uma situação *resolutória*, a do nosso Direito e de todos os demais países está subordinada a um evento suspensivo. (LOPES, 1989, p. 254-255)

Serpa Lopes escreveu o trecho acima referindo-se ao Código Civil de 1916, todavia, como o atual Código não modificou o *status* jurídico do nascituro, suas ponderações continuam aplicáveis.

Essa consideração de personalidade condicional não é necessária à argumentação que considere a coerência do sistema de direitos fundamentais. A aproximação entre teoria e prática exige que a continuação da validade conceitual de personalidade jurídica como titular de situações jurídicas se faça por atribuição

normativa, isto é, se houver previsão de situações jurídicas ao nascituro, será ele pessoa.

Dizer que há um direito sob condição resolutiva não soluciona os problemas práticos da controvérsia, pois o não nascimento com vida põe fim à eficácia do ato jurídico, mas não apaga totalmente seus efeitos anteriores. Assim, o nascituro pode adquirir direitos no ventre materno, mas sua morte no útero é incapaz de retornar ao *status quo ante*, como gostariam alguns. Haverá permanência de efeitos das situações jurídicas, por exemplo, constituídas por curador concedido ao nascituro, pois os atos praticados na proteção deste não perderão eficácia, até porque se podem ter consumado. Da mesma forma, a pensão alimentícia paga pelo pai ao nascituro não será devolvida. Houve efeitos jurídicos que não serão apagados em virtude do não nascimento com vida.

Também não é possível dizer que há condição suspensiva, pois se o direito não existe antes do implemento da condição, o nascimento não o fará retroagir; conseqüentemente, a aquisição de direitos se dá apenas com o nascimento e a nomenclatura “personalidade condicional” não é dotada de significação.

O Código Civil é mesmo contraditório a respeito, pois ao mesmo tempo que estabelece que o direito sob condição suspensiva ainda não foi adquirido (art. 125, BRASIL, 2002), também preceitua que “ao titular de direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar atos destinados a **conservá-lo**”. (art. 130, BRASIL, 2002, grifo nosso)

Como conservar o que não existe, já que ainda não foi adquirido? Além disso, cabe aqui as considerações de Francisco Amaral sobre a pretensa expectativa de direitos do nascituro: direitos condicionais são direitos em formação, o que também

implica em personalidade pura e simples e não em “personalidade condicional”.  
(AMARAL, 2003, p. 223)

Finalmente, pela doutrina concepcionista (c), a personalidade se inicia desde a concepção. A união dos gametas e a conseqüente formação do zigoto determinam a formação da pessoa. Logo, o nascituro já é pessoa, pois gerado, embora não nascido.

#### **4.2.2 Nascituro: a pessoa como centro de imputação normativa<sup>42</sup>**

Já se viu que a concepção tradicional de relação jurídica está intimamente ligada à de direito subjetivo, por ser este um aspecto daquela. E os sujeitos da relação jurídica são aqueles entes dotados de personalidade jurídica, que estabelecem entre si um vínculo reconhecido pelo ordenamento como vicissitude ou efeito jurídico. Dessa forma, para corrente personalista ou intersubjetiva, os sujeitos são os entes a que o ordenamento outorga direitos e deveres, sendo denominado sujeito ativo aquele que detém o poder de exigir determinado comportamento e sujeito passivo aquele que possui o dever de observá-lo.

Viu-se, no entanto, que não há vinculação necessária entre direito e dever. O fenômeno jurídico não se limita ao modelo de relação jurídica, nem há necessidade de dois sujeitos, mas de centros de imputação normativa.

---

<sup>42</sup> A base da fundamentação desenvolvida neste item encontra-se em artigo já publicado com a Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da personalidade jurídica do nascituro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** (PUC Minas), Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 23-32, 1º sem. 2006.

A determinação de que somente pessoas nascidas podem integrar relações jurídicas, ou mesmo situações jurídicas, é excludente e incompatível com a feição constitucional do Estado Democrático de Direito.

Em relação ao nascituro, percebe-se que a norma jurídica, por várias vezes, imputa-lhe situações jurídicas, permitindo que receba doação; seja legatário; seja representado por um curador ao ventre, em caso de conflito de interesses com a mãe ou mesmo em caso de incapacidade desta; possua capacidade de ser parte em ação judicial – sendo autor em ação de alimentos e ação de investigação e reconhecimento de paternidade, e réu em ação anulatória de testamento ou de contrato de doação que o contemple. Não há, também, como negar que a personalidade é construída na argumentação que contribui para o princípio democrático. A regra que determina o início da personalidade é apenas em princípio aplicável.

Superando a tradição, pode-se enxergar que a personalidade, vista como um centro de imputação de liberdades e não-liberdades, não se restringe a direitos e deveres correlatos, abrangendo até mesmo situações já mencionadas como o ônus e a sujeição. Pense-se em uma situação hipotética em que o nascituro, devidamente representado, proponha ação judicial de reconhecimento de paternidade. No caso, haverá um direito subjetivo de ação, mas não necessariamente um direito subjetivo material, que deverá ser comprovado quando o nascituro desincumbir-se do ônus da prova.

O reconhecimento da paternidade será um direito subjetivo ao conhecimento da ascendência genética, isto é, será direito subjetivo aos dados genéticos.

Ou, em caso de transmissão de herança, o princípio da *saisine* atribui aos herdeiros, de pleno direito, todos os direitos sucessórios no momento da morte,

independentemente da vontade ou mesmo do conhecimento dos herdeiros. Logo, o nascituro adquire a herança, ficando pendente apenas o ônus do registro a partir do nascimento. Nem se argumente que, nesse caso, trata-se de expectativa de direito porque, para sua existência, imprescindível o sujeito. O nascituro, portanto, é centro de imputação, e as situações jurídicas das quais participa, seja como direito, dever, ônus, sujeição e faculdade, dependerão do caso concreto.

O distanciamento entre teoria e prática torna-se claro quando se constata as razões inseridas em alguns acórdãos. No Rio Grande do Sul, magistrados vêm decidindo por deferir aos genitores o seguro obrigatório (DPVAT) por acidente automobilístico que produz a morte de nascituro, ao fundamento, dentre outras razões, de que

não tem o nascituro somente expectativas de direitos, sendo, no tocante aos mesmos [direitos de personalidade], de forma efetiva, sujeito de direito. Todos os fatos relacionados à sua vida (direito de personalidade), desde o momento da concepção, geram conseqüências jurídicas. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ap. n. 70010345999, Relator Dr. Ney Wiedemann Neto, 2005).

Outro acórdão enfrenta questão relativa a registro de natimorto. A discussão se verificou em razão de aborto espontâneo, ocorrido na 14<sup>a</sup> semana de gravidez. O Tribunal rechaçou a alegação do Ministério Público e do Magistrado singular que se ampararam em um critério médico ao afirmarem que natimorto é o nascituro que vem a morrer após a 22<sup>a</sup> semana de gestação. Em razão disso, deu-se provimento ao apelo dos pais para que lhes fosse confeccionada certidão de natimorto, conforme art. 33, V e art. 53, § 1<sup>o</sup> da Lei n. 6.015/73.

O fato de a idade gestacional ser de 14 semanas (fls. 08 e 41) quando da sua interrupção não pode conduzir ao juízo de que não se trata de um nascituro com personalidade jurídica, porque a medicina, conforme exposto pelo Ministério Público e pelo Magistrado singular, caracteriza como natimorto somente após a 22<sup>a</sup> semana de gestação.

[...] A verdade é que o conceito de natimorto colhido da medicina – a partir da 22ª semana de gestação – não pode afastar a pretensão em exame, se a nova legislação civil confere personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ap. n. 70013955192, Relator Dr. José S. Trindade, 2006)

Embora os acórdãos trabalhados refiram-se expressamente à teoria concepcionista em suas fundamentações, ela não é necessária no discurso de aplicação da norma. Ora, sendo o nascituro um centro de imputação, despicienda a filiação a alguma teoria para atribuir-lhe personalidade. Esta se faz diante de situações jurídicas a ele previstas normativamente.

Outra seria a situação do anencéfalo. Este poderia ser tão-somente referencial de uma situação jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém. Dessa forma, em princípio, não faz sentido se avaliar sua personalidade, pois, neste caso, não há qualquer possibilidade de exercício de uma autonomia privada futura. Se o Direito imputa situações jurídicas ao nascituro, o faz, jurídica e principiologicamente, em razão do exercício futuro da autonomia de uma pessoa física. Portanto, se alguém lesiona pretensos “direitos de personalidade” do anencéfalo, não ofende direitos deste – até porque esses não existem –, mas viola deveres.

Refutam-se, ainda, possíveis críticas que possam advir de autores que afirmam ser o nascituro detentor apenas de capacidade processual. Ora, se há direitos reclamáveis a via própria é a jurisdicional. Assim, a *legitimatio ad processum* só se faz presente na análise do caso concreto, não se sustentando sua distinção em relação à *legitimatio ad causam*. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 186) A *legitimatio ad processum* implica, no mínimo, na possibilidade de ter direitos. Se não há essa possibilidade fática, não haverá tal legitimação. E sabe-se que apenas à pessoa se pode atribuir direitos. Logo, se há a possibilidade judiciária de se discutir situações

jurídicas, ao nascituro não cabe apenas capacidade processual, mas personalidade civil.

Lúcio Chamon Junior referindo-se às idéias de Lamartine Corrêa afirma que “não tem sentido em se falar em uma ‘personalidade de Direito Processual’ que não corresponda à de ‘Direito Material’, pois se se pode ser parte também se pode ser titular de direitos e deveres.” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 137)

Explica-se, assim, a defesa dos dados genéticos do nascituro. Não porque haja um interesse público ou difuso a ser protegido; nem porque haja expectativa de direito; e também por não se justificar a atribuição aos genitores das situações jurídicas referentes aos dados genéticos do nascituro. Na argumentação desenvolvida diante do fato concreto, pode ele obter personalidade. Em razão do ordenamento prever, por várias vezes, situações em que o nascituro é titular, afirma-se que, em princípio ele é pessoa, com dados genéticos próprios e titularidade para defesa. O nascimento com vida é apenas condição para o exercício de direitos patrimoniais.

Quanto ao embrião *in vitro*, a discussão também deve voltar-se para a imputação de situações subjetivas. Abstratamente, não há, no ordenamento brasileiro, esferas de liberdades e não-liberdades concedidas a ele. Sua proteção jurídica não se faz pela atribuição de personalidade.

Além disso, não há condições para o desenvolvimento do embrião enquanto fora do útero materno. Dessa forma, em princípio, não é ele pessoa e seus dados genéticos, como meras informações de um “vir a ser”, não lhe atribuem titularidade. Todavia essa afirmação só se legitima diante da realidade argumentativa travada pelas partes. Afirmar que, “em princípio, o embrião crioconservado não é pessoa” não implica em peremptória determinação *a priori*. Logo, na argumentação pode

mesmo construir-se a personalidade do embrião. Não havendo argumentos suficientes para tal, o embrião *in vitro* será um referencial normativo de uma situação de dever jurídico. Neste caso, não é ele pessoa, não é titular de situações jurídicas, mas pode ser referência para a situação de dever que o protege, inclusive a seus dados genéticos.

#### **4.3 Sobrevida dos direitos de personalidade? Da (in)transmissibilidade dos dados genéticos do morto**

Se apenas a pessoa pode ser titular de direitos que guarnecem seus próprios atributos físicos e psíquicos, como explicar a situação normativa que supostamente protege dados genéticos do morto?

A personalidade jurídica, de acordo com o art. 6º do Código Civil brasileiro, termina com a morte. Logo, com ela extinguem-se todas as situações jurídicas a ele imputadas, inclusive os direitos de personalidade. Além do mais, diz-se, comumente, que os direitos de personalidade não admitem transferência, só podendo ser exercidos por seu titular.

Por várias vezes, todavia, o ordenamento protege o que aparenta ser uma “continuidade da personalidade do morto”. Assim, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil brasileiro prescreve:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002)

Ainda quanto à honra e imagem do morto, especificamente, o parágrafo único do art. 20 expressa:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (BRASIL, 2002)

Detecta-se, aparentemente, um conflito entre o tradicional conceito doutrinário de personalidade e a localização dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico. Como explicar direitos de personalidade de quem não é mais pessoa?

A doutrina clássica, superada uma primeira controvérsia, estabeleceu que os direitos de personalidade seriam direitos subjetivos, isto é, comporiam relações jurídicas intersubjetivas, na posição de sujeito ativo, o detentor do direito, e sujeitos passivos determinados ou não, com o dever de se absterem de quaisquer atos lesivos à dignidade da pessoa.

Mas, e o morto, como atribuir a ele direitos subjetivos? Haveria reflexos de direitos a justificar uma tutela jurídica, uma vez lesados os dados genéticos da pessoa que ele foi?

Como já se disse, pela teoria clássica tudo pode ser explicado em termos de relação jurídica, ou seja, dois sujeitos, dotados de personalidade, se relacionando em pólos distintos. Afirmam, ainda, que os direitos de personalidade são intransmissíveis e se esvaem com a morte.

No entanto, os adeptos dessa mesma teoria buscam explicar a situação do morto por meio de alguns fundamentos que podem ser reunidos em quatro categorias: a) Não haveria um direito de personalidade do morto, mas um direito da família, atingida pela ofensa à memória de seu falecido membro; b) Outros afirmam que há tão-somente reflexos *post mortem* dos direitos de personalidade, embora personalidade não exista de fato; c) Com a morte, transmitir-se-ia a legitimação processual, de medidas de proteção e preservação, para a família do defunto; d) Por fim, há quem diga que os direitos de personalidade, que antes estavam titularizados na pessoa, com sua morte passam à titularidade coletiva, já que haveria um interesse público no impedimento de ofensas a aspectos que, ainda que não sejam subjetivos, guarnecem a própria noção de ordem pública.<sup>43</sup>

Contestam-se as quatro fundamentações da forma seguinte. Pela primeira opção (a), a família seria vítima em razão de ofensa à memória do morto. Mas referida ofensa traria a possibilidade de representação por parte da família em defender esta memória? Haveria um direito subjetivo violado em razão de ofensa a alguém que já morreu e que, portanto, não mais possui personalidade jurídica?

Sobre este aspecto, Adriano de Cupis justifica a possibilidade de manifestação da família pelo sentimento de piedade que tem pelo falecido. Ao discorrer sobre direito à imagem afirma:

Com a morte da pessoa o direito à imagem atinge o seu fim. Determinadas pessoas que se encontram em relação de parentesco com o extinto, têm direito de consentir ou não na reprodução, exposição ou venda do seu retrato e, não consentindo, podem intentar as ações pertinentes. [...]. Isto, naturalmente, não significa que o direito à imagem se lhe transmita, mas simplesmente que aqueles parentes são colocados em condições de defender o sentimento de piedade que tenham pelo defunto. Trata-se, em

---

<sup>43</sup> Tal divisão em quatro fundamentações se faz presente por razões didáticas, sem que, com isso, se possa afirmar a existência de correntes doutrinárias claras e bem definidas.

suma, de um direito novo, conferido a certos parentes depois da morte da pessoa. (DE CUPIS, 2004, p. 153-154).

José de Oliveira Ascensão é categórico em afirmar que se protege a memória do morto:

Teremos então que concluir que a personalidade não cessa após a morte? Decerto que cessa. Mas a proteção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte. Prolonga-se, como vimos já, no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa. Pois também tem de se prolongar no que respeita ao espírito. Mas chegados a este ponto, já não podemos falar da tutela de direitos de personalidade. O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido. Banem-se condutas que a possam atingir. O que terá necessariamente por consequência que a tutela dos direitos de personalidade não é em globo aplicável; só temos estas restritas providências destinadas a proteger a memória dos defuntos. (ASCENSÃO, 2002, p. 101)

Inobstante a tentativa louvável de conferir coerência à argumentação referente aos direitos de personalidade – tema que tornou célebre Adriano de Cupis – não há como concordar com o surgimento de um novo direito porque, ao que parece, encontra-se despido de qualquer conteúdo, criado, simplesmente, para satisfazer à fundamentação da tutela judiciária.

Ao se dizer que há reflexos de direitos de personalidade (b), embora essa não mais exista, pressupõe-se que haja consequência sem causa. Estar-se-ia criando uma nova categoria de “reflexos de direitos sem direitos” ou “reflexos de direitos sem personalidade”?

Como terceira corrente, apresenta-se a idéia de que a *legitimatio* é transmitida aos parentes (c). Caio Mário da Silva Pereira chega mesmo a afirmar que o direito de ação é transferido a determinadas pessoas (PEREIRA, 2004, p. 243)<sup>44</sup>. O

---

<sup>44</sup> “Não obstante seu caráter personalíssimo, os direitos de personalidade projetam-se na família do titular. Em vida, somente este tem o direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo esteja ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco. Ao cônjuge supérstite, ao companheiro, aos descendentes, aos ascendentes e aos

problema dos “direitos de personalidade do morto” resumir-se-ia a uma questão de tutela.

Seguindo a linha de Lúcio Chamon Junior (2006, p. 186), exposta no item anterior, reconhecer à família *legitimatio ad processum* implica, no mínimo, na possibilidade de haver direitos em questão. Se não há essa possibilidade fática, não haverá tal legitimação. Logo, se há a possibilidade judiciária de se discutir “direitos”, é porque estes existem e alguém deve tê-los por titular. Se a titularidade couber à família, tropeça-se no problema da intransmissibilidade dos direitos de personalidade, que, se atribuídos ao morto, implicam no reconhecimento de situações subjetivas, cujo “sujeito” não é mais pessoa.

E, por último, não há que se falar em titularidade coletiva ou difusa de direitos (d). Soa, no mínimo, estranho passar a titularidade de informações personalíssimas, definidoras da própria pessoa, a uma coletividade que não possui sequer os mesmos interesses. Na mesma linha, é impossível referir-se a interesse público na proteção. O recurso a entes generalizantes pressupõe a formação de uma vontade coletiva. Volta-se a um recurso voluntarista e utilitarista.

Enfim, o raciocínio baseado na necessária correspondência entre direitos e deveres deve ser deixado de lado. Os dados genéticos do morto não são transmitidos, assim como outras informações relativas à intimidade do ente falecido.

#### **4.4 A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas**

---

colaterais até o quarto grau, transmite-se a *legitimatio* para as medidas de preservação e defesa da personalidade do defunto”. (PEREIRA, 2004, p. 243)

Nem sempre direitos e deveres estão correlatos; pode haver infração de deveres, sem violação de direitos, pois o dever corresponderia a uma “posição caracterizada pela inexistência de uma esfera de liberdade o que implica uma obrigação – em sentido amplo – que uma vez descumprida gera a possibilidade de responsabilização por vias institucionais” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 108), pois:

Sempre caso a caso é que podemos argumentar se uma infração de dever também implicou em uma violação de direito e vice-versa; antes, são estas questões incapazes de serem resolvidas no nível de uma Teoria do Direito que não se pretenda como ocupante do *locus* argumentativo dos afetados. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 114).

Não se precisa ver reconhecido ao morto, ou à sua família, direitos de personalidade, para reconhecemos uma esfera de não-liberdade infringida por alguém. O morto pode ser o referencial de uma posição jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém. Dessa forma, não faz sentido se avaliar a personalidade do morto, seja na sua integralidade, seja como mero reflexo.

Para melhor entendimento, faz-se um paralelo entre o morto e a situação do nascituro ou dos chamados entes despersonalizados. Naquele caso, cessaram-se quaisquer possibilidades de exercício de uma autonomia privada. Se o Direito imputa situações jurídicas ao nascituro ou aos entes despersonalizados<sup>45</sup> o faz, jurídica e principiologicamente, em razão do exercício futuro da autonomia de uma pessoa física (nascituro) ou da realização de uma atividade personificada. Portanto, se alguém lesiona a “honra ou a imagem do morto”, não ofende direitos – até porque esses não existem –, mas viola deveres.

A situação jurídica, por conseguinte, pode contemplar violação de deveres institucionais, independentemente da existência de personalidade e de direitos

---

<sup>45</sup> Sob esta denominação, referimo-nos à massa falida, ao condomínio, à herança jacente etc.

correlatos. O morto não tem personalidade, não é detentor de direitos, não se insere em uma relação jurídica intersubjetiva, inobstante a imputação de responsabilidade àquele que infringiu uma esfera de não-liberdade.

À família não são transferidos “direitos de personalidade”, mas é-lhe atribuída uma esfera de liberdade processual na defesa da não-infração de deveres que se refiram à “figura” do morto. Logo, o que se tem é, tão-somente, o deferimento de uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica de dever, na qual o morto se insere, em face do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente.

De forma semelhante situa-se o anencéfalo e o embrião *in vitro*. Em princípio, ambos não recebem a imputação de situações subjetivas. A proteção a eles oferecida é pela criação de uma esfera de não-liberdade. Há um dever de não lesar que não se dirige à pessoa, até porque esta ainda não existe.

Normativamente, não se imputam liberdades e não-liberdades ao anencéfalo em razão de sua ausência de autonomia futura. Dito de outra forma: a proteção não se baseia em um “vir a ser” pessoa.

Também não se vislumbra, em princípio, situações jurídicas outorgadas ao embrião *in vitro*. Seu desenvolvimento só terá início com a implantação. A criopreservação obstou sua participação na titularidade do mundo jurídico.

Concluindo, a personalidade é dependente da atribuição normativa. Contudo, a norma não é colocada de antemão pelo legislador e apenas conhecida pelo intérprete; ela é reconstruída na argumentação. Somente na argumentação é legítima a atribuição de personalidade. O que não descarta a legitimidade da regra que atribui, em princípio, personalidade a alguns entes. Da mesma forma, pelas atribuições de liberdades e não-liberdades que o ordenamento já faz ao nascituro, pode dizer que ele é pessoa.

A constituição de categorias jurídicas não se torna inútil na dogmática do pós-positivismo. Todavia, há que se considerar que tais categorias são apenas o ponto de partida, já que sua consubstanciação ocorre na argumentação. Conseqüentemente, mesmo o anencéfalo e o embrião *in vitro* podem, *in casu*, ser considerados pessoa.

## 5 RECONSTRUÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS NO PÓS-POSITIVISMO

### 5.1 Transformação do espaço privado e da individualidade

A Biotecnologia está sempre desafiando normas e visões pré-estabelecidas, o que reflete na transformação da própria concepção de identidade do ser humano. Compreendendo a evolução social e o exercício do poder, diferentes fases acerca da delimitação da individualidade e do espaço privado podem ser percebidas.

Na Antigüidade clássica, a idéia de que a participação política define o homem gerou a concepção de que o espaço privado fosse considerado extensão do espaço público. A vida política havia tomado tal dimensão que o ensino dos homens livres voltava-se à oratória e a técnicas de convencimento, essenciais para os discursos públicos.

Na Grécia clássica, a vida privada simples e ordenada que, “afastando-os de todo sentimentalismo debilitante, neles [no cidadão] alimenta sentimentos que, segundo julga, lhes serão proveitosos” (AYMARD, 1993, p. 204).

Bom exemplo da importância da participação política, encontra-se no discurso de Péricles, a partir da reconstituição feita por Tucídides, na *História da Guerra do Peloponeso*:

Aqui [Atenas] cada indivíduo está interessado não apenas em seus próprios assuntos, mas também nos assuntos do Estado [...] Não dizemos que um homem que não tem interesse na política é um homem que cuida dos próprios afazeres: dizemos que ele não tem quaisquer afazeres aqui. (TUCÍDIDES, 1999, p. 147)

O helenismo transmite esse ideal à civilização romana. Tanto em Roma, quanto na Grécia, o ócio era condição necessária ao homem livre. O comércio e os ofícios manuais eram tarefas marginalizadas e a participação política exaltada.

Pela mesma indistinção do público e do privado, quando se queria designar alguém caracterizava-se sua pessoa pelo lugar que ocupava no espaço cívico, pelos títulos e dignidades políticas ou municipais, caso as tivesse; isso fazia parte de sua identidade [...] (VEYNE, 1989, p.112)

Na Idade Média, o espaço privado transforma-se de esfera da vida política à esfera de vida familiar. A descentralização de poder, gerada pelo sistema feudal de produção, pôs fim à idéia abstrata do *ius publicum*. Instrumentos privados passaram a representar o poder medieval<sup>46</sup>: a propriedade fundiária, de domínio exclusivo do senhor feudal, e o contrato senhor-vassalo, vinculação pessoal entre os indivíduos da unidade organizacional.

Os reinos bárbaros formam-se como associações de interesses privados, o que reflete no próprio sistema de sucessão real. “Ao morrer o rei, dono do butim e da terra conquistada, todos os seus bens são divididos em partes iguais entre os herdeiros, como uma propriedade privada. É o princípio da patrimonialidade do reino.” (ROUCHE, 1989, p. 406)

O poder público tendeu a esfacelar-se com a ruralização medieval e a organização familiar estabeleceu um espaço inviolável. Várias leis germânicas<sup>47</sup> referem-se às cercas, barreiras e pátios que separam o público do privado.

---

<sup>46</sup> Michel Rouche escreve que “os bárbaros não podem compreender a *res publica*, a coisa pública, noção que requer certa capacidade de abstração”. (ROUCHE, 1989, p. 405)

<sup>47</sup> Georges Duby cita a *Lex Salica*, que no título 34, I dedica-se “aos que rompem a cerca”; a *Lex Romana Burgundiorum* (55, 2 e 5), que se refere à retirada ou destruição do marco; e à Lei dos Bávaros (10, 15), que fala da clausura. (1990, p. 27)

No interior de cada cercado, com efeito, encontram-se encerradas, confinadas todas as *res privatae*, as *res familiares*, isto é, os bens móveis, próprios, privados, as reservas de alimento ou de adornos, o gado, mas igualmente todos os seres humanos que não fazem parte do povo: os indivíduos do sexo masculino enquanto não são adultos, capazes de usar as armas, de participar das expedições militares ou de sentar-se com os outros nessas assembléias em que se faz a justiça; as mulheres, menores ao longo de toda a sua vida; enfim, os não-livres, de qualquer idade e dos dois sexos. Estes não são diretamente da alçada da lei, dependem do poder doméstico, o do dono da casa, do *domus*, do *dominus*, como diz o latim dos textos. Eles estão “em sua mão” [...]; são os objetos de sua propriedade, a exemplo do gado recolhido nos estábulos; formam o âmbito doméstico, a *familia* [...]. (DUBY, 1990, p. 28-29)

A feudalização da identidade do indivíduo deveu-se também à religiosidade cristã.

Como relata Richard Tarnas (2002), a modernidade modifica a noção de sujeito, ao libertar o homem da heteronomia religiosa.

A consciência de si mesmo e sua relação com o outro, permitiu ao homem buscar na ciência a “autoridade intelectual proeminente, sendo agora definidora, juiz e guardião da visão cultural do mundo” (TARNAS, 2002, p. 309).

A independência do homem em relação ao pecado, às estruturas políticas e às superstições medievais transformaram a personalidade.

A modernidade foi responsável pela superação do modelo monolítico predeterminado pela religião ou pelo Estado.

Uma fidelidade psicológica que passava de Deus para o Homem, da dependência para a independência, do outro mundo para este, do transcendental para o empírico, de mito e crença para a Razão e fato, das universalidades para as particularidades, de um Cosmo estático determinado pelo sobrenatural para um Cosmo em evolução determinado pela Natureza e de uma Humanidade decadente para uma progressiva. (TARNAS, 2002, p. 343)

A distinção entre público e privado constitui-se na Idade Moderna. O fortalecimento do poder do rei e o enfraquecimento do poder da Igreja são responsáveis pela criação de uma esfera pública, longe da pessoalidade do vínculo

senhor-vassalo. O Estado assume funções e serviços. A racionalização do Humanismo, do Renascimento e, mais tarde, do Iluminismo incentivam a alfabetização e a imprensa. E a transformação da religiosidade que, segundo Philippe Ariès, conduz os indivíduos a desenvolverem

uma devoção interior – sem excluir, muito pelo contrário, outras formas coletivas de vida paroquial -, o exame de consciência, sob a forma católica da confissão ou a puritana do diário íntimo. Entre os laicos, a oração cada vez mais assume a forma da meditação solitária num oratório privado ou simplesmente num canto do quarto, num móvel adaptado para esse fim, o genuflexório. (ARIÈS, 1991, p. 10)

O surgimento dos Estados nacionais, todavia, não promove a completa inversão do privado ao público. Embora haja, de início, identificação entre o monarca e o Estado, o Direito Privado continua influenciando na medida em que oferece os subsídios para o aparelhamento do Estado.

Tome-se como exemplo as funções públicas no *Ancien Régime* francês, que eram compradas do Estado pelos seus titulares, para incluírem-se doravante nos respectivos patrimônios pessoais, podendo ser alienadas ou transmitidas hereditariamente. (SARMENTO, 2007, p. 34-35)

A personalidade contemporânea, porém, não contempla modelos e reconhece que o único meio de se alcançar uma justiça tão mutável quanto seu próprio destinatário é reconhecendo-lhe o poder de autodeterminação.

Pode-se afirmar que a característica definidora da modernidade foi responsável por sua crise. A crença na razão queria transformar a verdade metafísica em certeza científica, quase matemática. A ordenação do caos era o interesse principal, na qual a nomeação e a classificação seriam potentes instrumentos.

No Direito também se conviveu, ou talvez ainda se conviva, com essa necessidade ordenadora. Os códigos ordenavam, classificavam e conceituavam institutos jurídicos. Todavia, quanto mais precisas são as definições, mais elas segregam e mais se tem a conceituar. Dessa forma, ciência e ambivalência estão em pontos contrários e ao mesmo tempo muito próximos. (BAUMAN, 1999) Embora procure afastar o caos da ambivalência, precisando conceitos e classificações, a verdade cartesiana dos primórdios da modernidade demonstrou que a única saída para o Direito era reconhecer a individualidade e o indivíduo como seu agente construtor.

Considerada como “aquilo que nos permite definir o que é e o que não é importante para nós” (TAYLOR, 1997, p. 47), a identidade permite que as potencialidades do indivíduo concretizem-se segundo seus próprios interesses e convicções.

A pluralidade do homem e o projeto inacabado de construção de sua personalidade dependem da autonomia como elemento determinante da dignidade do ser humano.

No Brasil, diferentes estágios podem ser considerados na formação da identidade pessoal e na construção do espaço privado.

Durante a colonização, a estrutura do poder absoluto em Portugal acabou por gerar certa confusão entre público e privado. As colônias eram de propriedade da Coroa Portuguesa. Ainda sob a justificção da teoria do poder divino dos reis, os territórios, os súditos e seus bens pertenciam ao rei. No entanto, destaca Boris Fausto que:

Se a palavra decisiva cabia ao rei, tinha muito peso na decisão uma burocracia por ele escolhida, formando um corpo de governo. Mesmo a indefinição das fronteiras entre o público e o privado não foi completa; pelo

menos no reinado de Dom João IV (1640-1656), uma série de medidas foram tomadas, principalmente no âmbito fiscal, com o objetivo de estabelecer limites à ação do rei. (FAUSTO, 2003, p. 62)

No Império, o Direito brasileiro determinava a identidade pelas posses<sup>48</sup>. Saliente-se que não se está referindo à personalidade, mas aos critérios jurídicos que exteriorizam tal personalidade. Naquele momento, a identificação do ser humano referia-se à sua vinculação ao núcleo familiar e patrimonial. O voto censitário atribuía identidade política àquele que possuísse renda líquida anual de, no mínimo, cem mil réis<sup>49</sup>. O pai de família identificava todo o seu clã; não apenas com o patronímico<sup>50</sup>, mas com a representação jurídica de seus membros.

O espaço público é privatizado, seja pelo coronelismo que governava o interior do Brasil, seja pelo “apadrinhamento” nas grandes cidades<sup>51</sup>.

Após a industrialização brasileira vivida nos anos de 1930 e 1940, verificou-se um movimento de fortalecimento da idéia de coisa pública, refletida no

---

<sup>48</sup> Sérgio Buarque de Holanda escreve que “nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplicas. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica. O engenho constituía um organismo completo e que, tanto quanto possível, se bastava a si mesmo.” (2000, p. 989)

<sup>49</sup> “Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.” (BRASIL, 1824)

<sup>50</sup> Interessante destacar que a própria etimologia do vocábulo *patronímico* expressa bem essa vinculação do poder familiar do pai. O termo forma-se da união das palavras gregas “patro” e “ónoma”, formando “patrónumikós” e significava “tirado do nome do pai”. No latim, a origem é a mesma, derivando de “pater”. A pessoa era indicada pela identidade familiar. (HOUAISS, 2001, p. 2151)

<sup>51</sup> Sobre a prevalência do interesse pessoal na gestão pública, Sérgio Buarque de Holanda assevera que: “No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.” (HOLANDA, 2000, p. 1049)

intervencionismo que retirou a identidade pessoal de sua vinculação patriarcal e patrimonial, mas transferiu o problema para o Estado-protetor, interveniente nas relações privadas, determinante para a identidade social.

Desde a década de 1980, o ordenamento brasileiro se vê inserido em um movimento de retomada da pessoa enquanto ser humano. Assim, deixa o Direito de identificar a pessoa como proprietário, contratante ou pai de família, para considerar o indivíduo em si mesmo, e em todos os seus aspectos.

A Biotecnologia modificou a compreensão que o homem tem de si e a dignidade – assim como outros direitos referentes à existência do homem – assume a fragilidade de sua conformação histórica, em constante transformação.

A relação do homem com ele mesmo adquire conotações para além de sua estrutura física, reconhecendo aspectos mais profundos, que são capazes de projetar a pessoa como ser de identidade única, mas com características comuns a toda uma espécie.

Adentrando tardiamente nesse processo, o Direito brasileiro avança, agora, para as fronteiras da identidade genética.

Como afirma Taisa Maria Macena de Lima:

Na verdade, tanto a identidade genética quanto a intimidade e a intangibilidade do corpo humano são componentes da dignidade da pessoa, de modo que a dignidade do investigado e a dignidade do investigador estão em confronto. Impossível atender a um sem o sacrifício do outro. (LIMA, 2004, p. 275)

O trecho acima é referente à possibilidade de o investigando, em ação de paternidade, ver-se obrigado, por condução coercitiva, a submeter-se ao exame de DNA. Mas o raciocínio da autora pode ser ampliado à questão identidade genética como um todo, de forma a evitar as sedutoras construções axiológicas.

O discurso jurídico deve ser construído em bases normativas que permitam a convivência de iguais liberdades fundamentais. E, na tensão entre diferentes liberdades, não há como se escolher, de antemão, qual se sobreporá, pois a decisão correta será construída no processo discursivo, diante da singularidade do caso em questão.

### **5.1.1 Identidade genética**

O conceito de identidade genética traz em seu bojo a correspondência ao genoma de cada ser humano, ou seja, o fundamento biológico ínsito a cada um. Constata-se que todos têm um genoma irrepetível, salvo os casos de gêmeos monozigóticos, que, embora apresentem identidade de material genético nuclear, podem distinguir-se pelo DNA mitocondrial.

O direito à identidade afigura-se como um direito à diferença, sendo vedadas a repetibilidade programada e a alteração dessa base biológica, a não ser, no último caso, se se tratar de escopos terapêuticos.

A identidade genética compõe um nível prévio à identidade pessoal, atuando como seu substrato. Nessa seara, importa conhecer a origem genética e os dados genéticos ligados a doenças.

A identidade pessoal, como adverte a *Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos*,

[...] não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações

afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade. (UNESCO, 2003, art. 3º)

A identidade genética compõe um dos vários elementos definidores da pessoa. Desde a concepção, os dados genéticos determinarão características do ser humano, que serão desenvolvidas e modificadas durante sua vida. Tais informações serão, ainda, transmitidas aos descendentes por meio de seus gametas, que unindo-se ao gameta de outro ser humano, permitirá a formação de um novo ser, também com identidade única.

Pode-se mesmo afirmar que a Genética forma um outro sistema de parentesco, não mais baseado em graus, como o sistema romano. No sistema genético, o parentesco é representado pela proporção de genes idênticos. Assim, os filhos herdarão 50% do material genético de seus pais e apresentarão 25% de material genético idêntico ao de seus avós, enquanto entre tios e sobrinhos haverá 12,5% de correspondência. Cada relação de parentesco pode ser descrita nessa proporção de informações genéticas comuns. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001, p. 197-198)

É claro que o parentesco jurídico não é determinado apenas pelo parentesco genético, já que a adoção e a sócio-afetividade são determinantes naquela relação.

A determinação da proporção de genes idênticos entre dois indivíduos “busca la exacta relación entre la indentidad ontogenética (individualidad) y la identidad filogenética (parentalidad)”. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001, p. 198)

## **5.2 Interpretação e discurso no Estado Democrático de Direito**

### **5.2.1 Axiologia e normatividade**

Perdura, ainda, grande confusão sobre a interpretação e aplicação jurídicas no pós-positivismo. Há certa unanimidade entre os teóricos contemporâneos em se reconhecer o ordenamento jurídico como um sistema aberto, isto é, que não se fecha sobre si mesmo, com regras que pretendem uma regulação precisa e auto-suficiente. No entanto, não convergem os autores sobre qual a composição desse sistema jurídico aberto. Quais os instrumentos desse sistema? Como aplicá-los?

Forte corrente formou-se sobre a doutrina da Jurisprudência dos Valores<sup>52</sup> e suas variações. Gustav Radbruch e Karl Larenz foram precursores de destaque nessa concepção, que hoje conta com Robert Alexy dentre seus mais influentes defensores<sup>53</sup>.

Para a Jurisprudência dos Valores, o Direito é produto cultural e, portanto, incorpora elementos sociais, que devem ser levados em conta na interpretação. Os valores participam do processo jurídico, que tem como finalidade a conduta ética e a justiça.

Larenz chega a dizer que

«compreender» uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o «caso». (1997, p. 298)

---

<sup>52</sup> “[...] a jurisprudência é tanto no domínio prático (o da «aplicação do Direito») como no domínio teórico (o da «dogmática»), um pensamento em grande medida «orientado a valores».” (LARENZ, 1997, p. 299)

<sup>53</sup> Embora nem todos estejam de acordo sobre a filiação de Robert Alexy à Jurisprudência dos Valores, seu método axiológico de interpretação e aplicação do Direito ligam-no a esta concepção, independentemente de rótulos e classificações.

Continua Karl Larenz afirmando que a aplicação jurídica pode decorrer desse procedimento de valoração ou pode advir de uma mera subsunção. A subsunção ocorrerá quando houver suficiente previsão dos termos fáticos da norma ou a situação fática apresentar a determinação de todos seus elementos capazes de se amoldar ao conteúdo normativo. (LARENZ, 1997, p. 294-298)

Logo, compreender não implica em sempre interpretar, pois a interpretação é “uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático” (LARENZ, 1997, p. 283-284). Se houver um “acesso imediato” ao sentido do discurso em razão de prévios conhecimentos, sua compreensão será irreflexiva e exigirá apenas uma aplicação por subsunção.

Este afastamento entre compreensão e interpretação não é mais a posição dominante na Teoria do Direito. Como afirma Hans-Georg Gadamer, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”. (1999, p. 459 [p. 312]) A busca pelo sentido do texto não é irreflexiva, por mais simples que ele seja. Representa sempre um esforço de compreensão de signos e ordem, e pressupõe um conhecimento prévio acerca do idioma e da linguagem utilizada.

A tese de que existem enunciados que dispensam a interpretação pauta-se sobre uma base ontológica, de que a realidade pode ser descrita precisamente e, conseqüentemente, pode ser apreendida pela razão sem esforço interpretativo.

Não há como se considerar o mundo em si mesmo, pois não conseguimos atingir a essência ou substancialidade das coisas. Lida-se apenas com a linguagem, e as palavras expressam sempre sentidos ambíguos.

A ambigüidade, como salienta Zygmunt Bauman, é inerente à linguagem:

A função nomeadora/classificadora da linguagem tem, de modo ostensivo, a prevenção da ambivalência como seu propósito. O desempenho é medido pela clareza das divisões entre classes, pela precisão de suas fronteiras definidoras e a exatidão com que os objetos podem separar-se em classes. E no entanto a aplicação de tais critérios e a própria atividade cujo progresso devem monitorar são as fontes últimas de ambivalência e as razões pelas quais é improvável que a ambivalência jamais se extinga realmente, sejam quais forem a quantidade e o ardor do esforço de estruturação/ordenação. (BAUMAN, 1999, p. 10)

Por isso, a doutrina atual majoritária rechaça o brocardo *interpretatio cessat in claris*, dizendo que toda norma deve ser interpretada. Todavia, mesmo os que reconhecem a necessária relação entre compreender e interpretar, às vezes recaem em posturas ontologizantes, especialmente quando afirmam que há uma essência em dado instituto jurídico ou mesmo um conteúdo mínimo inderrogável.

A pressuposição de um conteúdo mínimo da norma jurídica prende-se ainda à noção de que há algo que não precisa e não pode ser interpretado, sob pena de se violar essa essência ou esse mínimo. O recurso a tais artifícios remete o intérprete a um conteúdo imanente do Direito, e, ainda que involuntariamente, compreende o destinatário da norma como mero observador e não como partícipe, já que não contribui para a construção do Direito ou, pelo menos, não pode se libertar do que seja natural ou ontológico na norma jurídica.

Dworkin também relata a experiência naturalizante do Direito quando expõe as teorias semânticas em *O Império do Direito*. Sob a expressão de teorias semânticas, o autor coloca desde as concepções que explicitamente ligam o Direito ao fato puro e simples - como se o Direito pudesse ser conhecido pela simples observação - quanto às concepções baseadas na Filosofia da Linguagem<sup>54</sup> que

---

<sup>54</sup> Esta crítica pode ser dirigida a Heidegger e a Gadamer.

defendem que a exposição do Direito não se faria em termos de definição dos termos, mas de descrições dos “usos” dos conceitos jurídicos. Assim, a verdade ou falsidade das proposições jurídicas dependeria do contexto histórico. No entanto, a História não é ciência exata, capaz de apreender o conteúdo de eventos pretéritos. A História também é uma versão dos fatos, já que se expressa pela imperfeição lingüística.

Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo a qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. (DWORKIN, 1999, p. 41)

Volte-se à questão dos elementos jurídicos utilizados na aplicação jurídica.

Enquanto a maior parte dos seguidores da Jurisprudência dos Valores chega a afirmar que o ordenamento é composto por normas e valores jurídicos, Robert Alexy afasta, pelo menos em um primeiro momento, esta concepção, explicando que norma e valor não podem ser confundidos. Diz, mesmo, que o juiz só aplica valores na medida em que estão contidos em normas jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 147)

Assim, à primeira vista, parece que Alexy aparta-se da Jurisprudência dos Valores, posto que diferencia a norma - em suas espécies de regra jurídica e princípio jurídico - do valor. Aquela possui conteúdo deontológico e este pertence ao campo axiológico. As normas podem possuir valores, sem, entretanto, com eles se identificar.

No entanto, a metodologia de aplicação normativa adotada por Alexy é, sem dúvida, axiológica, o que o aproxima da Jurisprudência dos Valores. Mesmo o sistema de “ponderação jurídica” que, segundo Alexy, é de normas e não de valores

(1993, p. 147) é a consideração da graduação axiológica em um sistema definido por ele mesmo como não-axiológico em sua aplicação.

Mas qual o problema em ser axiológico? A disseminação da ponderação na resolução dos conflitos fez crer normalidade em um procedimento que é, normativamente, incoerente.

O valor possui sistema gradual de validade, isto é, é hierarquizado absolutamente. Dito de outra forma: o valor encontra seu grau de aplicação na subjetividade do aplicador, que elege, aprioristicamente, uma gradação dentro do sistema axiológico. E não podia deixar de ser diferente, a prevalência do valor é particular e pressupõe estimativa.

André Lalande, no *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, dá os seguintes sentidos ao vocábulo “valor”:

- A. (subjetivamente). Característica das coisas que consiste em serem elas **mais ou menos estimadas ou desejadas** por um sujeito ou, mais comumente, por um grupo de sujeitos determinados. [...]
- B. (objetivamente e a título categórico). Característica das coisas que consiste em merecerem elas **mais ou menos estima**. [...]
- C. (objetivamente, mas a título hipotético). Característica das coisas que consiste em **satisfazerem ela certo fim** [...]
- D. (especialmente, do ponto de vista econômico). Característica das coisas que consiste no fato de, **em determinado grupo social e em determinado momento**, serem trocadas por uma **quantidade determinada** de uma mercadoria tomada como unidade. Valor, neste sentido, quer dizer preço **comumente** praticado. [...]
- E. (id.) Preço pelo qual **se estima**, do ponto de vista normativo, que um objeto ou serviço *devem* ser pagos. [...]
- F. Lóg. Ao falar de uma palavra ou de uma expressão, a sua significação não só literal, mas efetiva ou **implícita**. [...]
- G. Est. 1º: Na música, duração **relativa** das notas.  
2º: Nas artes plásticas, claridade ou obscuridade **relativa** dos tons. [...]
- H. Mat. Expressão numérica, ou pelo menos algébrica, que determina uma incógnita ou representa um estado de uma **variável**. (LALANDE, 1999, p.1188-1190, grifos nossos)

Em quase todos os sentidos destacados por Lalande, avulta a característica da estimativa, da quantidade. E mesmo nos sentidos classificados como

filosoficamente objetivos (“B” e “C”), destacam-se verbos como “merecer” ou “satisfazer”, o que os liga à subjetividade. Além disso, há certo utilitarismo indisfarçável, pois se volta, sempre, ao cumprimento de uma vontade, satisfação, estima ou desejo; ou, ainda, como em “C”, sua valência existe enquanto “satisfizerem certo fim”.

Assim, o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização. As tentativas de se estabelecer critérios objetivos para aplicação jurídica de valores não conseguem negar a fluidez subjetiva do próprio elemento valorativo trabalhado. Ponderar valores é admissível no campo da Moral, mas não no âmbito do Direito, pois qual o valor a ser escolhido?

Se se responder que o ordenamento já escolheu e “positivou” o valor, volta-se à controvérsia: quais os valores definidos pelo ordenamento? E no caso de valores concorrentes?

Se se pensar em hierarquização prévia, retorna-se ao sistema jurídico fechado. Se se deixar a hierarquização para o julgamento do caso concreto, não há como se definir qual preponderará segundo critérios objetivos, pois valores não são objetivos.

Da mesma forma que é impossível a aplicação jurídica de valores, não é válido o procedimento de ponderação de princípios ou regras jurídicas. Neste caso, estar-se-ia utilizando uma metodologia axiológica para uma ordem que não a comporta, na aplicação.

O valor, como se viu nas definições de Lalande, é voltado à persecução de fins específicos, isto é, volta-se a utilidades. Não valem em si mesmos, mas segundo uma comparação; daí falar-se em ponderação.

A norma jurídica, em sua elaboração, recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Daí a necessidade de distinguir-se o plano da justificação do plano da aplicação normativa<sup>55</sup>.

No Estado Democrático de Direito, as diversas forças sociais devem ter acesso à elaboração legislativa, por meio da mídia, dos grupos de pressão, de seus representantes eleitos e outros meios. Neste momento, a diversidade de opiniões e valores deve ser levada em conta. No momento da aplicação, entretanto, permite-se que apenas os elementos normativos incidam.

Em Alexy, a impropriedade da valoração normativa fica clara na própria metodologia de aplicação do princípio jurídico. O princípio é definido como mandado de otimização. Em caso de conflito entre princípios, será a diferença de graus entre eles que resolverá qual vai prevalecer. (1993, p. 89-91)

Habermas (1997, p. 314-323) critica Alexy<sup>56</sup> dizendo que, apesar da diferenciação empreendida entre norma e valor, a solução da tensão entre princípios na teoria alexyana é um procedimento axiológico, pois

---

<sup>55</sup> Marcelo Cattoni explica que “os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’ [...]”. (2002, p. 85)

<sup>56</sup> Ronald Dworkin também apresenta divergências sensíveis em relação à teoria de Alexy. Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron expressam muito bem essa polarização entre deontologistas e axiologistas: “É importante esclarecer que a leitura que Dworkin faz dos princípios jurídicos em nada se confunde com a leitura de Alexy. Dworkin, assumindo as conseqüências do giro lingüístico, afirma que a diferença entre princípios e regras decorre simplesmente de uma ordem *lógico-argumentativa* e não *morfológica*, como, por exemplo, defende Alexy (1988). Ou seja, é apenas na argumentação – e através dela – que podemos considerar se estamos diante de uma regra ou de um princípio. Logo, não existem regras mágicas (semânticas) como quer o jurista de Kiel. Outra informação fundamental é que para o Dworkin a aplicação dos princípios jurídicos não se dá de maneira proporcional, nem demanda a construção de um instrumental como a regra de proporcionalidade de Alexy; eles são aplicados através de uma construção hermenêutica, que busca desenvolver para aquela comunidade uma idéia de direito como um conjunto sistêmico e harmônico

Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de *dever*, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. (GALUPPO, 2002, p. 180)

Haveria uma contradição entre a diferenciação norma/valor e o funcionamento dos princípios, feitos por Alexy.

Habermas vê a diferenciação em três pontos: 1) A norma jurídica possui um agir obrigatório, enquanto no valor o agir é teleológico, pois busca a adequação dos meios aos fins; 2) A norma possui validade binária e o valor validade gradual; 3) A norma possui obrigatoriedade absoluta e o valor obrigatoriedade relativa. (1997, p. 316-317)

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários. (HABERMAS, 1997, p. 321)

Otimizar princípio é estabelecer graus de valência típicos dos valores e não da imperatividade típica da norma jurídica. Do mesmo lado, não é legítima a aplicação de princípios bioéticos na solução de conflitos a que o Direito é chamado a solucionar.

---

de princípios. Logo, não há que se falar em princípios como mandamentos (ou comandos) de otimização, pois eles não se confundem com valores, conservando a sua natureza binária típica do Direito. A questão toda deve ser resolvida na dimensão da adequação do princípio (GÜNTHER, 1993) e não da ponderação.” (2008, p. 211-212)

### **5.2.2 Princípios bioéticos e princípios biojurídicos**

Não se pretende enumerar os princípios que compõem a Bioética e o Biodireito, mas explicitar as diferenças entre estes e o modelo de aplicação segundo o que já foi discutido. Destaque-se o equívoco freqüente da doutrina em expor a principiologia da Bioética como coincidente à do Biodireito, ou, ainda, em tentar solucionar casos jurídicos aplicando-se princípios bioéticos.

Embora a Bioética e o Biodireito tenham o mesmo objeto de estudo, suas análises são diversas, pois adotam diferentes perspectivas.

Vicente de Paulo Barretto define Bioética como “o ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas” (BARRETTO, 2006, p. 104)

Assim, Bioética é a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade, seja em relação aos seres vivos em geral, seja em relação à espécie humana. A ética biológica ou Bioética é parte da Ética geral e, portanto, objeto de estudo e questionamento da Filosofia.

Já o Biodireito é disciplina jurídica, nascida da necessidade de se regular normativamente e julgar as condutas e procedimentos interventivos na vida humana e de outros seres vivos.<sup>57</sup>

O estudo bioético tem por objetivo desenvolver argumentos racionais, que

---

<sup>57</sup> Como já se expôs em outro trabalho: “Tratam-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes – direito e moral. O direito, enquanto ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática e seus estudiosos são técnicos do direito. Já a moral é ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para formulação e aplicação do direito, sem, no entanto, com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o direito, pois faz parte da zetética jurídica.” (NAVES, 2002, p. 132)

fundamentem valores e princípios envolvidos, bem como, a partir dessa argumentação, traçar recomendações para solução de problemas. (BARRETTO, 2006, p. 105)

Assim, a Bioética trabalha em uma vertente teórica e outra vertente prática, voltada para a prática das Ciências Biológicas e a formulação de políticas públicas.

Como ordem moral, a principiologia bioética mais se aproxima de valores do que realmente comandos cogentes. E não há como se impor uma Moral única. “Encontramos somente diferentes justificativas morais, que não mais fazem referência a um Deus unificador, gênese do que é certo e do que é errado, do bom e do mal.” (BARRETTO, 2006, p. 106)

Dessa forma, a principiologia bioética não tem a mesma imperatividade que a do Biodireito. Seus princípios são comandos abertos que visam, explicitamente, a maximização do bem, ainda que considerando que o “bom” não seja unitário. Em seu espaço é possível falar-se em ponderação, pois se está discutindo a gradação de valores.

A solução de problemas jurídicos tem seu *locus* no Direito e não na Moral, embora esta seja importante para a prática jurídica em momentos anteriores à aplicação normativa.

Dessa forma, os dados genéticos recebem tratamentos diferenciados na Bioética e no Biodireito. Neste sobressaem situações jurídicas que requerem aplicação imperativa, apartada dos valores pessoais do aplicador, que busca o “bem” por meio de sua consciência e “bom senso”.

### **5.3 Situações jurídicas da personalidade e os dados genéticos**

### **5.3.1 Da indeterminação da natureza jurídica dos dados genéticos in abstracto**

Volta-se, mais uma vez, à discussão central da tese, a “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos, ou seja, determinar a melhor localização dos mesmos no ordenamento jurídico, aproximando-os de alguns institutos ou apartando-lhes de outros pelos seus caracteres. Todavia, esse excursus naturalizante, ao mesmo tempo que aclara situações, produz exceções que contestam a própria linha delimitadora da categoria.

A busca pela natureza jurídica fundamenta-se na idéia de que a realidade pode ser descrita em si mesma, objetivamente, em sua essência. Por “empréstimo” das Ciências Naturais, o Direito assumiu termos como “fontes do Direito”, “ramos da Ciência Jurídica” e “natureza jurídica”.

As teses taxonômicas ganharam importância com a idéia de que o conhecimento válido era tão-somente o conhecimento científico, e este só poderia ser alcançado por uma linguagem própria que o distingue do senso comum.

No entanto, a descrição do mundo se faz linguisticamente, sujeitando-se aos usos e pré-compreensões do “observador”. Ninguém é capaz de observar de forma neutra, pois a compreensão do mundo se faz em um processo de construção dialética entre sujeito e objeto.

Entretanto, categorias, classificações e mesmo a “natureza jurídica” podem ser didaticamente úteis à Ciência do Direito, desde que sejam encaradas sob o ponto de vista de expressões mutáveis de uma realidade em constante transformação. Não são categorias prontas, mas são o ponto de partida, inclusive, para críticas e formulação de novos conceitos.

Assim, o Direito está em constante processo de reconstrução, já que o que foi expresso dogmaticamente é precário e sujeito a comprovações. A “taxonomia” dos dados genéticos pode aclarar este movimento reconstrutivo.

Inicialmente, foram os dados genéticos localizados dentre os direitos de personalidade, em razão de um aparente ajuste entre o conceito e características daqueles e destes. Os dados genéticos seriam expressões únicas da pessoa; contribuição para existência e individualidade do ser humano. Seriam, ainda, inatos, absolutos, necessários, intransmissíveis e extrapatrimoniais.

Sua colocação dentre os direitos de personalidade trouxe, ainda, a conseqüente classificação no interior da categoria dos direitos subjetivos, já que, tradicionalmente, os direitos de personalidade são considerados como direitos subjetivos. Surgiu, então, uma contradição entre a nova doutrina que se tem constituído sobre dados genéticos, pois, freqüentemente, são eles classificados como interesses difusos. Ora, acaso sejam interesses difusos, estariam excluídos do elenco de direitos de personalidade.

Viu-se que os direitos de personalidade **não são inatos ou originários**, pois nem todos eles nascem com a pessoa. O surgimento pode depender de ato posterior, como são as proteções à manifestação criativa do direito autoral. Embora os dados genéticos invariavelmente, surjam com a concepção, não é esta uma característica definidora dos direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade também **não são absolutos**, pois embora a noção de intersubjetividade seja desnecessária para exprimir o Direito – em termos de situação jurídica – a relação pressupõe uma vinculação mínima, um contato jurídico que extrapole a mera ficção do “um contra todos”. A ausência de individualização dos elementos da denominada “relação jurídica de direito absoluto”

coloca fim à própria relação. De toda forma, entender um sujeito passivo “coletivizante” é pressupor uma unidade em torno de um *ethos*; é, pois, um discurso político e não jurídico.

A explicação dos direitos de personalidade e dos direitos reais por meio da situação jurídica sem, necessariamente, dever correlato, isto é, da situação uniposicional, demonstra que não é verdadeira a assertiva de que a todo direito corresponde um dever, e nem é verdadeira a inversão dos termos<sup>58</sup> - a toda situação jurídica de dever corresponde um direito.

Os dados genéticos não compõem, necessariamente, relação jurídica, mas situação jurídica, pois nem sempre há dois centros de imputação contrapostos. Este já é um dos argumentos a serem utilizados na contestação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos em uma concepção clássica, isto é, aquela que pressupõe uma posição contraposta de dever jurídico.

Quanto ao fato de serem **direitos necessários**, pode-se afirmar que isso é verdadeiro se se tomar em conta o conjunto dos direitos de personalidade. São eles que compõem a pessoa, considerada em sua dignidade. A ausência de um direito de personalidade ou sua violação acarreta perda irreparável. A qualificação “digna” só acompanhará o substantivo “vida” se os direitos de personalidade forem resguardados. Também em relação aos dados genéticos pode-se dizer que são componentes necessários da vida humana digna.

**Não são vitalícios** os direitos de personalidade, pois nem todos eles acompanham o início da vida humana. Os dados genéticos acompanham toda a existência biológica do ser humano, mas continuam, até mesmo, para além dessa

---

<sup>58</sup> Exemplo disso é a situação dos dados genéticos do morto. Como não é ele mais o titular dessa situação jurídica, mas tão-somente referencial normativo, há uma situação de dever sem que haja direito.

existência. Ou seja, enquanto situação jurídica de dever, os dados genéticos continuam no morto. Assim, o morto é referencial de dever jurídico.

Já o embrião e o nascituro podem assumir, na argumentação, a titularidade da situação jurídica dos dados genéticos, ou, no mínimo, serão, como o morto, referencial de dever jurídico<sup>59</sup>.

Por serem situações que exprimem a própria identidade da pessoa, é difícil negar a **intransmissibilidade** dos direitos de personalidade. Mesmo no caso da morte de seu titular, a situação jurídica, embora transformada, permanece, mas não há verdadeiramente transmissão. O morto continua como referencial normativo de dever e a titularidade cessa com o término de sua pessoa. Ninguém se torna titular em seu lugar. Quanto à família, haveria somente a legitimação na defesa de uma situação de dever jurídico.

Por fim, falta avaliar se a extrapatrimonialidade caracteriza os direitos de personalidade e os dados genéticos, ao que se reservará o próximo tópico.

De toda forma, já é possível visualizar que as características que são freqüentemente atribuídas aos direitos de personalidade não são de todo verdadeiras, mas os dados genéticos assemelham-se muito a estes.

Resta ainda saber se são direitos subjetivos ou interesses difusos.

A análise das situações jurídicas descritas pela doutrina permitiu a percepção de que os dados genéticos, e mesmo os “direitos” de personalidade, não se portam, sempre, como direitos subjetivos. No entanto, não há que se falar em interesse

---

<sup>59</sup> O Código Civil, por várias, vezes, contribui para a argumentação de titularidade de situações jurídicas por parte do nascituro. Logo, é fácil atribuir-se, em princípio, personalidade a ele. Já para os embriões não implantados o recurso à titularidade própria é controvertido em virtude da suspensão de seu desenvolvimento com a criopreservação. Assim, em princípio, pode-se afirmar que são referenciais normativos da situação jurídica de dever, sem que haja correlata situação de direito e, conseqüentemente, não obteriam personalidade. No entanto, só a argumentação dentro do aberto sistema de direitos é capaz de definir pela atribuição ou não de personalidade.

difuso no discurso de aplicação. O interesse é um artifício político e não uma situação jurídica.

Pode-se afirmar, contudo, que os dados genéticos podem, em dada situação, caracterizar-se como direitos subjetivos, mas em outra situação podem classificar-se dentre o dever jurídico<sup>60</sup>, o ônus ou a faculdade. Será na argumentação, que contempla a realidade do caso e o discurso jurídico, que se poderá avaliar essa “natureza jurídica”. Assim, poderão enquadrar-se mesmo em direito potestativo, sujeição e poder.

Dessa forma, *in abstracto*, não é possível a determinação da natureza jurídica dos dados genéticos. Aliás, essa é uma característica imposta pelo pós-positivismo. O pluralismo jurídico e a maleabilidade principiológica do ordenamento impôs que somente *in casu* seja possível classificações. Ou seja, o Direito só existe se reconstruído diante da realidade; não pode ser “percebido ontologicamente”.

Não há direitos ontologicamente considerados. Logo, **impossível os direitos de personalidade serem conceituados como direitos intrínsecos ou inerentes.**

De forma semelhante, afirmamos que os dados genéticos, como entidade imaterial, não são, para o Direito, ontologicamente considerados, pois não se atinge essa ontologia.

Enfim, se por “natureza jurídica” pretende-se apreender a essência ou ontologia dos dados genéticos, isso não será possível, pois tudo que for escrito a respeito não passa de expressão imperfeita da linguagem.

---

<sup>60</sup> Rememore-se que os dados genéticos do morto enquadram-se na situação de dever jurídico sem que haja uma situação de direito subjetivo correlata.

### **5.3.2. Extrapatrimonialidade e patenteamento genético<sup>61</sup>**

Os direitos de personalidade são caracterizados como extrapatrimoniais, porque são insusceptíveis de avaliação econômica. (SOUZA, 1995, p. 577) E, de fato, boa parte dos direitos de personalidade trabalhados pela doutrina não são avaliáveis pecuniariamente. É o caso da honra, do nome ou da integridade psíquica.

O tema, no entanto, já poderia se tornar controvertido pela simples existência do direito de autor no interior do rol de direitos de personalidade. A doutrina divide os direitos autorais em direito moral ou pessoal do autor e em direito patrimonial. Essa, por exemplo, é a exposição de Adriano de Cupis. A justificação dessa dualidade constitui-se em razão da diversidade de bens protegidos, o direito moral de autor protegeria a paternidade intelectual e o direito patrimonial, a obra de engenho:

[o direito moral de autor], que na evolução histórica só tardiamente encontrou a sua afirmação no direito patrimonial de autor, constitui um direito privado tendo por objeto não a obra de engenho, bem patrimonial, mas antes o bem pessoal da paternidade intelectual (modo de ser moral da pessoa do próprio autor). Trata-se de diversos bens, não de diversos interesses relativos ao mesmo bem. Além disso, porque se refere, no momento em que surge, ao próprio sujeito a que se refere o direito patrimonial de autor, pode ter, em seguida, vida autônoma. É, pois, segura a sua distinção deste último. (DE CUPIS, 2004, p. 336)

Assim, o chamado direito moral do autor exprime a vertente não patrimonial, a paternidade intelectual da obra, como projeção da personalidade do autor. Não haveria como se separar, segundo De Cupis, o direito moral do autor da pessoa que formulou a obra, pois expressão de sua atividade criativa. Por outro lado, o direito

---

<sup>61</sup> Parte das idéias expostas neste item, ainda que com conclusão diversa, foram publicadas em: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A patenteabilidade das descobertas genéticas: estudo sobre o impacto do Projeto Genoma Humano sobre o direito das patentes. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 63-70.

patrimonial é a exterioridade da atividade inventiva – a obra propriamente dita – objeto “separado da pessoa e existente fora desta”. (DE CUPIS, 2004, p. 334)

O direito moral do autor é, portanto, um direito de personalidade, mas o direito patrimonial não o é.

A justificativa para tal diferenciação se faz, inclusive, pela característica da essencialidade, extensiva aos direitos de personalidade em geral. Tal essencialidade, no direito autoral, aplica-se apenas ao direito moral de autor e não a seu aspecto patrimonial. Não haveria, pois, como se afirmar a existência de um único direito de autor.

No Brasil, a Lei de Direitos Autorais, Lei n. 9.610/98, também trabalha com essa diferenciação.

Esta discussão pode ser trazida para a seara da propriedade industrial, espécie de propriedade intelectual. Qual a situação dos dados genéticos humanos frente ao direito das patentes? São eles patenteáveis? Se o forem, pode-se afirmar que os dados genéticos apresentam também dois aspectos diferentes: um patrimonial e outro extrapatrimonial?

A patente é uma concessão do Estado àquele que, pela invenção, preenche os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. É, pois, um direito exclusivo de exploração de uma invenção. Este direito é limitado no tempo e seu titular recebe uma carta-patente que lhe garante a exclusividade da exploração industrial, permitindo-se, todavia, que outros explorem a invenção mediante contrato de licença.

No Brasil, a patente é regulada pela Lei de Propriedade Industrial, promulgada em 14 de maio de 1996 sob o número de Lei n. 9.279. Essa Lei representa bem a valorização dos bens incorpóreos na sociedade pós-industrial.

Embora tradicionalmente o Direito Civil tenha se constituído sobre a perspectiva econômica dos bens corpóreos, o tempo vem nos mostrando que há um leque muito maior de conseqüências jurídicas que se abre na propriedade imaterial. Denominações, marcas nominativas, *know-how* e patentes em muito superam o valor e a importância social de ativos outrora dominantes. O mundo virtual da internet apresenta sociedades com patrimônio corpóreo de pequeno valor, mas altas cotações em bolsas e patrimônio incorpóreo significativo.

No Brasil, bem como em outros Estados, exige-se que a patente recaia apenas sobre invenção e não sobre a mera descoberta. Mas o que é invenção?

O art. 8º da Lei n. 9.279/96 distingue três requisitos essenciais à invenção: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A novidade implica em originalidade, isto é, o conhecimento não pode ser acessível ao público antes da data do pedido da patente (art. 11). Pode ser parcial ou total.

A atividade inventiva, embora guarde semelhanças com a novidade, com ela não se confunde. Nova é a invenção considerada inédita, já a atividade inventiva é a operação criativa que modifica o estado da técnica conhecido. “Neste sentido, a atividade inventiva é a introdução criativa da novidade, é a obtenção não óbvia de uma nova solução para um determinado problema.” (SOUZA; APPEL; SOUZA, 2004, p. 22)

Por fim, para ser patenteável a invenção deve possuir aplicação industrial, podendo ser utilizada ou produzida em indústria (art. 15), isto é, deve ser aplicável a qualquer atividade física de caráter técnico, distinta do campo artístico.

Exige-se, pois, uma criação intelectual de aplicação prática ou industrial. Não se aceita a patente de algo preexistente, ainda que ignorado. A invenção implica em trabalho modificador e não em simples descoberta.

O art. 18 da Lei n. 9.279/ 96 é expresso em estabelecer o que não configura matéria patenteável:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único – Para os fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais. (BRASIL, 1996)

A invenção pressupõe a criação do novo; já a descoberta apenas reconhece fenômenos ou características existentes, mas ainda não revelados. Por esta razão admite-se a patente de microorganismos transgênicos, por estes agruparem os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Aquí, la noción de descubrimiento ha sido utilizada para excluir del patentamiento a los productos y sustancias obtenidas por el hombre sin su activa intervención. Este argumento fue especialmente utilizado para excluir a la materia viviente natural preexistente. No obstante que el principio de la no patentabilidad de las sustancias naturales se encuentra en casi todos los sistemas de patentes, su justificación y su exacta extensión son muy variables. En realidad, no cumplen con las condiciones de patentabilidad por la ausencia de novedad o de actividad inventiva. Tampoco los fenómenos y fuerzas naturales no son invenciones como tales; pero sirven evidentemente como fundamento a las invenciones que las aplican y que sí pueden patentarse. (SAGLIO, 2004)

Dito isto, como abordar a patenteabilidade de material genético humano?

Trata-se de invenção ou descoberta?

À primeira vista, não há atividade inventiva no mapeamento, seqüenciamento e descrição do genoma, o que vedaria, portanto, seu patenteamento. A mesma vedação não abrange as técnicas de mapeamento e seqüenciamento do genoma.

Este entendimento é corroborado por Diniz:

O ser vivo, o corpo humano, o genoma, o material genético humano e os processos biológicos naturais não são invenções (art. 10, I e IX, da Lei n. 9.279/96); logo, a concessão de patentes sobre eles seria inaceitável juridicamente. O corpo humano, as seqüências de material genético humano, de função ou de ADN não são patenteáveis, por não haver atividade inventiva no ato de isolar ou de seqüenciar um gene. [...] Os organismos vivos não são invenções humana, mas produtos da natureza, e a biotecnologia somente copia e efetua a recombinação das “peças” soltas desse instrumento que é a vida. (2001, p. 444-445)

É bom entender que patentear não implica em apropriação, mas um direito de excluir que outros explorem comercialmente a aplicação de determinada invenção. A patente torna público o conhecimento. Assim, várias novas técnicas podem ser desenvolvidas a partir dessa divulgação.

A idéia de que substâncias naturais não podem ser patenteadas é, no mínimo, simplista e, sem dúvida, longe da realidade. Há substâncias que, embora existentes na natureza, não se encontram isoladas, mas em um complexo conjunto de moléculas ou matérias.

La clave está en que la patente se concede no al producto en su estado natural (en el que suele estar mezclado con cientos o miles de otras sustancias), sino al producto aislado y purificado, en tanto para ello hay que aplicar actividad inventiva. Este e el caso de muchos medicamentos, empezando por la centenaria aspirina (1910), la adrenalina (1911) y siguiendo con los antibióticos (desde años 40-50) y muchos más (prostaglandinas, digitalina, etc). (IÁÑEZ PAREJA, 2000)

Dessa forma, argumentam alguns, o isolamento da substância é considerado atividade inventiva e sua novidade diz respeito à inexistência da mesma naquele estado que permite sua utilização.

Na Europa, a Diretiva 98/44/CE regula as patentes biotecnológicas. Em seu artigo 5º, há expressamente a permissão de patenteamento de uma seqüência total ou parcial de um gene isolado. Assim, desde que isolado e com função definida de tal forma que haja utilidade industrial, é o material considerado novo e a patente é permitida.

Carlos María Romeo Casabona levanta dúvidas acerca dessa novidade:

Sin embargo la crítica que se hace es que en realidad lo que interesa de un gen, o de la secuencia parcial de un gen no es el continente, su propia estructura en cuanto tal, sino su contenido: la información y esta información, aunque se aísle en el laboratorio o se pueda reproducir por un procedimiento técnico, no es nueva, es una información que ya existía en el gen, o en la secuencia parcial de un gen que ya existía en la naturaleza. (2000)

Ao lado da controvérsia acerca da patenteabilidade dos dados genéticos, parece haver certo consenso de que o isolamento de proteínas pode dar ensejo à sua patente. Há certo contra-senso nessa aceitação. As proteínas produzidas pelo corpo humano são codificadas pelo DNA. Dessa forma, não há diferença sensível entre se patentear os dados proteômicos e os dados genéticos, já que estes darão origem àqueles.

Saglio expõe conclusões interessantes sobre o tema:

- (i) Si el material genético codifica para una proteína novedosa, el ADN (ARN) correspondiente es novedoso e implica actividad inventiva (pero la proteína o el corte de ADN tienen que ser caracterizados)
- (ii) Si el material genético codifica para una proteína conocida, pero no está aislada en forma pura y su secuencia no es definida, el ADN que la codifica es novedoso e implica actividad inventiva, también;
- (iii) Si el material genético codifica para una proteína conocida, caracterizada y su secuencia es definida, el ADN que la codifica es novedoso pero no implica una actividad inventiva;
- (iv) Si un gen que codifica para una proteína ya ha sido aislado y purificado, aunque no ha sido definida su secuencia, la ulterior definición de su secuencia no implica actividad inventiva;
- (v) Si un gen con actividad novedosa e inesperada es seleccionado de una secuencia conocida, el gen mismo es novedoso e implica actividad inventiva. (2004)

O simples seqüenciamento do material genético, por si só, não caracteriza atividade inventiva, pois apenas expõe um conhecimento, sem efetiva alteração da matéria natural preexistente. Ao contrário, se o material genético codifica nova proteína, presentes estarão os elementos essenciais à caracterização da invenção.

O patenteamento de fragmentos de DNA (EST) foi objeto de controvérsias desde o início do Projeto Genoma Humano, quando, em 1991, Craig Venter requereu a patente de mais de três centenas de seqüências de genes. Iáñez Pareja relata que a primeira patente de EST foi concedida em 6 de outubro de 1998, pelo *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), à Incyte Pharmaceuticals. (2000)

Em 1998 e 1999, a USPTO emitiu diretrizes sobre a patente de EST, fixando que é necessária a comprovação da utilidade industrial, com a descrição da função do fragmento de DNA, e esta utilidade deve ser expressiva e substancial.

Na Europa, há quem levante uma aparente contradição entre a Diretiva europeia 98/44 e Convenção Europeia de Bioética, que estabelece que “o corpo humano e suas partes não deverão ser objeto de lucro” (art. 21). Iáñez Pareja posiciona-se contra a existência de tal contradição, argumentando que a Diretiva não aceita a patente sobre as estruturas humanas em seu estado natural, mas aceita sobre os componentes isolados do ser humano, como seu material genético (2000).

Após essas considerações, passa-se a expor um caso de emissão de patente, nos Estados Unidos, aos *National Institutes of Health* (NIH), sobre linha celular humana, não modificada, extraída de um indígena de Papua Nova-Guiné. (WIPO MAGAZINE, 2006)

Foi denotado problemas de saúde na tribo indígena dos Hagahai quando de seu contato com o mundo. Assim, uma equipe do governo de Papua Nova-Guiné, juntamente com Carol Jenkins, antropóloga médica estadunidense – financiados pela National Geographic dos Estados Unidos – verificaram, por meio de pesquisas, que os hagahai padeciam de doenças endêmicas. Em 1989, após a coleta de sangue em vinte e quatro homens e mulheres, a pesquisa laboratorial detectou o retrovírus HTLV-1, na linha celular de um dos doadores. Este vírus tem grande potencial no diagnóstico e fabricação de vacinas para doenças relacionadas à leucemia.

O NIH, órgão estadunidense que empreendeu a pesquisa, obteve a patente da linha celular. Após pressões internacionais, o referido órgão requereu o cancelamento da patente.

Esse caso retrata que o direito de patentes não depende apenas de aspectos jurídicos. Pressões de natureza econômica e política muitas vezes ditam o posicionamento adotado pelos escritórios de patentes no mundo. Lembre-se que há centenas de patentes no mundo baseadas em dados genéticos humanos<sup>62</sup>.

Por esta razão, é imprescindível empreender uma discussão pública sobre a conveniência do patenteamento de descobertas, já que, juridicamente, procede-se tal distinção.

Enfim, a maioria dos Estados parece ceder cada vez mais espaço ao patenteamento de dados genéticos e, mesmo que esta patente não signifique um direito de domínio sobre o corpo de outrem, é um direito de exclusividade sobre informações químicas que compõem o ser humano.

---

<sup>62</sup> Repetimos a citação de Analía Sahaniuk: “Actualmente existen más de 2.000 patentes registradas en todo el mundo de las cuales la mayoría pertenecen a empresas privadas de EEUU y Japón. EEUU posee unas 700 patentes basadas en genes humanos.” (SAHANIUK, s/d)

É difícil sustentar uma dupla natureza das patentes de material genético, nos moldes dos direitos autorais. A exclusividade da patente conduz à visão de que, na sociedade pós-industrial, tudo apresenta certa repercussão pecuniária e é quase impossível distinguir entre as situações jurídicas quanto à avaliabilidade ou não em dinheiro; mais simples, e talvez mais representativo, seja dizer que as situações jurídicas de personalidade são existenciais e não extrapatrimoniais.

### **5.3.3 Intimidade genética**

Como se viu, a Biotecnologia modificou o espaço privado. O corpo humano ganhou outra dimensão com a possibilidade de se atingir as informações que ordenaram a própria estrutura corporal, bem como suas características.

O reconhecimento da autonomia privada, como poder de autodeterminação do indivíduo, volta-se também para o controle desses dados genéticos e a tomada de decisão após sua coleta. Em se tratando de diagnóstico genético, há, antes do procedimento, o direito subjetivo à informação prévia e completa do procedimento a ser realizado. Essas informações compõem a própria autonomia, já que seu exercício requer, além do discernimento, consciência da situação envolvida, com as vantagens os riscos envolvidos<sup>63</sup>. Daí a importância do aconselhamento genético prévio, realizado por uma equipe capacitada e com informações claras e acessíveis.

---

<sup>63</sup> A Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, assim entende por consentimento livre e esclarecido: “anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos,

Após a coleta das informações genéticas, tem o sujeito pesquisado direito potestativo a conhecer ou não conhecer os dados genéticos.

Aliás, os dados genéticos somente poderão ser coletados, utilizados e conservados para os fins de diagnóstico e assistência sanitária; investigação médica e outras formas de investigação científica, como estudos de caráter antropológico; medicina forense e procedimentos civis ou penais ou outras atuações legais.

O pesquisador também trabalha em um âmbito de autonomia, tratada como princípio da liberdade de pesquisa, garantida no inciso IX do art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>64</sup>. A liberdade do pesquisador encontra seu principal limite no consentimento do sujeito, que deve ser prévio à intervenção genética, expresso e totalmente livre, adequadamente informado e escrito (art. 8º da *Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos*, UNESCO, 2003). E, como já se falou, a manifestação do consentimento é revogável a qualquer tempo, isto é, é direito potestativo do sujeito pesquisado.

A questão da intimidade e da privacidade na revelação dos dados genéticos é de extrema relevância para a análise. Sabe-se que, sendo os dados genéticos geracionais, pode a informação colhida ser útil à descendência para tomada de medidas preventivas. Por outro lado, a revelação dos dados genéticos a terceiros, sem prévia e expressa concordância do sujeito pesquisado, pode ser considerada como afronta à intimidade do indivíduo. O espaço privado ganha mais essa nuance: a intimidade individual atinge o nível genético.

Sobre este assunto Carlos María Romeo Casabona assim se manifesta:

---

benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa". (BRASIL, 1996)

<sup>64</sup> "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". (BRASIL, 1988, art. 5º)

Tem adquirido maior força a corrente de pensamento segundo a qual cabe a cada pessoa decidir a quem se revela, quando e com que extensão, motivo pelo qual deve ficar proibida a transmissão a terceiros da informação obtida através da análise genética, sem o expreso consentimento do interessado ou de seus representantes legais, quando se tratar, neste último caso, de um menor ou incapacitado legal. A transcendência de informação também atinge o não nascido, por ser ele mesmo portador de sua exclusiva informação a partir do momento mesmo da concepção, seja essa natural ou assistida; problemática por isso nova, mas que exige igualmente instrumentos jurídicos de proteção, de alcance similar aos estabelecidos para os já nascidos, devendo ser exercidos por seus futuros pais legais (por conseguinte, do mesmo modo se o concebido procede de gametas de doadores), em termos semelhantes, aos direitos e deveres derivados do pátrio poder em relação ao menor a ele submetido. (ROMEO CASABONA, 1999, p. 65)

O direito à intimidade, garantido na Constituição Federal de 1988 por meio do disposto no inciso X<sup>65</sup> do artigo 5º, é a esfera individual de projeção do indivíduo em sua relação interior. O direito à intimidade genética decorre desse princípio constitucional e pode ser definido como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética. Está ligado de maneira estreita ao princípio da dignidade humana.

A proteção jurídica da intimidade genética deve ser, abrangendo todo ser nascido ou por nascer.

O direito de não conhecer os resultados de análises genéticas pode apresentar problemas, pois as informações obtidas podem ser essenciais não só ao interessado, sujeito pesquisado, mas também a terceiros, como familiares e descendentes. E aí se instala o dilema. O que fazer se o indivíduo se nega a conhecer o resultado da pesquisa e ainda não permite que se disponibilize a informação aos familiares que poderiam se ver afetados? Sobre esse assunto Julio César Galán Cortés (2001, p. 348) invoca o Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina, e afirma que, em casos assim, a informação deve ser

---

<sup>65</sup> “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988)

passada aos familiares, resguardando-se ao máximo o direito de não saber do sujeito da pesquisa. Admite, como solução, notificação aos familiares que permita impedir que padeçam de uma enfermidade grave, que, provavelmente, não poderia ser evitada de outro modo.

Os dados genéticos obtidos do estudo do genoma de uma pessoa a ela pertencem e não a seus familiares. Contudo, o direito de acesso aos dados genéticos e o direito a intimidade não são absolutos, razão pela qual, no caso concreto, pode haver razão para que a informação seja disponibilizada à família.

Além do problema relativo a terceiros descendentes, a utilização dos dados genéticos pode também beneficiar terceiros, como o empregador, que se utiliza análises genéticas como critério de seleção, ou as administradoras de plano de saúde e seguro de vida.

É claro que não é legítima essa intromissão de terceiros na intimidade alheia. Mantovani expressa bem o abuso utilitarista por trás dessas intromissões:

[...] contra o utilitarismo coletivista ou majoritário, são rechaçadas as intervenções extraconsensuais, que já ocorreram, e que continuam ocorrendo, como demonstra uma vasta narrativa (que se pense, por exemplo, em alguns experimentos) em nome do progresso; e inversamente, contra o utilitarismo individual-hedonista, que, em nome do consentimento do sujeito, tende, como já se destacou, a uma liberação cada vez mais ampla de intervenções nele. (MANTOVANI, 2002, p. 162)

No Brasil, o Projeto de Lei do Senado n. 231, de 2000, proposto pelo Senador Juvêncio da Fonseca, garante que os dados sejam disponibilizados somente pela vontade do consumidor, proibindo-se a exigência prévia da análise genética do

segurado, a fim de detectar doenças, para só então ser ou não incluído no quadro de planos e premiações da seguradora<sup>66</sup>.

A discriminação genética eleva o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. A desigualdade instaura-se pela determinação de que características genéticas podem fazer com que um indivíduo seja escolhido ou preterido para certa relação ou situação jurídica.

Há, ainda, o Projeto de Lei do Senado n. 149, de 1997, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que define crimes contra a discriminação genética. São seis os artigos do Projeto que tipificam condutas e cominam penas de detenção e multa. Abordam questões relativas a seguro, plano de saúde, ingresso ou permanência de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado, inscrição em concurso público ou outras formas de recrutamento e seleção de pessoal, casamento ou convivência social, sempre relacionados à informação genética.

#### **5.3.4 Terapia gênica**

Dentre os benefícios advindos do conhecimento das informações contidas nos genes humanos destaca-se a técnica da terapia gênica, que consiste no tratamento de doenças, herdadas ou adquiridas, em que se manipulam os genes defeituosos a fim de alcançar a cura ou estagnação da anomalia.

---

<sup>66</sup> “Art. 1º A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 14-A: ‘Art. 14-A. É vedada a exigência de teste genético para detecção prévia de doenças para o ingresso nos planos ou seguros privados de assistência à saúde.’” (BRASIL, 2000)

Acentua-se a relevância da técnica ao constatar-se que muitas doenças têm como origem problemas genéticos.

Entre os adultos com doenças crônicas, 10% tem algum problema de origem genética, e 33% das internações pediátricas tem problemas genéticos associados. Em 1966, eram conhecidas 564 doenças genéticas, em 1992 eram 3307 doenças caracterizadas. No início do século XX, 3% das mortes perinatais eram devidas a causas genéticas, já na década de 90 este valor atingiu o valor de 50%. (GOLDIM; MATTE, 1999)

Duas são as espécies básicas de terapia gênica: a terapia somática e a terapia germinativa. A primeira se caracteriza como a alteração genética em células que possuem material genético completo (2N), isto é, no caso do ser humano, 46 cromossomos. Já a terapia gênica germinativa é aquela que se opera em células reprodutoras (N), seja nos gametas propriamente ditos – óvulos e espermatozoides –, ou nas estruturas celulares que o antecedem, como o ovócito. Portanto, na terapia somática a mudança no material genético atinge exclusivamente o indivíduo envolvido no tratamento; já na germinativa toda a descendência pode ser envolvida, pois a modificação é passada às gerações futuras.

A terapia em células somáticas é realizada por um vetor, retrovírus ou adenovírus, que insere novo material genético nas células doentes.

Os vírus atuam como vetores eficientes por possuírem uma programação genética que lhes leva a transferir seu material genético para o organismo infectado.

A maioria dos vírus infecta uma célula, reproduz-se e então destrói a hospedeira para permitir que os “vírus-filhos” escapem e infectem outras células; os retrovírus, por sua vez, costumam ser mais delicados e gentis, pelo menos para com a célula hospedeira, pois as novas cópias virais são remetidas sem destruí-la. Isso não significa que um retrovírus seja mais ameno para o organismo hospedeiro; às vezes justamente o oposto é verdade, como demonstram os efeitos do HIV, talvez o mais conhecido retrovírus. Todavia, significa que os genes virais – e qualquer gene extra que o vírus possa ser induzido a transportar – se tornam parte permanente do genoma da célula não destruída. (WATSON; BERRY, 2005, p. 376)

O mesmo ocorre com os adenovírus, que possuem ampla capacidade de propagação de seu material genético sem destruição das células do organismo invadido. A diferença entre eles reside no fato do retrovírus possuir material genético mais simples, o RNA, enquanto o adenovírus possui estrutura molecular genética mais elaborada – o DNA.

Na terapia em células somáticas, os pesquisadores retiram boa parte do genoma do vírus, mantendo apenas sua capacidade de reprodução e transferência, e inserem o material genético saudável a ser transportado. Ao infectar as células do paciente, o vírus se encarrega de transferir o material genético que está portando para as células doentes do organismo, modificando sua estrutura.

Menciona Watson e Berry (2005, p. 376) que a primeira bem-sucedida terapia gênica ocorreu em 1990, no National Institutes of Health (NIH). As pacientes foram duas crianças que sofriam da deficiência de adenosina deaminase (ADA), Ashanti DeSilva, de quatro anos, e Cindy Cutshall, de nove anos. A ADA, que ocorre pela ausência de uma enzima, “desativa” o sistema imunológico, deixando o paciente vulnerável a qualquer doença.

Células do sistema imunológico das duas meninas foram colhidas e cultivadas em laboratório, e depois infectadas por retrovírus contendo o material genético desejado. O DNA do retrovírus foi transferido às células, que foram reinseridas nas pacientes. Várias infusões foram feitas durante alguns meses. Paralelamente à terapia gênica, as meninas foram submetidas à substituição enzimática, por exigência do NIH.

James Watson relata os resultados:

Posso atestar pessoalmente que Cutshall parecia uma menina muito saudável de onze anos quando ela e sua família visitaram Cold Spring Harbor, em 1992. Onze anos depois, porém, os resultados não se

mostraram tão conclusivos. O funcionamento do sistema imunológico de DeSilva está próximo do normal, mas somente cerca de um quarto de suas células T proveio da terapia gênica. O sangue de Cutshall tem uma proporção ainda menor de células T provenientes da terapia, embora seu sistema imunológico também esteja funcionando bem. Contudo, é difícil dizer exatamente quanto dessa melhora se deve à terapia gênica e quanto é uma decorrência do tratamento enzimático contínuo. O resultado, pois, é ambíguo demais para ser interpretado como um sucesso inequívoco da terapia gênica. (WATSON; BERRY, 2005, p. 377-378)

Alguns problemas podem ser apontados nesse tipo de terapia, como demonstra o próprio caso de DeSilva e Cutshall. As células submetidas ao tratamento possuem pequeno tempo de vida, o que significa que o material genético são geralmente não consegue atingir a totalidade das células doentes. Também é clara a dificuldade em se atingir somente aquelas que necessitam do gene substituto. No caso de DeSilva e Cutshall, as células a serem tratadas podiam ser obtidas facilmente, por se tratarem de células do sistema imunológico.

Por fim, a terapia gênica somática apresenta incalculável potencial oncogênico. Podemos perceber esse risco a partir de um caso ocorrido na França, em 2000. No Hospital Necker, de Paris, sob a chefia de Alain Fischer, dois bebês com ADA foram submetidas à terapia. A inovação ficou por conta da utilização de células-tronco da medula óssea dos bebês. Assim, quando as células-tronco se reproduzissem, gerariam automaticamente células com genes saudáveis, numa “correção genética auto-regenerante”. (WATSON; BERRY, 2005, p. 380)

Os resultados da terapia foram incríveis nos primeiros anos, mas em 2002, descobriu-se que um dos bebês apresentava quadro de leucemia. Embora o risco oncogênico seja real, no caso da ADA o resultado obtido ainda pode ser considerado vantajoso, em razão de suas características e dificuldades com tratamentos.

Embora seja técnica experimental, a modificação permanente da integridade da pessoa em linha somática, como destaca Romeo Casabona, não é ilícita, nem

configura crime de lesão corporal (2007, p. 39), mas deve ser valorizada com prudência, devido aos riscos ainda imprevisíveis.

Infinidamente maiores são os riscos que a terapia gênica germinativa pode apresentar, pois a alteração dos gametas pode resultar alterações inesperadas, como malformações e doenças até então desconhecidas. Há, inclusive, o risco de gerar problemas recessivos que poderão se manifestar apenas em gerações futuras. Em voga está, também, o argumento de que a terapia gênica germinativa conduziria à eugenia, processo de seleção dos “melhores”.

#### *5.3.5 Dos bancos de dados genéticos humanos*

**A função dos bancos de dados genéticos consiste no armazenamento de perfis de DNA colhidos de amostras de material genético humano. Têm por finalidade a realização de investigação criminal e identificação civil. Naquela são coletadas amostras em locais de crime e comparadas com os perfis de suspeitos, nesta as amostras de parentes de pessoas desaparecidas são coletadas e armazenadas a fim de compará-las com amostras recolhidas em cadáveres ou em locais de crime.**

Em 27 de maio de 2005, Bélgica, Alemanha, Espanha, Países Baixos, França, Luxemburgo e Áustria assinaram um tratado de cooperação na luta contra o terrorismo, crimes internacionais e imigração ilegal. No Capítulo II, previu-se a criação de bancos de dados de perfis de ADN com vistas à identificação de suspeitos de atos ilegais.

Recentes legislações nacionais foram criadas no intuito de estabelecer princípios, forma de organização e funcionamento dos biobancos: na Inglaterra (1995), na Irlanda do Norte e Escócia (1996), nos Países Baixos e na Áustria (1997), na Alemanha e Eslovênia (1998), na Finlândia e Noruega (1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (2000), em França e na República Checa (2001), na Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia (2002) e na Hungria e Letônia (2003) e, em 2007, Portugal promulgou a Lei do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. (PORTUGAL, 2007) Na Espanha tramita um projeto de lei com o mesmo objetivo.

Diversos são os casos de crimes que, a despeito de terem sido cometidos anos antes da técnica de investigação a partir de perfis de DNA, foram solucionados com o uso de tal técnica.

Watson e Berry relatam que, em 1997, “o Laboratório Estadual de Criminalística de Wisconsin criou o um cadastro de dados de impressões genômicas e, no mesmo ano, o Departamento de Polícia de Milwaukee começou a reexaminar casos não resolvidos de estupro [...]” (WATSON; BERRY, 2005, p. 298) Foram solucionados 53 crimes de estupro.

Contam, ainda, sobre o caso em que continha na base de dados, do Departamento de Polícia de Wisconsin, evidências de um estuprador em série, estando o crime prestes a prescrever, não havia tempo suficiente para identificar o criminoso e impossível era emissão de mandado de prisão sem o nome do agressor. Pautado no fato de que naquele Estado a prescrição não corre se houver sido emitido mandado com a descrição do acusado de forma que o identifique com razoável grau de certeza, o Promotor adotou a solução de emitir mandado constando os dados genéticos do indivíduo. (WATSON; BERRY, 2005, p. 298)

Não há que se discutir sobre a importância da existência dos bancos de perfis de DNA na atualidade, sendo um eficiente meio na colaboração das investigações criminais. Nestes casos, os dados genéticos contidos nos bancos de dados atuam como situação jurídica de ônus.

Reporta-se, como base para esta análise, à lei portuguesa, mais recente na matéria dos biobancos.

Tal lei institui os princípios de criação do banco de dados de perfis de DNA e dispõe como se processarão o recolhimento das amostras, seu armazenamento, manutenção e conservação (art. 1º, PORTUGAL, 2007). Nela, as duas finalidades, identificação civil e investigação penal, estão contempladas.

O recolhimento de amostras de DNA, para fim de investigação criminal, deverá ser realizado se requerido pelo arguido ou de ofício, caso o juiz entenda conveniente. Também nas ações transitadas em julgado, com condenação superior a 3 anos, deverá o juiz requerer, por despacho, o recolhimento das amostras, que serão armazenadas em arquivos próprios. (art. 8º, PORTUGAL, 2007)

Para efeitos de identificação civil, o banco de dados conterá informações do perfil de DNA tanto de parentes de pessoas desaparecidas quanto de cidadãos, nacionais ou estrangeiros que voluntariamente se dispuseram a fornecer os dados e, em ambos os casos, o recolhimento do material genético, com métodos menos invasivos possível, se dará após consentimento informado e escrito, respeitando-se os princípios da dignidade humana e integridade física e moral. (PORTUGAL, 2007)

Em todos os casos, a análise das amostras de DNA deverá restringir-se aos marcadores estritamente necessários para a identificação. (art. 12, nº 1, PORTUGAL, 2007) Sendo esta a coincidência do “perfil obtido a partir de uma

amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inscritos no arquivo”.  
(art. 13, n° 1, PORTUGAL, 2007)

Os arquivos serão dispostos segundo critérios lógicos, classificados pela origem das informações dos perfis de DNA: a) de voluntários; b) coletada em cadáveres, parte de cadáveres, em coisa ou em local em que o recolhimento se dê para fins de identificação civil, chamada “amostras-problema”; c) dos parentes de pessoas desaparecidas, as “amostras-referência”; d) “amostras-problema” recolhida em cadáveres, parte de cadáveres, em coisa ou em local em que o recolhimento se dê para fins de investigação criminal; e) dos condenados em processo criminal.

A lei especifica, ainda, o órgão responsável pelo banco de dados e suas atribuições, dentre elas o sigilo e medidas de segurança das informações contidas nos arquivos, o acesso das mesmas a terceiros, o tempo de armazenamento dos dados e quando e como se dará a destruição das amostras.

No Brasil não há legislação a respeito do armazenamento de dados genéticos, nem órgãos que reúnam sistematicamente essas informações, embora haja utilização das mesmas em processos criminais e identificação civil.

Destaque-se que, especialmente quanto à identificação criminal, os dados genéticos não se portam como direitos subjetivos, mas como obrigação daquele que alega o crime e deve, portanto, provar o liame entre a pessoa acusada e os atos ilícitos praticados.

## CONCLUSÃO

A reviravolta hermenêutica dos últimos tempos colocou o intérprete em situações delicadas. A concepção de um sistema aberto de regras e princípios, adotada por parte da mais nova doutrina do Direito Constitucional, e mais recentemente pelos civilistas, trouxe uma série de armadilhas da antiga dogmática e da velha Ciência do Direito, dentre as quais se destaca a ontologização ou naturalização do Direito.

No Direito Civil, então, ainda é freqüente esse apego à naturalização, ou seja, à consideração de que há algo natural no Direito, imanente a ele, e que nega a própria abertura proposta pela Hermenêutica contemporânea.

A análise da natureza jurídica dos dados genéticos no interior das clássicas categorias do Direito Civil permitiu avaliar as dificuldades do intérprete em utilizá-las no modelo de subsunção positivista. O ordenamento deve ser reconstruído a cada interpretação, mas sempre tendo em mente que o destinatário da norma não é mero expectador, e sim partícipe ativo desse processo.

Aproveitando as dúvidas que cercavam a natureza dos dados genéticos, reviu-se os “direitos” de personalidade. Cada característica apontada pela doutrina foi analisada a fim de verificar se os dados genéticos assumiriam esses caracteres.

Os “direitos” de personalidade não são, invariavelmente, inatos ou originários, absolutos, vitalícios e extrapatrimoniais. São mesmo necessários, intransmissíveis e imprescritíveis, pelo menos em princípio, pois a reconstrução de um sistema aberto não pode conceber a impossibilidade de mutação exigida pela argumentação no caso concreto.

Não se pode, nem mesmo, afirmar que os “direitos” de personalidade são sempre direitos subjetivos. Podem sê-los, mas também podem ocupar outras situações jurídicas. Os dados genéticos são excelente exemplo dessa abertura lingüística.

O advento da Biotecnologia modificou todo o espaço privado. A intimidade detém-se, também, no nível genético. Novas searas e problemas requerem a reconstrução da categoria de “direitos” de personalidade. Não mais como direitos inerentes ao ser humano, pois tal predicação recobra a rigidez jusnaturalista, e mesmo juspositivista, de direitos *ex ante*, fora da situação concreta.

Não são os dados genéticos interesses difusos. Em verdade, não há espaço para esse discurso na *aplicação* jurídica. A consideração da juridicidade dos interesses pressupõe a generalização de valores a um número indeterminado de pessoas. É, pois, um elemento extrajurídico que pretende antever a aceitação de certo valor não só à atual humanidade, mas mesmo às gerações futuras.

Também não se deve negar a utilidade da dogmática em nosso sistema jurídico. Suas categorias continuam tendo relevância, mas exigem constante reconstrução. Da mesma forma, a verificação da natureza jurídica é importante para se localizar certa situação no ordenamento. Todavia, deve-se tomar consciência de que essa localização é precária e válida para aquele caso específico.

Dessa forma, os dados genéticos apresentam natureza múltipla, indeterminável *a priori*. Sabe-se que, por ser projeção da própria pessoa e necessária à sua dignidade, estão no interior das “situações jurídicas da personalidade”. Esta expressão representa melhor o estado dos vários aspectos da pessoa que eram expressos como “direitos de personalidade”, o que os ligava, necessariamente, aos direitos subjetivos.

Dentro dessas “situações jurídicas da personalidade”, os dados genéticos podem apresentar-se como direito subjetivo, dever jurídico, faculdade, direito potestativo, sujeição, ônus e poder. Será o caso conformado pelo Direito, porém não só pelo Direito dos enunciados normativos do positivismo, mas pelo Direito construído argumentativamente, tendo em vista tais enunciados normativos.

Os dados genéticos proporcionaram não só a perspectiva para revisão das situações jurídicas de personalidade, mas também para reconstrução da própria noção de pessoa.

A personalidade não é algo natural ao homem; é referencial de imputação, construído na práxis jurídico-discursiva. A construção histórico-argumentativa permite que o nascituro seja considerado pessoa, em virtude das várias situações de titularidade já previstas. Há, sem dúvida, um distanciamento entre a teoria e a prática jurídicas. Aquela continua, majoritariamente, optando pela teoria natalista, no entanto a prática tem reconhecido cada vez mais situações em que ele figura como sujeito.

A busca por critérios biológicos que expliquem o início da personalidade jurídica é legítimo em um discurso de justificação, pois a justificam moral, física ou psicologicamente. Contudo, se os direitos subjetivos, bem como outras situações jurídicas, não pairam naturalmente sobre nós, mas são alcançados argumentativamente, não é indispensável recorrer àquelas teorias para atribuir personalidade ao nascituro. Este, como referencial de imputação, pode participar de situações jurídicas, e é isto que lhe confere personalidade.

O mesmo pode ocorrer ao anencéfalo ou ao embrião *in vitro*, embora, em princípio, sejam eles entendidos como referencial para uma situação de dever jurídico.

De forma semelhante, os dados genéticos do morto são protegidos não porque seus direitos sobrevivem a ele. Os dados genéticos do ente falecido não se transmitem à família, continuam, porém, protegidos por uma situação de dever.

O pós-positivismo trouxe a consciência da precaridade do mundo, pois só se pode conhecê-lo lingüisticamente; ele não pode ser expresso em si mesmo, é inalcançável pelas forças humanas.

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALEMANHA. **Código Civil alemão** (1896). Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (Org.). **História da vida privada**: da Europa feudal à Renascença. v. 2. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. (Coleção dirigida por Philippe Áries e Georges Duby). p. 7-19.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. v. 3: Relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. v. 1: Introdução; as pessoas; os bens. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. **La patria potestad y la libertad de conciencia del menor**: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. Madrid: Tecnos, 2006.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

AYMARD, André. O homem no Oriente Próximo. In: CROUZET, Maurice (Dir.). **História geral das civilizações**. v. 2. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993. Segunda parte: p. 21-468.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006. p. 104-107.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Prefácio: p. vii-xviii.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996**. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1996/Reso196.doc>>. Acesso em: 17/05/2007.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 14/06/2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14/06/2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406. 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2007.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 149, 05 de agosto de 1997**. Define os crimes resultantes de discriminação genética. Disponível em: <[http://ghente.org/doc\\_juridicos/pls149.htm](http://ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm)>. Acesso em: 25/05/2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. (Biblioteca de Teses)

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 1942.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **Derecho civil de España**. v. 1: La persona y su estado civil. t. 2: Derecho de la persona. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal**: do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Jose. **Principios de derecho procesal civil**. t. 1. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. 1: Parte geral. t. 1: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. 1: Parte geral. t. 3: Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: teoria geral. 3. ed. Taquigrafado por Victor Bourthis Jürgens. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DEL CORRAL, Milagros. Aspectos jurídicos de la protección del genoma. In: **EL DERECHO ANTE EL PROYECTO GENOMA HUMANO**. v. 2. Bilbao: Fundación BBV, 1994. p. 243-254.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Trad. António José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. (Coleção Stvdivm)

DIAFÉRIA, Adriana. Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesse difuso. In: CARNEIRO, F.; EMERICK (Org.). **Limite**: a ética e o debate jurídico sobre acesso e uso do genoma humano. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 1-16.

**DIGESTO DE JUSTINIANO**. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano. 3. ed. rev. São Paulo/Osasco: Revista dos Tribunais/UNIFIEO, 2002. (Edição bilíngüe: latim-português)

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges (Org.). **História da vida privada**: da Europa feudal à Renascença. v. 2. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. (Coleção dirigida por Philippe Áries e Georges Duby). p. 19-46.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EMALDI CIRÍON, Aitziber. Biotecnologia e medicina individualizada. Panorama ético-jurídico. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 7, p. 197-212.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. v. 1. t. 1. Barcelona: Bosch, 1953.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro**. v. 10: Dos direitos subjetivos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: USP, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 26 ago. 1789. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/Direitos\\_homem\\_cidad.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html)>. Acesso em: 09 jul. 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 2ª parte, Cap. 2, p. 400-556. (Pensamento Humano)

GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Madrid: Civitas, 2001.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes. **Intimidad**: nuevas dimensiones de um viejo derecho. Madrid: Ramón Aceres, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOLDIM, José Roberto; MATTE, Ursula. **Bioética e genética**. 1999. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/biogenrt.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUÉRIN-MARCHAND, Claudine. **Manipulações genéticas**. Trad. Catarina Dutilh Novaes. Bauru: EDUSC, 1999.

GUGERELL, Christian. A proteção legal das descobertas genéticas e a patenteabilidade dos organismos vivos manipulados. O escritório europeu de patentes em Munique. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p. 262-272.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Tempo Universitário)

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discricção genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 837, p. 11-42, jul. 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. In: INTÉRPRETES DO BRASIL. v. 3. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2000. p. 929-1102.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IÁÑEZ PAREJA, Enrique. **Patentes e biotecnología**. 2000. Disponível em: <[http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/biopatentes\\_1.htm](http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/biopatentes_1.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2007.

**INSTITUTAS do Imperador Justiniano**. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001.

JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. v. 4. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior)

LALANDE, André. Valor. In: LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1188-1192.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Taisa Maria Macena. Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 251-280.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 02 maio 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à identidade genética do ser humano. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), Coimbra, Studia Iuridica 40, Colloquia 2, p. 263-390, 1999.

MATTICK, John S.. Páginas ocultas no livro da vida. **Scientific American**, São Paulo, Edição Especial n. 16, p. 18-25, [200-].

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética**. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 129-140.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In: FIUZA, César;

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-22.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia**: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A patenteabilidade das descobertas genéticas: estudo sobre o impacto do Projeto Genoma Humano sobre o direito das patentes. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). **Propriedade intelectual e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 63-70.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da personalidade jurídica do nascituro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** (PUC Minas), Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 23-32, 1º sem. 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito civil**: teoria geral do Direito Civil. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4: Direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 21. ed. rev. e atual. Por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETIT, Eugène. **Tratado elementar de direito romano**. Campinas: Russell, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t. 5: Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Campinas: Bookseller, 2000a.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t. 7: Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Campinas: Bookseller, 2000b.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 18 abr. 2007.

PORTUGAL. **Lei de Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.** 28 de setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.mj.gov.pt/sections/pessoas-e-bens/base-de-dados-geneticos8948/regime-juridico-da-base/downloadFile/attachedFile\\_f0/Base\\_de\\_Dados\\_de\\_Perfis\\_de\\_ADN.pdf?nocache=1166540457.8](http://www.mj.gov.pt/sections/pessoas-e-bens/base-de-dados-geneticos8948/regime-juridico-da-base/downloadFile/attachedFile_f0/Base_de_Dados_de_Perfis_de_ADN.pdf?nocache=1166540457.8)>. Acesso em: 01 out. 2007.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70010345999**. Ação de indenização. Seguro DPVAT. Direito de a mãe receber a indenização correspondente ao nascituro. Apelante: Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais. Apelado: Poliana Belo de Lima. Relator: Dr. Ney Wiedemann Neto, Porto Alegre, 24 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70013955192**. Certidão de natimorto. Confeção indeferida em razão da idade gestacional. Apelantes: Iolanda Elizabete Carvalho da Silva e Francisco de Assis da Rosa Costa. Apelada: a Justiça. Relator: Dr. José S. Trindade, Porto Alegre, 22 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Do gene ao direito**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética e direito. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p. 23-47.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O desenvolvimento do direito diante das biotecnologias. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 1, p. 29-64.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. **Actas de las Reuniones del Comité Científico** (Sociedad Internacional de Bioética), Gijón, n. 5, 2000. Disponível em: <<http://www.sibi.org/pub/cas.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica del genoma humano en el derecho internacional: El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Genética y derecho**. v. 36. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 295-328.

ROUCHE, Michel. Alta Idade Média ocidental. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. (Coleção dirigida por Philippe Áries e Georges Duby). p. 399-529.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). **Genética y derecho**. v. 36. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 15-68.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10211/01. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SAGLIO, Adolfo A.. **Patentamiento de material genético**. 2004. Disponível em: <<http://www.biotech.bioetica.org/docta28.htm>>. Acesso em 23/05/2007.

SAHANIUK, Analía. **Proyecto genoma humano y patentes**: situación de nuestro país (Argentina). [2005?] Disponível em: <<http://www.biotech.bioetica.org/i46.htm>>. Acesso em 23/05/2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-116.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema de derecho romano actual**. Granada: Comares, 2005.

SOUZA, Edson; APPEL, Patrícia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira de. Proteção da inovação biotecnológica. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 70, p. 19-27, maio/jun. 2004.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

UNESCO. **Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos**. 11 nov. 1997. Disponível em: <[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. Acesso em: 16 jul 2006.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. 16 out. 2003. Disponível em: <<http://www.unesco.pt/pdfs/ciencia/docs/declaracaouniv.doc>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

UNITED STATES. Constitution (1787). **Amendment XIII**. Disponível em: <[http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_amendments_11-27.html)>. Acesso em: 17 jul. 2007.

UNITED STATES. Constitution (1787). **Amendment XIV**. Disponível em: <[http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution\\_amendments\\_11-27.html](http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_amendments_11-27.html)>. Acesso em: 17 jul. 2007.

UNITED STATES. Constitution (1787). **The Bill of Rights**. Articles in addition to, and Amendment of the Constitution of the United States of America, proposed by Congress, and ratified by the Legislatures of the several States, pursuant to the fifth Article of the original Constitution. Disponível em: <[http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/bill\\_of\\_rights\\_transcript.html](http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/bill_of_rights_transcript.html)>. Acesso em: 17 jul. 2007.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho genético**. 4. ed. actual., ampl. y rev. Lima: Grijley, 2001.

VEYNE, Paul. O Império Romano. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da vida privada**: do Império Romano ao ano mil. v. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. (Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby). p. 19-224.

VILLELA, João Baptista. A placenta e os direitos da mulher. **Del Rey Revista Jurídica**, Belo Horizonte, ano 4, n. 9, p. 9-10, set.-nov. 2002.

VON TUHR, Andreas. **Derecho civil**: teoría general del derecho civil alemán. v. 1. Traducción Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946.

WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA**: o segredo da vida. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WIPO MAGAZINE. **Bioethics and patent law**: the cases of Moore and the Hagahai people. Issue 5, Sept. 2006. Disponível em: <[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2006/05/article\\_0008.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0008.html)>. Acesso em: 05/02/2007.